

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología



**El control constitucional de la Justicia Indígena
en el Estado Plurinacional: el caso ecuatoriano**

TESIS DOCTORAL

Presentada por: Gina Chávez Vallejo

Dirigida por: Prof. Dr. Rubén Martínez Dalmau

València, mayo de 2016

DEDICATORIA

*A Ernesto Damián y Santiago Martín,
mi razón y sentido de vida.*

*A Camilo David, Martín Alessandro, Emma Isabella y Tiago Emilio,
que poco a poco fueron apareciendo en mi vida para enseñarme
el profundo significado de la ternura y de la plenitud.*

*A mis padres Euclides y María Esther,
almas eternas que guían mi camino y me recuerdan
en todo momento los valores de la justicia y de mi propia coherencia.*

*A los pueblos indígenas,
que con la fuerza de su lucha histórica inspiraron las transformaciones de las
sociedades latinoamericanas y nos retan a reinventarnos.*

ÍNDICE

Dedicatoria	3
Introducción	5
Capítulo I	15
El pluralismo jurídico como presupuesto teórico del control constitucional de la Justicia Indígena	15
1. El debate sobre el pluralismo: la disputa por la capacidad regulatoria de la sociedad	17
1.1. El monismo jurídico como paradigma del derecho estatal.....	24
1.2. De vuelta al Pluralismo Jurídico. El Derecho Indígena como paradigma del constitucionalismo plural	34
1.2.1. El Estado de Derecho a debate.....	35
1.2.2. Otros elementos del debate teórico sobre el pluralismo jurídico de dimensión étnico-cultural.....	41
1.2.2.1. La definición de pluralismo jurídico	42
1.2.2.2. Evolución de la teoría	44
El pluralismo jurídico clásico.....	44
El nuevo pluralismo jurídico	47
1.2.2.3. El 'Otro Derecho'	47
1.2.2.4. Los sistemas u órdenes jurídicos	50
1.2.2.5. Las limitaciones de la teoría	52
1.2.2.6. La literatura producida en América Latina.....	55
Reforma del Estado, autonomismo, constitucionalismo y derechos indígenas	56
Administración de justicia y resolución de conflictos.....	58
Coordinación entre sistemas normativos plurales y el derecho estatal	58
1.3. El derecho indígena como paradigma del constitucionalismo plural	59
2. Del constitucionalismo clásico al constitucionalismo plural.....	62
2.1. El abandono de las teorías generales por el estudio de las prácticas del derecho	66

2.2. El cuestionamiento a la neutralidad: el tránsito del formalismo al sustancialismo	68
2.3. Legicentrismo y constitucionalismo: el debate sobre los sentidos del Derecho .75	
2.4. El debate sobre el constitucionalismo democrático en Latinoamérica	83
Capítulo II.....	87
Tradición constitucional y pueblos indígenas. La necesidad de un nuevo Estado para un nuevo pacto social	87
1. La tradición constitucional en el Ecuador: de continuidades y rupturas.....	93
1.1. Conceptos articuladores del Estado de Derecho en el Ecuador.....	98
1.1.1. Estado social, élites y faccionalismo en la primera República	99
1.1.2. Soberanía popular, representación y forma de Estado. Los pilares del Estado débil y el poder de las circunstancias	102
1.1.3. Igualdad minoritaria y mayoría desigual. El sello de la historia y de la cultura.....	110
1.1.3.1. La construcción de la igualdad	110
1.1.3.2. La disputa del Nuevo Mundo y la marca de sangre: Los indios olían a ‘leche agria’ y los negros a ‘almizcle’	119
1.2. Cultura nacional: la exclusión del derecho a la propia cultura.....	124
2. Emergencia del Estado y nuevo republicanismo: de continuidades y revoluciones.....	130
2.1. Desafío republicano y colonialidad superviviente.....	131
2.1.1 Del Estado eclesial al Estado corporativo	134
2.1.2. Del Estado corporativo a la Revolución Ciudadana	138
2.2. Un neorrepblicanismo para un nuevo constitucionalismo	148
2.2.1. El retorno del Estado: republicanismo comunitario o republicanismo liberal	151
2.2.2. Promoción de una ciudadanía activa y participativa	157
2.2.3. Los derechos ciudadanos del Buen Vivir: de prerrogativas formales a normas sustanciales	162
Capítulo III	179
La constitucionalización de los derechos indígenas en las Constituciones de Bolivia y Ecuador	179
1. Debates y teorías que animaron la constitucionalización de los derechos indígenas.....	182
1.1. La doctrina de los derechos humanos y los derechos indígenas.....	185

1.2. Dilemas entre derechos individuales, derechos colectivos y derechos de pueblos	190
1.3. El debate en torno a 'lo cultural' y a la plurinacionalidad	198
2. La constitucionalización de los derechos indígenas en las Constituciones de Bolivia y Ecuador	212
2.1. Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	213
2.2. La reforma del Estado y el reconocimiento de derechos indígenas en Latinoamérica	225
2.2.1. El giro plurinacional e intercultural del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano	231
2.3. Constitucionalismo plural y derechos indígenas: límites y posibilidades; zonas grises y opacidades	240
Capítulo IV	253
Derechos indígenas y garantías jurisdiccionales: el amparo contra decisiones de la justicia indígena	253
1. Estado constitucional y derechos indígenas: de tradiciones y revoluciones	256
1.1 La lucha por los derechos indígenas y el proteccionismo tradicional.....	261
1.2. Los derechos indígenas en el constitucionalismo plural	268
1.3. Acceso a la justicia y pueblos indígenas	296
2. Supremacía, interpretación y garantías del orden de los derechos: el amparo frente a decisiones judiciales	304
2.1. El concepto de supremacía en el constitucionalismo ecuatoriano	304
2.2. La interpretación en la Constitución de Montecristi	308
2.3. El Órgano de control constitucional.....	314
2.4. La acción extraordinaria de protección en el Ecuador	319
3. Naturaleza jurídica y particularidades del control constitucional de la justicia indígena.....	330
3.1. El marco constitucional del control constitucional de la justicia indígena.....	331
3.2. La regulación legal del control de constitucionalidad de la justicia indígena....	340
3.3. El derecho indígena y el control de constitucionalidad de la justicia indígena.	345
4. La judicialización de los derechos indígenas y los desafíos del juez constitucional	351

4.1. Los derechos indígenas en litigio: pretensiones y motivaciones para el acceso al control de constitucionalidad.....	352
4.2. El control constitucional de la justicia indígena: El caso La Cocha	359
4.3. Particularidades y desafíos del control constitucional de la justicia indígena..	377
Conclusiones	387
I. Sobre el debate teórico que sustenta el constitucionalismo plural dentro del cual opera el control de constitucionalidad de la justicia indígena	389
II. Sobre la ruptura de la tradición constitucional ecuatoriana que sustenta la emergencia del constitucionalismo plural.....	395
III. Sobre la constitucionalización de los derechos indígenas en Bolivia y Ecuador	399
IV. Sobre los derechos indígenas, las garantías jurisdiccionales y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena	409
Bibliografía.....	419
Documentos jurídicos.....	443
Constituciones y leyes del Ecuador e instrumentos internacionales:.....	443
Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador:.....	443
Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia:.....	444
Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:.....	444
Anexos.....	445
Casos ingresados a la Corte Constitucional relacionados con pueblos indígenas (período 2008-2016)	445

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar las especificidades, particularidades, dilemas y desafíos que se le presentan al Órgano de control constitucional de la justicia indígena, la Corte Constitucional, al momento de realizar la evaluación constitucional de los actos de las autoridades indígenas que han resuelto conflictos internos con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio; así como sus efectos para el Derecho Constitucional y el carácter democrático del Estado de Derecho. Este análisis tendrá en cuenta que esta modalidad de constitucionalismo plural quedó instaurado en el Ecuador a partir de la definición del Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural, y en el contexto de la emergencia de un nuevo constitucionalismo latinoamericano.

La facultad jurisdiccional de la autoridad indígena para conocer y resolver conflictos internos se encuentra determinada en el “Título IV: Participación y Organización del Poder, Capítulo Cuarto: Función Judicial y Justicia Indígena, Sección Segunda: Justicia Indígena”. El Artículo 171 constitucional establece:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

De conformidad con el Artículo referido, la jurisdicción indígena es ejercida por las autoridades indígenas, esto es, por personas que sin haber obtenido la calidad de juez, de conformidad con las respectivas normas y procedimiento legales de autorización, ejercen tal calidad cuando resuelven conflictos internos al interior de las comunidades indígenas.

Con relación a los conflictos internos, ¿cuáles son estos?, ¿qué actos sanciona la justicia indígena?, ¿qué bienes busca proteger la justicia indígena?

En lo que tiene que ver con las normas y procedimientos propios que son aplicados en base a sus tradiciones y derecho propio dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación y decisión de las mujeres, ¿cuáles son estas? Conociendo que se trata de normas consuetudinarias, ¿cómo podemos identificarlas?, ¿qué grado de obligatoriedad tiene la justicia indígena para los miembros de la comunidad?

En cuanto a que las decisiones de carácter jurisdiccional que adoptan las autoridades indígenas al momento de resolver conflictos internos no pueden contrariar a la Constitución y a los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales, ¿a qué normas constitucionales y Derechos Humanos no puede contrariar?, ¿cuál es el alcance y los límites de la jurisdicción indígena?, ¿quién determina dichos límites?, ¿qué grado de legitimidad democrática tiene la determinación jurídica de límites a la justicia indígena?

Estos interrogantes surgen del hecho de que las tradiciones ancestrales y el derecho propio también ostentan rango constitucional, de conformidad con el numeral 10 del Artículo 57 constitucional que establece el derecho colectivo de: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”. De ahí que cualquier conflicto que se derive del ejercicio jurisdiccional de la autoridad indígena será un conflicto de rango constitucional, originado por el choque, no solo de dos derechos de igual jerarquía, sino de dos sistemas jurídicos de naturaleza distinta.

Esto hace que el centro del debate respecto del ejercicio de la jurisdicción indígena tenga que librarse a nivel del máximo Órgano del Estado llamado a ejercer el control constitucional, la Corte Constitucional; así como, que la resolución democrática de los posibles conflictos que se deriven de tal ejercicio y que pudieran enfrentar a dos derechos de rango constitucional o a los dos sistemas normativos –la justicia ordinaria y la justicia indígena– dependan, en buena parte, de la facultad interpretativa que dicho órgano despliegue al momento de examinar,

no solo las actuaciones de la autoridad indígena cuando ejerce funciones jurisdiccionales, sino también las actuaciones de las autoridades públicas que deben contribuir al reconocimiento y eficacia de la justicia indígena en el marco del Estado plurinacional establecido en el Artículo 1 de la Constitución ecuatoriana.

Pero, ¿qué problemas jurídicos debe resolver el juez constitucional de cierre del sistema cuando decide sobre una acción extraordinaria de protección contra actuaciones de autoridades indígenas en el marco del constitucionalismo plural?

Para responder a este interrogante central, primero hay que admitir que existe un limitado desarrollo de herramientas interpretativas y doctrinales para resolver cuestiones de cierre del sistema jurídico nacional, derivadas de las actuaciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, no solo por el hecho de que implican un doble examen de coherencia: del sistema constitucional nacional y del derecho propio de los pueblos indígenas; sino, además, porque se trata de ‘otro derecho’.

Así, por tratarse el derecho indígena de un sistema normativo de naturaleza consuetudinaria –sin que ello reste racionalidad, objetividad y coherencia a dicho sistema–, la labor interpretativa necesariamente tiene que implicar el examen de las condiciones materiales y de los contextos históricos, sociales, políticos y culturales en que los titulares del derecho crean, desarrollan, aplican y practican su derecho propio o consuetudinario, lo que tiene que ver con aquellas cuestiones de orden democrático imperantes tanto en la sociedad nacional, como al interior de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Pero a la par, implica el examen de las condiciones materiales que ofrezcan las instituciones y las autoridades públicas llamadas a garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas. El control constitucional, entonces, tiene que ver en este punto con asuntos de eficacia e imperio.

Pero además, tiene que ver con el hecho de que los modelos interpretativos y la eficacia constitucional deban moverse en un marco de pluralismo jurídico y, por

ende, en la complejidad que ello supone, así como en los límites democráticos que encuentra el derecho indígena en su ejercicio, lo que nos lleva a cuestiones de legitimidad y de vuelta a cuestiones de imperio.

El estudio de los parámetros constitucionales en los que debe transitar el control constitucional del ejercicio de la jurisdicción indígena es, sin duda, complejo, porque debe hacerlo en un campo extraño al derecho estatal de naturaleza unitaria: el campo del pluralismo jurídico. En este sentido, el ejercicio interpretativo no solo afrontará las complejidades propias de la argumentación y la decisión constitucional, sino que deberá dilucidar respecto a dos sistemas que responden a tradiciones jurídicas de naturaleza y estructura distintas, cuyo resultado fija un ámbito de interlegalidad al más alto nivel jurídico que debe operar en el marco del Estado plurinacional.

En este punto, juegan un papel central las opciones valorativas en las que se mueva el máximo intérprete de la constitución para colocar como elementos pacificadores del conflicto a principios democráticos de naturaleza pluralista, que fortalezcan a las dos justicias a la vez y que resguarden los derechos en pugna.

En este sentido, la hipótesis central del presente trabajo plantea que la resolución de una acción extraordinaria de protección frente a decisiones de autoridad indígena, pasa porque el juez constitucional de cierre del sistema jurídico nacional desarrolle y aplique marcos evaluativos, interpretativos y argumentales que, a la vez que solvente las cuestiones jurídicas derivadas del caso concreto, brinde soluciones jurídicas que apunten el campo de relacionamiento (coordinación y cooperación) entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, así como dilucide acerca de la convivencia democrática de dos sistemas jurídicos de distinta tradición, sin que por ello se socaven los valores esenciales de una sociedad democrática en nombre de la tradición o la costumbre.

A la identificación de las especificidades, particularidades y desafíos que debe enfrentar el control de constitucionalidad de la justicia indígena, llegaremos en el

presente trabajo una vez que definamos el marco teórico e identificado los principales fundamentos históricos y doctrinales del constitucionalismo plural que nos permita vislumbrar la conexión histórica entre las corrientes teóricas, ideológicas, culturales y jurídicas subyacentes en el constitucionalismo tradicional ecuatoriano y las rupturas que la Constitución de Montecristi hace con el objeto de superar aquellas –costumbres, imaginarios, prácticas– que prolongan estructuras sociales y políticas de dominación y exclusión.

El ejercicio de reflexión que me planteo realizar en este trabajo, consiste en proponer una amplia contextualización acerca del reconocimiento del derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas formulado en la Constitución ecuatoriana de 2008, así como una detallada definición acerca de la labor jurídica que al juez constitucional le corresponde realizar cuando se le demanda protección frente a decisiones de la justicia indígena.

En tal sentido, se dedicará un importante espacio a la revisión de aspectos tales como: la teoría y el debate teórico pertinente al tema, la tradición jurídica y la cultura constitucional, la construcción de categorías históricas que justificaron formas relacionales excluyentes y degradantes, el desarrollo de conceptos doctrinales rupturistas, el debate teórico-crítico que da cuenta de la necesidad de crear nuevos paradigmas cognitivos ajustados a la realidad contemporánea, en fin, el desarrollo de normas internacionales y locales que concretan demandas históricas a través de diversas formulaciones jurídicas.

Este conjunto de elementos teóricos, doctrinarios y normativos serán desarrollados en cuatro secciones o capítulos, a través de los cuales se buscará agotar la revisión del debate subyacente.

Así, el primer capítulo expone el marco teórico dentro del cual se debe entender la labor del máximo órgano de control constitucional ecuatoriano cuando realiza el control de constitucionalidad de los actos de la autoridad indígena que ejerce funciones jurisdiccionales. El segundo capítulo propone una lectura del

contexto histórico que determina las rupturas que el constituyente de Montecristi hace con el constitucionalismo tradicional y que le lleva a definir al Estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural, y a reconocer el derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador. El tercer capítulo expone los fundamentos doctrinarios de naturaleza jurídica que sustentan el constitucionalismo plural y el ejercicio del derecho propio. El cuarto capítulo analiza la naturaleza jurídica del derecho propio en el Ecuador en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia plurinacional e intercultural; realiza un estudio de la acción extraordinaria de protección como mecanismo de control de constitucionalidad de las decisiones judiciales y, específicamente, de la acción extraordinaria de protección de la justicia indígena como mecanismo de control de constitucionalidad de las decisiones de la autoridad indígena cuando ejerce funciones jurisdiccionales; estudia el primer caso de acción extraordinaria de protección en contra de la justicia indígena que la Corte Constitucional del Ecuador ha resuelto en siete años de vigencia de la nueva justicia constitucional; y termina reflexionando acerca de las particularidades que conlleva el control de constitucionalidad del derecho en un Estado con pluralismo jurídico.

De los resultados del estudio se tiene que la función de la Corte Constitucional, en el examen de constitucionalidad de las decisiones que toman las autoridades indígenas cuando ejercen jurisdicción indígena, antes que cumplir una función uniformadora de los sistemas de garantía existentes en el Estado ecuatoriano, debe cumplir un rol armonizador del conjunto de garantías constitucionales y de las garantías del derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas; por tanto, el parámetro de enjuiciamiento no es el de identidad-conformidad con el estándar nacional sino el de la proximidad-compatibilidad, no solo entendido como principio de no contradicción, sino como principio para asegurar la equidad, la democracia y la paz social.

Al juez de control constitucional de la justicia indígena le corresponde advertir y manejar significados jurídicos de naturaleza intercultural, por lo que

deberá identificar la existencia de conceptos autónomos –compuestos por los significados que los pueblos indígenas dan a términos como Estado, autoridad, ley, proceso, comunidad, delito, sanción, pena, reinserción social, etc., dado que no corresponden necesariamente con los significados que esos mismos términos poseen en el ordenamiento nacional–, y asumirlos como criterio interpretativo. Así también, deberá manejar un concepto amplio de ley que, para los casos del control de la administración de justicia indígena, necesariamente incluirá a las costumbres y normas comunitarias sobre las que se rigen dichos pueblos.

Al final, el papel de la justicia constitucional, en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia de una sociedad que demanda una urgente democratización de las relaciones de poder y un aseguramiento equitativo de las condiciones materiales de vida, es crucial para hacer efectiva una mediación del derecho que vaya más allá de la regulación de las relaciones de propietarios o los conflictos de clases, y se incline por conciliar la gama de intereses múltiples que surgen de la sociedad plural, por hacer compatibles proyectos individuales y colectivos que se encuentran en constante pugna y por dilucidar sobre la convivencia democrática, igualitaria y respetuosa de dos tipos diferentes de justicia: la justicia ordinaria y la justicia indígena. Factores, todos, de transformación social.

Un amplio estudio de la bibliografía especializada al respecto, el análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional del Ecuador y de la Corte Constitucional de Colombia, así como la revisión detallada del marco normativo de naturaleza constitucional, legal e internacional, hicieron posible el desarrollo y concreción de este trabajo que se expone a continuación.

CAPÍTULO I

EL PLURALISMO JURÍDICO COMO PRESUPUESTO

TEÓRICO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Este capítulo tiene por objetivo identificar y determinar las principales categorías teóricas que guiarán la presente investigación, esto es, la labor que supone para el juez constitucional, y en general para la justicia constitucional, el control de constitucionalidad a las decisiones jurisdiccionales de las autoridades indígenas que resuelven conflictos internos dentro de sus comunidades, pueblos y nacionalidades, considerando además que se trata de decisiones de cierre del sistema jurídico interno.

El capítulo se integra en dos partes: en la primera, se plantean los pormenores del debate sobre el pluralismo jurídico y los aportes de este en la construcción del constitucionalismo plural. Esta revisión termina con una reflexión en torno a los retos que supone para el constitucionalismo contemporáneo el reconocimiento del derecho indígena en el contexto del constitucionalismo plural. En la segunda parte, se expone una visión general del debate contemporáneo sobre el constitucionalismo, identificando las principales rupturas teóricas del neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano con respecto al constitucionalismo clásico.

El presente capítulo terminará haciendo una identificación de las principales vertientes del pensamiento plural y del pensamiento constitucional contemporáneo que influyen y marcan las características que adopta el Estado constitucional de derechos y justicia plurinacional e intercultural del Ecuador.

1. El debate sobre el pluralismo: la disputa por la capacidad regulatoria de la sociedad

Si algo caracteriza a la actual sociedad globalizada es la importancia que ha adquirido el concepto de pluralismo en el debate político, económico, social, cultural y jurídico, lo que viene poniendo en duda las visiones monistas del mundo, esto es, aquellas que pretenden reducir la diversidad de proyectos de vida y de valores morales a tipos homogéneos de sociedad (sociedades basadas en los

valores del liberalismo ideológico), de ciudadanía (ciudadano-cliente) y de Estado (dependientes y funcionales a los grandes intereses geopolíticos de nivel global).

Tanto la globalización social como las actuales necesidades del capitalismo mundial han llevado a los propios liberales a ampliar la perspectiva más allá del pluralismo social y el pluralismo político que eran admitidos, buscando domesticar la pluralidad de visiones morales en conflicto, por lo general, siempre desde una perspectiva funcional e instrumental a los valores liberales y a los requerimientos del capitalismo global.

Frente a las principales versiones del pluralismo liberal contemporáneo se han alzado posiciones que buscan desvelar el nuevo ejercicio de reduccionismo social que significan las propuestas liberales, proponiendo perspectivas más amplias que representen de mejor manera la complejidad social pero, sobre todo, la exclusiones que subsisten en la sociedad plural.

Este debate también alcanza al Derecho y se ha traducido en una amplia discusión acerca del pluralismo jurídico, esto es, de la existencia de otros órdenes jurídicos distintos al orden jurídico nacional –actuando a nivel supraestatal o infraestatal–, que conviven y disputan la capacidad normativa del Estado nacional. Se trata, por tanto, de un debate que confronta las fórmulas liberales unitaristas, monoclasistas, individualistas e instrumentalistas con las posiciones que abogan por miradas pluralistas, multiclasistas, republicanistas y de justicia social.

En este orden, como conocemos, el unitarismo del Derecho se basó en la superación del pluralismo del *Ancien Régime*, caracterizado por la superposición de ordenamientos, fuentes, poderes y culturas. La recomposición del Estado en la modernidad supuso la generación de un Nuevo Orden de carácter unitario, monoclasista e individualista –capaz de reducir la complejidad aludida–, copando y traspasando todos los órdenes de la vida. Esto se hizo jurídicamente, sustituyendo los estatutos personales por los principios de libertad formal e igualdad ante la ley,

modificando los requisitos de acceso al poder y sustituyendo la soberanía monárquica por la soberanía popular.

En este escenario, las únicas expresiones de pluralismo que fueron admitidas en el Estado moderno fueron el pluralismo político y el pluralismo social, los mismos que quedaron ubicados en la esfera externa del derecho. Operación que definió la dimensión liberal del Estado.

Como también sabemos, la filosofía liberal que entiende al individuo radicalmente independiente, sujeto autónomo y amo de sí mismo –identidad individual, se combina con la idea de un unificador universal (el Estado)–, persona jurídica en la que los individuos quedan integrados en una sola identidad colectiva universal, constituyendo la esencia formal igualitaria que se sobrepone a las identidades prepolíticas, cuya presencia queda relegada a la privacidad, sin reconocimiento legal (BERMUDO, 2008, pp. 2-3).

Muchas cosas han cambiado a nivel de la sociedad global, como ya lo hemos anotado, que llevaron al propio liberalismo a proclamarse plural –sea en la versión liberal de HART (1997), RAWLS (1995) o HABERMAS (1998), o en una versión radical que discute la noción de igualdad compleja: MILLER, WALZER, ELSENER, MOLLER OKIN (1996).

Pero, adicionalmente, la evolución del debate plantea la idea de un pluralismo transformador que supone la superación teórica y material de al menos dos de las principales visiones hegemónicas de pluralismo: la liberal, que reduce la noción de pluralismo al pluralismo político y convirtiendo a este en eje del Estado democrático; y la multiculturalista, también de raigambre liberal, que propone una respuesta puntual a la naturaleza étno-cultural de los conflictos contemporáneos.

La visión liberal –especialmente la visión que desde la teoría de la democracia deliberativa sostienen RAWLS (1996) y HABERMAS (1998)–, reconoce la naturaleza plural de la sociedad (pluralismo como escenario), reivindicando la

universalidad de los derechos de los individuos y, en consecuencia, entendiendo al pluralismo político como mecanismo de control y limitación que garantice la unificación. La visión multiculturalista –principalmente la sostenida por KIMLICKA (1996)–, por su parte, incorpora el reconocimiento y la tolerancia como mecanismos, igualmente, de control y limitación para resguardar, así también, la unificación.

En la actualidad, nadie discute que uno de los problemas en las sociedades contemporáneas es el manejo del pluralismo moral existente en la sociedad y en permanente confrontación, pero sí difieren en las soluciones que plantean para domesticarlo, manejarlo, reducirlo o enfrentarlo. Así, la propuesta liberal sitúa al pluralismo en la esfera de lo particular (el individuo como sujeto de derecho), el que queda unificado en el ámbito de lo público (el Estado como referente de lo universal). La operación liberal consiste en dejar excluida toda ‘otra’ identidad sustantiva que no sea la del individuo y reconocer solo al individuo como sujeto de derecho ante el Estado, y a la identidad del Estado asumido como único universal reconocido como común por los individuos (BERMUDO, 2008, p. 3).

Por su lado, una gama de posiciones comunitaristas-republicanistas (TAYLOR, 1993 y SANDEL, 2000), neomarxistas (MOUFFE, 1999) y críticas (WOLKMER, 2006), sostienen perspectivas posliberales, ontologistas, posthumanistas, esencialistas o democráticas del pluralismo, atacando los reduccionismos liberales y volviendo a colocar perspectivas comunitaristas de nuevo cuño en donde se destrona la centralidad del individuo y del Estado y se apela por nuevos tipos de sociedades en donde salgan a la luz los intereses colectivos asumiendo su papel en la recomposición del Orden.

El debate pone a discusión diversidad de temas como el Estado, la justicia social, las libertades, los derechos humanos, las minorías, entre otros. Las críticas apuntan a un cuestionamiento de las nociones liberales de individualismo, racionalismo, neutralidad, aculturalidad y unificación, a la mediación que estas

nociones realizan entre lo universal y lo particular, y al reduccionismo social que ello supone. BERMUDO (2008, p. 6) resalta que:

(...) la pluralidad liberal, por tanto, queda muy delimitada: 'negada' en el ámbito de las identidades políticas esenciales (los estados son soberanos, o sea, uno) y 'reducida' a repetición en él de las identidades individuales (todos iguales en libertad y derechos). El discurso político liberal es ciego a la pluralidad antropológica, cultural, étnica o social (...) Tales identidades, aparte de no tener relevancia político-jurídica, han de estar siempre subordinadas al reforzamiento de la individualidad. Por eso han de ser abiertas, a tiempo parcial, no exclusivas, permitiendo vinculaciones reversibles y transversales.

Al identificar el lugar que ocupa el pluralismo dentro del Estado democrático vuelve a resaltar la perspectiva de RAWLS, para quien:

(...) los vínculos personales, las adscripciones, lealtades y compromisos diversos constituyen la 'identidad moral' del individuo y dejan su huella en la vida de las personas... Lo importante, en todo caso, es que esos cambios no implican cambio en nuestra identidad pública o institucional, ni en nuestra identidad personal. Por tanto, el individuo de la representación liberal rawlsiana cuenta, como contenido de su libertad, con la facultad de decidir sus identificaciones, y de hacerlo de forma no irreversible. Y esa diversidad de identificaciones posibles, reversibles, transversales y no excluyentes, forma el paisaje del pluralismo en la sociedad liberal (*citado en BERMUDO, 2006, p. 20*).

La propuesta de 'pluralismo razonable' de RAWLS es abiertamente universal-tolerante en tanto tolera la convivencia de doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables, en una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales, pese a que estas doctrinas sean incompatibles y se encuentren enfrentadas. La crítica de BERMUDO es que la clausura que ejerce el concepto de pluralismo razonable excluye tanto a la pluralidad no razonable como a la 'otra' pluralidad, ajena a la razón, reduciendo la pluralidad a diferencia ideológica (BERMUDO, 2008, p. 17).

Las voces críticas al 'pluralismo razonable' de RAWLS demandan abandonar la pretensión del pluralismo político de reducir a la unidad el amplio mosaico de pluralidades y asumirlo como la forma del nuevo orden político; la democracia radical exige añadir al escenario las colectividades, las identidades intersubjetivas diferenciadas que constituyen la pluralidad política y social (MOUFFE, 1999).

El objetivo de una política democrática, dirá MOUFFE (1999, p. 14), no reside en eliminar las pasiones ni en relegarlas a la esfera privada, sino en movilizarlas y ponerlas en escena de acuerdo con los dispositivos agonísticos que favorecen el respeto al pluralismo.

La propuesta de MOUFFE incluye transformar el antagonismo en 'agonismo' o, lo que es lo mismo, transformar el enemigo en adversario, entendiendo que frente a la democracia deliberativa, que busca la superación del antagonismo y la armonización, la democracia radical ha de reivindicar el conflicto regenerador y agónico, pero no el disgregador y antagónico (MOUFFE, 1999, p. 13).

En este sentido, al pluralismo razonable se le opone una idea de pluralismo radical en el que caben no solo la heterogeneidad, sino las posiciones morales antagónicas e inconmensurables.

Otra línea de crítica al pluralismo razonable de RAWLS, importante de resaltar en el presente trabajo, la sostiene BERMUDO (2008), para quien el pluralismo liberal no puede confundirse con el pluralismo multicultural. Aquí no se trata de reconocer, sostiene el autor, la pluralidad de individuos y la bondad de la misma, sino la pluralidad de pueblos o culturas como realidades sustantivas que determinan la subjetividad e identidad individual. Continúa BERMUDO:

Este pluralismo pone en escena nuevos protagonistas. El protagonismo del individuo es desplazado por el de la etnia, como totalidad sustantiva, que impone su límite (su identidad) al individuo y que exige un nuevo orden político, no estatal, no racional, no estructurado en el esquema individuos/universal, sino como unidad de identidades colectivas fuertes, objetivamente determinadas. La identidad étnica o cultural no tiene nada que ver con la propia de una asociación ideológica; en el espacio étnico la adscripción, la pertenencia, no se elige, no es voluntaria, no es abierta ni reversible; en rigor, no solo se impone al individuo como determinación exterior de su yo, relación propia del liberalismo entre la patria y el individuo, sino como constitutiva del mismo.

Ciertamente que el multiculturalismo al que alude BERMUDO, al apuntar a un ontologismo de las identidades colectivas, busca destronar al individualismo de la centralidad en la que se encuentra en el Estado democrático y, en ese sentido,

comparte las críticas que reivindican no solo la inclusión de estas en el pacto social, sino que demandan redefinir los términos del pacto para dar cabida al contextualismo propio del pluralismo que reivindica identidades situadas y localizadas en el contexto de una democracia radical.

No obstante, la versión del multiculturalismo que ha tenido más peso en el debate contemporáneo es el de vertiente liberal sostenido por KYMLICKA (1996), que apoya el asociatismo utilitarista, esto es, el que opera en el marco de la libertad y la igualdad de los ciudadanos vistos como individuos, reduciendo, de este modo, lo comunitario a lo asociativo individual.

Según KYMLICKA, los grupos deben ser protegidos de la discriminación mediante la aplicación de políticas multiculturalistas de autogobierno y el mantenimiento y reproducción deben dejarse a la libre elección de los individuos en la esfera privada, sin interferencia del Estado. Por ende, deben ser tratados de manera semejante a las minorías religiosas. La visión de KYMLICKA, por tanto, no sale del cuadro liberal, individualista y unitarista, buscando ontologizar la tolerancia en el Estado democrático e impulsando un programa político que reduce la política a la técnica gubernamental.

A las versiones liberales y críticas del multiculturalismo se oponen planteamientos que apuntan, por un lado, a dibujar un estatuto propio de las identidades diferenciadas, por lo menos a las de raigambre étno-cultural –aunque también a las diferenciaciones sexuales–, no solo por estar atrapadas en una serie de condicionamientos históricos y sociales, sino porque en estos ámbitos no opera la ‘libre elección’: se ‘es’ indígena, no ‘se hace’ indígena. Por otro lado, plantean reconstruir el Estado democrático superando el unitarismo, el individualismo, el universalismo como entidades ontológicas y optando por una democracia radical que reconstruya la noción de sujeto, que incluya a los sujetos colectivos de juridicidad, que enfrente y maneje las conflictividades intersubjetivas y de las colectividades, que reordene el espacio público bajo modelos descentralizadores y

participativos, y que coloque a la interculturalidad como mecanismo de relación entre lo estatal y lo social.

Como se puede advertir, el pluralismo, aún en su vertiente más radical, no busca sustituir al Estado sino transformar sus cimientos unificadores, universalistas, estatistas, asépticos y avalorativos, aspiraciones en las que coinciden con otras líneas críticas, dentro y fuera del Derecho. A estos planteamientos, volveremos más adelante.

1.1. El monismo jurídico como paradigma del derecho estatal

Hablamos de paradigma en el sentido kuhntiano, esto es, en referencia al modelo de investigación científica del derecho, que incluye la acepción de que dicho modelo pueda replicarse, pero, más que nada, en el sentido de cómo se entiende, se piensa y hace ciencia por parte de los agentes del derecho, así como sus creencias, prácticas y adjudicación de sentidos¹.

Con esto, el primer aspecto relevante es la propia concepción que se adopta del Derecho como ciencia, creencia que comienza a forjarse desde que se establece esa equivalencia entre leyes naturales y leyes humanas y cuyas posiciones se vieron fortalecidas con el desarrollo de las ciencias naturales que aportaron métodos de análisis y de interpretación. Pero se llega al punto más alto de elaboración en la *Teoría Pura del Derecho* de KELSEN, en donde el derecho queda aislado de la realidad y dotado de una metodología 'propia' de análisis e interpretación de carácter técnico-jurídica. En tanto método, asume su carácter

¹ Para KUHN (1971) el término 'paradigma' designa todos los compromisos compartidos por una comunidad de científicos, tanto los compromisos teóricos, ontológicos y de creencias, como los que hacen referencia a la aplicación de la teoría y a los modelos de soluciones de problemas. Los paradigmas son, por tanto, algo más que un conjunto de axiomas, son universos de discursos.

universal, abstracto, unitario, avalorativo, aplicable de manera general, esto es, inteligible y posible de ser captado en su 'ser' y distinguible de su 'deber ser'².

La configuración del derecho como ciencia, requiere de la aprehensión de un espacio que haga posible la réplica del modelo –y por esta vía demostrar su veracidad– y este será, por un lado, el Derecho nacional, esto es, el Derecho del Estado nacional y, por otro lado, el criterio científico de 'lo universal' que podía ser replicado en el laboratorio social que constituye el Estado de Derecho. La creación de comunidades de tipo horizontal-secular así como el desarrollo de lenguajes de poder, surgen como consecuencia del hecho científico y acompañan en el ciclo de producción científica, esto es, la experimentación, la producción, los resultados y su consumo. Es así que condiciones económicas, políticas, sociales, culturales, científicas y metodológicas, confluyeron en los siglos XIX y XX para configurar el carácter unitario, autorreferencial, neutral, avalorativo, coherente, previsible, organizado de manera jerárquica, válido y eficaz del Derecho.

Esta visión estática que ofrece el derecho como ciencia, esto es, aislada de la realidad, nos dice DODDS (2011, p. 100), hace que las transformaciones que ocurren en su interior sean vistas no como cambios sino como crisis: una crisis de lo que 'es' el Derecho. Lo que no ocurre si se parte de una posición evolucionista –y mucho menos si se parte de una posición histórica, diría yo–, que entiende al Derecho como parte de la sociedad, desde donde se refleja una idea de cómo se ha desarrollado y cómo debería desarrollarse el contenido normativo del Estado de Derecho, es decir, da cuenta del carácter político de la cuestión. En este sentido, la lógica formal del sistema jurídico que fue superada con el paradigma de la constitucionalización del derecho privado –de acuerdo a la perspectiva de los

² Como sabemos, de la distinción entre 'ser' y 'deber ser' surge el legicentrismo, esto es, la centralidad de la ley en el derecho, vale decir, fuente fundamental del Derecho, configurándose de esta manera el positivismo jurídico.

paradigmas, nos dice DODDS- más que crisis, significa cambios, variaciones del derecho que no por eso destruyen su identidad como tal.

Una vez asentada la idea del derecho como ciencia y siguiendo el análisis evolucionista que propone DODDS, se advierte que del modelo burgués, que partía de una clara separación entre Estado y sociedad, favorable a la autonomía individual y a la configuración de los distintos ámbitos funcionales de la sociedad, al margen de la sociedad estamental feudal, se pasa, entonces, al paradigma de la sociedad estructurada en términos de derecho privado, esto es, asentado en la autonomía de los sujetos³ -de ahí la importancia de la división entre derecho público y derecho privado.

En este paradigma, el derecho establece las condiciones para ejercer la coacción necesaria que asegure los intereses privados -más específicamente, los intereses capitalistas-; su legitimación viene asegurada por la ley, que asume una dimensión general y abstracta. Se instaura, entonces, el paradigma del formalismo jurídico, desarrollado y protegido por expertos que sistematizan, en términos dogmáticos, el derecho como un todo lógico, ordenado, predecible, unitario y seguro (DODDS, *En general*, 2011).

³ De aquí surge la importancia de la división entre derecho público y derecho privado. El derecho público que aísla los actos del poder estatal de la sociedad, habilitando a las autoridades designadas mediante procedimientos jurídicos, esto es, reglados de manera previa para tomar decisiones respaldadas por la fuerza. Esto hace que tales decisiones adquieran dicho carácter universal, general, avalorativo, neutral, abstracto y aplicable de manera general, dotadas de jurisdicción sus actuaciones y establecidas las respectivas cláusulas de abstención frente a los derechos de libertad. Por su parte, el derecho privado, constituido por los derechos de libertad, de igualdad y debido proceso, que garantizan el libre desarrollo de la sociedad burguesa-capitalista así como de la personalidad, es decir, la individualidad del sujeto del derecho, que a su vez queda librada de la intervención del Estado. De aquí también surge lo que se ha dado en llamar constitucionalismo monoclasa, esto es, un constitucionalismo burgués que hace alusión al origen o fuente sociológica del derecho en el proyecto burgués y que tiene como destinatario a esa misma clase (PAZMIÑO, 2015, p.18).

Pero como todos sabemos, el modelo burgués no tardó en entrar en crisis dada la inequidad social que produjo, lo que llevó, siguiendo el análisis de DODDS, al paradigma del derecho del Estado Social, que refleja un cambio en el rol del derecho y del Estado. En cuanto al derecho, este no podría cumplirse solo con la sujeción a la ley, sino bajo la condición de que esas leyes ‘garanticen’ la igualdad de trato en el sentido de igualdad jurídico-material. En cuanto al Estado, este debía abandonar su cómodo aislamiento de la sociedad para incursionar en ella equilibrando las fuerzas sociales e interviniendo frente a las injusticias e inequidades. De la crisis de racionalidad y de legitimidad del derecho, intentando corregir los costos sociales del modelo burgués, surgen las ideas de Estado interventor y derecho social, cambiando el sentido del Estado de Derecho, esto es, estableciendo un nuevo paradigma.

Sus efectos pronto serán advertidos por los liberales en relación al impacto frente a la autonomía personal, lo que levantó voces invocando el regreso a la concepción liberal del Derecho fundada en derechos de carácter negativo. En medio de estas, la alternativa de HART (1997) será ofrecer un modelo de derecho que brinde soluciones al pluralismo moral característico de las democracias liberales, despojado de fines y manteniendo intactos los derechos negativos.

Su modelo implica asegurar un umbral de ciudadanos críticos y activos actuando en una democracia liberal pluralista, dotados de habilidad y deseo de cuestionar la autoridad pública, de comprometerse en los asuntos públicos, de modificar las preferencias en el ámbito público, de la virtud de razonabilidad pública, de la virtud de la civilidad entendida como no discriminación, entre otras. El liberalismo igualitario de RAWLS afirma su compromiso con la autonomía de las personas, con la neutralidad del Estado y con la igualdad equitativa de oportunidades, de esta manera, apela a la posibilidad de revisión racional, a la neutralidad del Estado frente a las diferentes concepciones del bien y a la no intervención en la moral privada de las personas, siendo su papel proteger la capacidad que tienen los individuos de juzgar por sí mismos el valor de los

distintos conceptos de vida buena y asegurar a todas las personas los bienes básicos que les permitan perseguir su propia concepción del bien y desarrollar un sentido de justicia y de identidad con la comunidad política, así como corregir las desigualdades producto de las circunstancias externas de las personas y de los diferentes talentos entre ellas (HERNÁNDEZ, *En general*, 2005).

En los márgenes del formalismo liberal clásico y el liberalismo igualitario de RAWLS, aparece HABERMAS (1998) planteando la necesidad de restaurar la conexión entre autonomía privada –individual–, y autonomía pública –ciudadana–, por medio de la procedimentalización del derecho y buscando disminuir la tensión entre lo colectivo y lo individual, entre estructura y sujeto, entre sistema y mundo de la vida.

El paradigma procedimental del derecho de HABERMAS plantea que no existen razones suficientes para privilegiar el derecho formal o el derecho material, y que la decisión vendría a ser el resultado de una reflexión sobre la forma de Derecho que permita “asegurar *uno actu*, la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos, por vía de que todo acto jurídico pueda entenderse a la vez como contribución a la configuración política autónoma de los derechos fundamentales, es decir, pueda entenderse como elementos de un proceso constituyente planteado a largo plazo” (*citado en DODDS*, 2011, pp. 105-106).

Otra propuesta que busca reformular el Derecho, fruto de la crisis del Estado de bienestar, es la del profesor TEUBNER que plantea el derecho reflexivo, esto es, un derecho que propenda a una justificación normativa basada no en la autonomía privada ni pública, sino en la conformación de una autonomía regulada⁴. Se trata de la constitución de una estructura externa del derecho que ponga énfasis en la reconstrucción de ámbitos que aseguren la integridad del sistema jurídico y de una estructura interna del derecho constituido por normas procesales que regulen procesos, organizaciones, distribuyan derechos y competencias y ejerza un control legal indirecto

⁴ Regulación sistémica a través de normas de organización y procedimientos.

y abstracto, dado que el sistema solo determina las premisas organizativas y procesales de una acción (DODDS, *En general*, 2011).

La propuesta de TEUBNER es una suerte de derecho autonómico⁵, despojado de fines concretos por parte del legislador y que tampoco busca determinar directamente soluciones para casos particulares, en donde se reduce el papel del derecho al establecimiento de premisas que los sujetos puedan aplicar para regular por su propia cuenta sus asuntos. La forma jurídica que se brinda como ejemplo es el derecho laboral, concretamente la negociación colectiva.

En el mar de posiciones paradigmáticas del Derecho también está la del jurista italiano FERRAJOLI (1999), quien opone al paleopositivismo 'la ley del más débil', esto es, el garantismo constitucional que tiene como fundamento del Derecho la existencia de una constitución rígida como fuente del derecho, así como la constitucionalización del orden jurídico, el control y límites del poder, la dimensión normativa de la Constitución, la distinción entre regla y principio, la garantía de los derechos fundamentales, la interpretación judicial, la restitución de los vínculos entre derecho y justicia, entre derecho y moral, la relación entre eficacia y validez, y la aplicación del derecho a casos límite: el derecho internacional o el derecho de las sociedades primitivas, entre otros.

El constitucionalismo que representa FERRAJOLI, junto con otros numerosos autores, alberga paradigmas garantistas del Derecho que entienden a este, al Derecho, como una disciplina práctica, sustancial, finalista y comprometida con la vigencia material de los derechos fundamentales y con la constitucionalización del orden jurídico. No obstante, también el garantismo constitucional europeo, como modelo de Estado democrático, se encuentra sumido en una profunda crisis de

⁵ En el sentido de "autoconstrucción de las normas jurídicas en donde las normas legales tienen su origen en actos legales y esas normas legales son, a su vez, origen de la producción de nuevos actos que pueden calificarse como legales despojado de fines y de mecanismos de solución directa de conflictos" (TEUBNER, 2000, p. 57).

legitimidad, de coherencia con sus propios postulados, de deformaciones y aberraciones en la práctica jurídica, y de promesas de control del poder incumplidas y tolerantes a la corrupción, entre otras dificultades.

Por su lado, América Latina vive sus propios dramas, sus propias crisis y sus propios desafíos, que desde finales del siglo XX consisten en construir sus propios paradigmas.

Estos paradigmas se vienen construyendo desde una crítica sostenida a la modernidad y su modelo de economía y de sociedad, a la centralidad estatal que ahoga la emergencia de una ciudadanía activa y participativa, al sostenimiento de instituciones que reproducen relaciones de coloniaje o neocoloniaje, al dominio de las reglas del capitalismo internacional que acentúa las inequidades existentes y devastan la naturaleza, al monismo clasista que persiste en la invisibilización de la pluralidad social, cultural, moral o religiosa y le condena a su supervivencia en el ámbito privado, en fin, al borrado de las estructuras de pensamiento distintas al racionalismo utilitario.

Plantea, en sus distintas versiones, un ‘pensamiento desde abajo’, una democracia participativa, un post extractivismo, un post desarrollismo, una teoría decolonial, un neorrepblicanismo, esto es, una recomposición material y epistémica de las relaciones sociales.

Estas distintas posiciones teóricas que constituyen el pensamiento crítico latinoamericano –que valga decir, no dejan de ocupar un lugar periférico en los centros de producción hegemónica del pensamiento⁶–, postulan el paradigma del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que se puede apreciar no como teoría ni doctrina jurídica, sino como formulación política-normativa en las constituciones que fueron

⁶ Para un análisis extenso e interesante acerca de los centros de producción hegemónica y periférica del pensamiento jurídico latinoamericano *ver* LÓPEZ MEDINA, 2004.

surgiendo a manera de reforma⁷ o mediante procesos constituyentes⁸ desde la década de los años ochenta.

Esto demuestra la importancia que adopta la idea de Constitución en esta configuración paradigmática del Estado que, como sostiene GARGARELLA en el prólogo a *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*:

Las Constituciones importan porque pueden facilitarnos la salida de una crisis, o retrasar el ingreso a ellas; importan porque pueden ser condición necesaria o detonante de cambios sociales mayores; importan porque pueden representar pequeños pero decisivos pasos en pos de la autonomía individual y el autogobierno colectivo. (...) la política es nuestra, de todos, y no de un grupo, o de una clase, o de los 'ricos y bien nacidos' de los que hablan en el lenguaje constitucional de hace dos siglos (...) Las largas y detalladas listas de derechos individuales, sociales, económicos y culturales que incluyen nuestras nuevas Constituciones representan, en tal sentido, una reacción frente a un constitucionalismo que, más que austero, era avaro; más que moderado, reaccionario, un constitucionalismo que, con razón, podía ser acusado de estar al servicio de unos pocos, de sus privilegios y sus propiedades (Ministerio de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008, pp. 13-14).

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en el caso ecuatoriano específicamente, antes que una teoría sobre el Derecho o la Constitución, es la concreción político-normativa, de un largo proceso de reflexión y lucha por la

⁷ El Salvador (1983), Brasil (1989), Perú (1993).

⁸ Colombia (1991), Venezuela, (1999), Bolivia (2006-2009), Ecuador (1998 y 2008) aunque disten muchos los dos procesos constituyentes, no solo por el modelo de Estado de Derecho que formularon, sino, sustancialmente, por su legitimidad: el uno asentado en el sistema político tradicional de partidos, y el otro asentado en el poder constituyente que dio como resultado un tipo de Estado de Derecho bastante distinto no solo a la tradición ecuatoriana, sino también al 'modelo' jurídico, el neoconstitucionalismo europeo, del que toma buena parte de sus elementos teóricos, ideológicos y metodológicos. Como sostienen MARTÍNEZ DALMAU y VICIANO PASTOR, su preocupación no es únicamente sobre la dimensión jurídica de la Constitución, sino, incluso en un primer orden, sobre la legitimidad democrática de la Constitución. En efecto, dicen los autores, "el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente y establecer los mecanismos de relación entre la 'soberanía', esencia del poder constituyente, y la 'Constitución', entendida en su sentido amplio como la fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales (...); el nuevo constitucionalismo es, principalmente, una 'teoría' (democrática) 'de la constitución'. [Representa la] búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía y gobierno" (MARTÍNEZ DALMAU y VICIANO PASTOR, 2011).

democratización del Estado; busca saldar cuentas con el Estado colonial persistente a través de nuevas y renovadas formas de colonialidad. Se propone reconstruir las bases histórico-sociales de la sociedad ecuatoriana imprimiendo nuevos sentidos al Estado⁹, al Derecho¹⁰, a la economía¹¹, a la política¹². Antes que una teoría del Estado o del Derecho es una formulación constitucional que tiene implícita una teoría del Estado y la sociedad, donde el Derecho es instrumento de dicha relación¹³.

Por otro lado, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se preocupa de incorporar¹⁴ en los textos constitucionales todos los avances del

⁹ Concibiendo un modelo de Estado finalista y cuyo papel consiste en cumplir los mandatos del poder constituyente.

¹⁰ “Haciéndolo un instrumento de transformación social para corregir las desigualdades e inequidades históricas y contemporáneas. Esto lo hace no solo poniendo a los derechos en el centro del Derecho, sino asumiendo la igualdad de jerarquía de todos los derechos, con lo que se reformulan no solo las tesis gradualistas de los derechos, sino la propia tesis de los derechos fundamentales que se convierten ‘todos’ los derechos contemplados en la Constitución, los derechos humanos establecidos en los instrumentos de derechos humanos y los derechos que, aunque no estén reconocidos constitucionalmente, sean atinentes a la dignidad humana, en derechos garantizados al más alto nivel jurisdiccional” (Art. 11.6 de la C.R.E.).

¹¹ “Asumiendo, no solo un papel interventor del Estado en la economía para corregir las inequidades y desigualdades crónicas y persistentes, sino también declarando al sistema económico social y solidario que reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. Dicho sistema está integrado por formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria” (Art. 283 de la C.R.E.).

¹² Reformulada sobre una concepción participativa del ejercicio y la organización del poder que reconoce una amplia variedad de formas de participación a las que dota de mecanismos, procedimientos y garantías para hacerlos efectivos.

¹³ Para MARTÍNEZ DALMAU y VICIANO PASTOR (2011), el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados, aunque los procesos son disímiles existen unos rasgos comunes bastante definidos que permiten afirmar que se trata de una corriente constitucional en período de construcción doctrinal.

¹⁴ Y como sostiene DE CABO en el prólogo de *Aproximaciones al nuevo constitucionalismo* (PAZMIÑO, 2012), “se pone fin a una forma de entender el derecho constitucional como

neoconstitucionalismo europeo y del constitucionalismo estadounidense, fundamentalmente, esto es: la rigidez constitucional, el valor normativo de la Constitución, la aplicación directa de la Constitución, el control de los poderes del Estado, un sistema reforzado de garantías constitucionales, la omnipresencia de principios y reglas, los principios como criterios de interpretación, el activismo judicial; todos los cuales son aplicables a un constitucionalismo que busca solucionar los problemas de la desigualdad social y sentar las bases para un nuevo tipo de Estado. Esto ha hecho que varios autores hablen de un constitucionalismo experimental¹⁵ o en transición. Yo me distancio de las lecturas evolucionistas y de la transición y asumo una visión más bien histórica que ve el surgimiento de un constitucionalismo social que responde a un momento histórico determinado y pretende la solución de determinados y puntuales problemas de la sociedad.

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano define al Estado como constitucional de derechos y justicia, cambiando no solo el sistema de fuentes del Derecho al poner a la Constitución como fuente primaria, sino también diversificándolas y haciéndolas coherentes con su fundamentación democrática. Esto lo hace al reconocer al derecho internacional de los Derechos Humanos y a la interpretación constitucional, fundamentalmente, como fuentes del Derecho.

Pero una característica adicional me interesa resaltar en este punto y es que la pluralidad de fuentes, esto es, la pluralidad jurídica, no se agota en las arriba señaladas, sino que avanza a un concepto más radical y rupturista de pluralismo jurídico al reconocer al derecho indígena en pie de igualdad con la justicia ordinaria. Esto significa la instauración de un constitucionalismo plural, así como

referencia a modelos pretéritos fuertemente idealizados y ajenos a la realidad local, y porque –paralelamente, se desbordan los marcos interpretativos creados en esos mismos países centrales (...) Así, a la emancipación nacional que recogen como proyecto y como realidad en estos textos constitucionales, le corresponde una emancipación del conocimiento y de la reflexión”.

¹⁵ Para esta discusión ver, fundamentalmente, SANTOS (2010).

la desestatalización del Derecho¹⁶. A esta discusión nos referiremos en el siguiente acápite.

Este ideal de constitucionalismo plural que se ha descrito de manera breve y en tono entusiasta se encuentra hoy en día enfrentando lo que podríamos calificar como el ‘dilema de la invención’, esto es, los desafíos del ejercicio de un proyecto político constitucionalizado que está a prueba día a día y se pone a prueba en su capacidad de transformación de la sociedad. Su aplicación material está lejos de constituir una realidad ideal, aunque ha demostrado su capacidad relativa de corrección en distintos niveles: económico, social, político y del derecho, como también su capacidad de irradiación a otros contextos de transformación en diversas regiones del planeta. Pero también, opera en un constante estado de ‘acecho’, por parte de las fuerzas internas que se resisten al cambio, de las creencias e imaginarios arraigados en los actores sociales, de los designios de los poderes globales, de la carencia de precedentes del modelo, de la escasez de formulaciones teóricas que acompañen a la dotación de significados, aunque cada vez vayan en aumento las reflexiones teóricas. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano vive el drama de ser una propuesta práctica, una propuesta que opera en la realidad y la desafía, con todas las consecuencias que ello implica.

1.2. De vuelta al Pluralismo Jurídico. El Derecho Indígena como paradigma del constitucionalismo plural

Este acápite busca sostener la tesis de que el pluralismo jurídico de naturaleza étnico-jurídica, valga decir, el que está compuesto por el derecho nacional y el derecho indígena, representa el paradigma del constitucionalismo plural, lo que equivale a decir que tiene la vocación de articular el

¹⁶ Aunque existan voces que consideran, por el contrario, que representa la estatalización del derecho indígena.

constitucionalismo plural con su correspondiente justificación teórica, ideológica y metodológica, como una propuesta de Estado, de sociedad, de Derecho y de política.

Para esto expondré, en primer lugar, las principales impugnaciones que tienen los pluralistas frente al Estado de Derecho, identificando hacia dónde apuntan sus críticas; en segundo lugar, haré un mapeo de los principales temas y los autores más relevantes del debate del pluralismo jurídico; en tercer lugar, explicaré el derecho indígena como paradigma del constitucionalismo plural.

1.2.1. El Estado de Derecho a debate

Volver al pluralismo jurídico no significa regresar a la pluralidad de ordenamientos propia del feudalismo y el colonialismo, es más bien superar una forma de Estado que ya no resiste como tal frente a las nuevas realidades que por efecto de la globalización y de los cambios que esta genera, así como por la pluralidad de órdenes normativos que opera en el ordenamiento interno del Estado, transforman, se imponen y conforman lo que es actualmente el Derecho.

Es en este sentido que el pensamiento crítico, interdisciplinario y pluralista –en una variedad amplia de vertientes, como hemos mencionado–, realiza una crítica interna y externa del derecho y apunta a uno de los pilares del derecho liberal y social, el monismo jurídico.

Se critica al monismo jurídico tanto como teoría (el sustento teórico de la idea de que el Derecho es derecho del Estado, y que solo el derecho del Estado es Derecho y de que el Derecho no se define por su contenido, sino por la organización del uso de la fuerza, en razón del contractualismo en la producción del Derecho), como ideología (la comprensión de que por el mero hecho de ser un ordenador regular de convivencia el Derecho garantiza ciertos valores morales como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas o la paz, de lo que deriva la

obligación de obediencia al Derecho), y como metodología (asumir al Derecho como neutro, avalorativo, que puede ser definido como un hecho y no como un valor, que el único que produce Derecho es el Estado a través de sus agentes jurídicos, que la interpretación del Derecho es un ejercicio técnico-jurídico, así como la concepción piramidal del Derecho en torno al principio de jerarquía, y el legicentrismo o Derecho centrado en la ley).

El monismo jurídico como teoría es impugnado desde los hechos, esto es, demostrando mediante estudios empíricos la pluralidad de órdenes jurídicos existentes al interior de los Estados. En general, las críticas apuntan a impugnar la idea de que solo lo que es emitido por el Estado debe ser considerado como Derecho. Aquí, son numerosos los estudios clásicos y contemporáneos en antropología y sociología jurídica sobre lo que se denomina 'el derecho de las sociedades primitivas' y que hoy se entiende como derecho indígena.

Los estudios contemporáneos incluyen a los temas tradicionales, indagaciones acerca de los ordenamientos jurídicos de organizaciones o agrupaciones sociales –actúen estas dentro o fuera de la legalidad estatal, operen estos al interior del Estado o fuera de él–, corporaciones jurídicas y otras modalidades de organización (no solo en países periféricos, sino también en países centrales) capaces de generar un ordenamiento social al margen del Orden del Estado. A esto se ha dado en identificar como el nuevo pluralismo jurídico.

Desde distintas vertientes del pensamiento pluralista, la crítica y oposición a la 'ideología' del monismo o centralismo jurídico se fundamenta en la idea de unidad política de una nación¹⁷, que invisibiliza a la pluralidad cultural¹⁸ y a las escalas local y global¹⁹. Para GRIFFITHS:

¹⁷ ARÍZAGA y BONILLA, 2007, p. 22.

¹⁸ SIERRA, 1995, p. 244, *citado en* HOEKEMA, 2002, p. 64.

¹⁹ SANTOS, 2009, p. 52.

Esta ideología restringe el dominio legal al 'derecho del Estado' o 'al derecho oficial'. Para esta ideología solo son Derecho aquellas normas de conducta sancionadas por el Estado, siguiendo los principios de las democracias modernas, y que son reconocidas como tales por los discursos académicos que dominan la producción y reproducción del conocimiento jurídico. [...] En breve, para el centralismo legal, derecho y Estado son sinónimos (GRIFFITHS, 1985, *citado en* PRIETO, 2012, p. 27).

Las críticas a la ideología del derecho liberal son diversas y tienen origen en posiciones teóricas e incluso en disciplinas distintas, atacan tanto la preeminencia del derecho oficial o estatal, como su uniformidad y su fundamentación y legitimación en el principio de soberanía, así como su autorreferencialidad por la distancia que por esta vía toma el derecho frente a la realidad social y por la concentración de poder que ello implica. Entre las más importante podemos referir de manera sucinta:

a) La teoría crítica del derecho que considera reduccionista la ecuación 'derecho igual Estado'. Para SANTOS, la imposición de esta ideología no es sino un legado de las revoluciones burguesas y de la hegemonía liberal que fortalecieron el vínculo y la equiparación entre el derecho y el derecho estatal, entendido como orden uniforme para todos (SANTOS, 2009, p. 52).

b) Para los estudios coloniales y poscoloniales, el derecho occidental y el monismo jurídico liberal que lo justifica, representa la violencia, la barbarie y la destrucción que han sido definitivas para la consolidación del proyecto capitalista moderno²⁰.

c) La antropología ha cuestionado la idea de universalidad del derecho occidental del monismo jurídico liberal, haciendo ver que este supone solo una manera determinada de mirar la realidad, entre muchas otras que igualmente perviven en el espacio del Estado²¹.

²⁰ FITZPATRICK, 1993, *citado en* ARÍZAGA y BONILLA, 2007, p. 30.

²¹ GEERTZ, 1994, p. 202, *citado en* ARÍZAGA y BONILLA, 2007, p. 31.

d) Desde la teoría de sistemas, mientras tanto, se critica la idea de que el derecho esté apoyado únicamente en sí mismo y basado en una violencia arbitraria que carece de fundamento²².

Por su parte, las críticas al monismo jurídico como ideología apuntan a cuestionar el recurso a la ficción que hace el derecho.

Recordemos que el uso de este recurso heurístico que hace KELSEN está orientado a construir el concepto de validez de la norma fundamental *grundnorm*, al hacer posible una comprensión del contenido normativo en términos de ‘como si’²³ algo estuviese dado o fuese así. KELSEN sostendrá que:

[s]egún Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado. El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es: fundamentar la validez de normas que configuran un orden moral o legal positivo, o sea, interpretar el sentido subjetivo de los actos que establecen estas normas como su sentido objetivo; pero esto significa; interpretarlas como válidas y a los actos como normativos. Esta meta se alcanza únicamente por medio de una ficción (*citado en CHÁVEZ, 2008, p. 73*).

El recurso a la ficción le permitirá a la Teoría General del Derecho de KELSEN construir la ideología del interés estatal colectivo que hace posible la reducción de la conflictividad y la diversidad reinantes al interior del Estado-nación, así como también permite justificar la validez de los mandatos emitidos ‘en nombre del Estado’, imputables mediante dicción a la comunidad política. Dice KELSEN:

(...) si el orden jurídico fuese realmente la expresión de los intereses de todos, es decir, si estuviese en completa armonía con los deseos de todos los individuos sometidos a él, entonces podría contar con la obediencia voluntaria de todos sus súbditos; no necesitaría tener carácter coercitivo; y, siendo enteramente ‘justo’, tampoco necesitaría ostentar el carácter de derecho (*citado en CHÁVEZ, 2008, p. 73*).

Los cuestionamientos al monismo jurídico como ideología, apuntan a impugnar los valores hegemónicos del Estado de Derecho, los mecanismos

²² TEUBNER, 1997, *citado en* ARÍZAGA y BONILLA, 2007, p. 30.

²³ Filosofía del ‘como si’ que viene de VAIHINGER (KELSEN, 1982, *también* PAULSON, 2012).

autoritarios de reducción de la conflictividad social, las exclusiones y desigualdades que provoca, así como el encubrimiento de los verdaderos intereses que hay detrás del interés estatal colectivo en el Estado liberal y en el Estado social.

Por su parte, las críticas al monismo jurídico como metodología se orientan a cuestionar la tesis de la producción estatal del Derecho únicamente a través de agentes habilitados para ello.

Respecto de la producción hegemónica del Derecho, cuando se afirma que el monopolio de la producción jurídica pertenece al Estado, esto supone a su vez dos cosas: que la creación del Derecho, en lo que a fuentes se refiere (potestad legislativa), es de exclusivo ejercicio de los órganos estatales habilitados²⁴ para ello; y por otro, que son los órganos del Estado habilitados para tales efectos los que se encargarán de decidir qué significados y alcances tienen esas normas expedidas con anterioridad. Este es el núcleo de la potestad jurisdiccional, la potestad para decir el Derecho. Producción, tanto en términos de fuentes como de dicción del Derecho corresponden al Estado.

A estos postulados se oponen argumentos que sostienen que ni es el Estado el único que produce Derecho, ni tampoco es el único que adjudica sentido a las normas jurídicas. También se cuestiona que el monopolio de la producción del Derecho por parte de los agentes estatales y la reducción del Derecho a mero organizador del uso de la fuerza, solo apunta a afianzar la hegemonía del poder del Estado para justificar los intereses que realmente encubre. Por esta vía, se justifica una comprensión del Derecho en términos de coexistencia de ordenamientos jurídicos, cuya relación puede ser entendida en términos de descentralización, autonomía, coordinación y participación en el proceso de producción y

²⁴ Para un análisis de la autoridad como habilitación, ver el esclarecedor trabajo de PAULSON (2012), sobre *La interpretación débil de la autoridad en la Teoría Pura del Derecho* de KELSEN.

otorgamiento de sentidos, lo que incluye también el reconocimiento material y jurídico de 'otros' derechos, esto es, otros ordenamientos jurídicos.

Otras líneas de análisis apuntan a cuestionar el postulado liberal del pluralismo político, al que hicimos referencia en acápites anteriores, que tuvo la virtud de contener el pluralismo moral y el pluralismo social característico de las sociedades modernas, pero que no ha podido aplacar ni la emergencia ni la disputa que sostienen otros órdenes jurídicos que conviven en el espacio supranacional o infranacional del Estado, sean fruto de crisis sociales o el resultado de conflictos de poder o factores históricos.

A manera de contexto, es importante resaltar que las nuevas manifestaciones de pluralismo comenzaron a ser entendidas por la teoría social –con repercusiones en el derecho–, en términos de diversidad desde comienzos del siglo XX –la diversidad como amenaza. Esto se expresó, fundamentalmente, en las manifestaciones sociales que asumen como consigna la diversidad cultural entre quienes denuncian las persistentes desigualdades socioeconómicas en las sociedades desarrolladas (discriminación racial, pero también de género).

Al final del siglo, los postulados del pluralismo étnico-cultural alcanzan entidad propia no solo en la práctica social, sino también en la teoría y en el tratamiento jurídico de la diversidad cultural –el pluralismo como posibilidad.

En este momento, la diversidad de intereses, organizaciones, estructuras sociales, valores y comportamientos, no cesan en todas las regiones del planeta y, por el contrario, confluyen en el juego del poder político. Un ejemplo de lo que acaba de afirmarse es lo que ocurrió tras el colapso del comunismo en Europa Central y Oriental, que DE CUETO calificaría como “el escalofriante mosaico de diversidad étno-cultural del continente, con listas interminables de situaciones minoritarias”. Asistimos, decía, “al surgimiento étnico, a la vuelta a escena del

sentido primordial de la identidad que ha venido a sustituir definitivamente al factor clase en la política internacional”²⁵.

América Latina no fue la excepción en este nuevo escenario de pluralismo étnico-cultural. El regreso a la democracia –luego de varias décadas de gobiernos dictatoriales– en la mayoría de los países del continente, estuvo acompañado por una variedad de demandas sociales acumuladas, entre ellas las demandas étnicas. Para la década de los años ochenta, más allá de las tradicionales demandas por mejores condiciones de vida y condiciones laborales sostenidas por sindicatos y organizaciones ciudadanas del campo y la ciudad, irrumpieron demandas de nuevo tipo que apuntaron a cuestionar no la acción gubernamental, sino ‘la política’, desde una posición política-identitaria. Una de las manifestaciones del carácter de estas demandas está en el reconocimiento del derecho indígena a la par del derecho del Estado. Fue el momento en el que el Estado se puso en cuestión, y con ello, el Derecho.

1.2.2. Otros elementos del debate teórico sobre el pluralismo jurídico de dimensión étnico-cultural

En este acápite, me planteo hacer un mapeo de los autores y las posiciones más representativas en torno al debate contrahegemónico del pluralismo jurídico que ha tenido lugar en las ciencias sociales y jurídicas. La revisión del debate teórico no se limitará a los estudios del pluralismo jurídico en Latinoamérica, sino más bien estará relacionada con los temas que han sido la preocupación de los pluralistas jurídicos.

Veamos cuales son sus principales postulados y las propuestas que sobre el pluralismo jurídico han hecho los principales impulsores de este debate.

²⁵ Citado en CHÁVEZ, 2011, p. 58.

1.2.2.1. La definición de pluralismo jurídico

En la literatura encontramos varias definiciones de pluralismo jurídico, la mayoría basadas en la 'coexistencia' de sistemas u órdenes normativos. Entre estas podemos citar a:

a) POSPISIL concibe al pluralismo legal como un fenómeno de coexistencia entre diversos regímenes normativos e institucionales en conjunto con un derecho oficial estatal. Su descripción simplemente constata una pluralidad de normas e instituciones, las que, reclamando autonomía, conviven con el Derecho de Estado, sin importar si este los reconoce de manera oficial o no. De acuerdo a su descripción, en cada sociedad hay subgrupos que desarrollan sus propios sistemas legales, los cuales son posibles de diferenciar respecto del resto de los subgrupos que cohabitan dentro de una misma sociedad –familias, comunidades, organizaciones políticas– (POSPISIL, 1971, *citado en* PRIETO, 2012, p. 34).

b) VANDERLINDEN entiende que el pluralismo jurídico se traduce en la existencia, al interior de una determinada sociedad, de mecanismos jurídicos diferentes que se aplican en situaciones jurídicas idénticas (VANDERLINDEN, 1971, p. 19, *citado en* GRIFFITHS, 2007, p. 166).

c) BENDA-BECKMANN sostiene que es posible denominar pluralismo jurídico a una situación en la que existen reglas jurídicas distintas que son aplicables a una situación y que pertenecen a un mismo sistema (BENDA-BECKMANN, 2002, *citado en* ARÍZAGA y BONILLA, 2007, p. 39).

d) GRIFFITHS lo asume como un estado de cosas dentro de cualquier campo social en el que el comportamiento obedece a más de un orden jurídico. Su definición fuerte del pluralismo jurídico lo relaciona directamente con un estado empírico de los acontecimientos en sociedad y no meramente con la ideología. En una interpretación extensiva de la propuesta de MOORE (1978) de 'campos sociales semiautónomos', GRIFFITHS habla de la heterogeneidad normativa que se genera en

la acción social y que siempre tiene lugar en un contexto de 'campos sociales semiautónomos', múltiples y superpuestos, lo cual imprime una condición dinámica (GRIFFITHS, 2007, pp. 147 y 214; GRIFFITHS, 1986, *citado en* DUPRET, 2007, s/p).

e) Un concepto ampliamente aceptado entre los autores es el que define al pluralismo jurídico como una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social, y lo entiende como una cuestión de incorporación/reconocimiento de las costumbres locales por parte del Estado central (HOOKER, 1975, p. 2, *citado en* GRIFFITHS, 2007, p. 160. *También* MERRY, 1988, p. 870, *citado en* TAMANAHA, 2007, p. 225).

f) Por su parte, HOEKEMA plantea un análisis más sistemático dentro de las lecturas de la coexistencia de ordenamientos jurídicos. Sostiene una distinción entre pluralismo jurídico social y formal. Dentro del último, distingue dos tipos de pluralismo formal: el unitario y el igualitario. En el pluralismo jurídico formal 'unitario' coexisten dos o más sistemas de derecho que en su sentido social ha sido reconocido por el derecho estatal, incluso en la misma Constitución, pero en la que el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocido. En el pluralismo jurídico formal igualitario, mientras tanto, el derecho oficial reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada, pero constitutiva, de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional. En estos casos, reina una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho (HOEKEMA, 2002, pp. 70-71).

g) Para terminar, vale resaltar la perspectiva de TEUBNER, que entiende al pluralismo jurídico como acción comunicativa, esto es, una multiplicidad de diversos procesos comunicativos que observan la acción social a través del código binario de lo legal/ilegal. Este código, dice TEUBNER, se constituye como el factor de

discriminación que permite la exclusión de cálculos puramente económicos o absolutas presiones de poder y meras normas convencionales o de moralidad, patrones de transacciones o rutinas organizativas. Dicho código binario no es característico del derecho estatal, sino que en su lugar crea imágenes de una heterarquía de distintos discursos jurídicos. Finalmente, este cumple varias funciones, entre las que encontramos el control social, la regulación de los conflictos, la reafirmación de expectativas, la regulación social, la coordinación de comportamientos o de disciplina de cuerpos y almas (TEUBNER, 1992, *citado en* DUPRET, 2007, s/p).

1.2.2.2. Evolución de la teoría

De la revisión de la literatura podemos evidenciar que existen dos periodos claramente definidos en el desarrollo de la teoría del pluralismo jurídico, el primero corresponde a los orígenes y es conocido como pluralismo jurídico clásico; mientras que el segundo se refiere a los nuevos estudios sobre pluralismo jurídico realizados a partir de la década de los ochenta. Para comprender y diferenciar cada uno de estos periodos proponemos una revisión en función a sus objetos de estudio y las investigaciones producidas en cada fase.

El pluralismo jurídico clásico

La tesis fundamental del pluralismo jurídico clásico es que este es un resultado del colonialismo. Sus primeros trabajos, de tipo etnográfico y antropológico, se concentraron en la existencia y permanencia de los sistemas u órdenes jurídicos en las sociedades colonizadas por los países europeos. En palabras de MERRY:

Los estudios de principios del siglo XX examinaron las manifestaciones del derecho indígena en los pueblos tribales y en las aldeas tradicionales de las sociedades colonizadas [...] Los científicos sociales, sobre todo los antropólogos, estaban

interesados en ver cómo estos pueblos mantenían el orden social sin usar el derecho europeo (*citado en* ARÍZAGA y BONILLA, 2007, pp. 44 y 90).

En un segundo momento, la investigación pasa de la simple identificación al análisis de las relaciones entre los sistemas jurídicos. Durante este periodo los estudios del pluralismo legal se enfocan en comprender las relaciones de tensión, coexistencia, reconocimiento/no-reconocimiento existentes entre el derecho de los colonizados y el derecho de los colonizadores. El principal reto conceptual en este momento será la diferenciación entre derecho y costumbre (TAMANAH, 2008, *citado en* PRIETO, 2012, p. 34. *También ver* MERRY, 2007, p. 100).

Un hecho característico de esta época es que los estudios empíricos corresponden mayoritariamente a las colonias en África y a otros casos en el continente asiático. Entre los más importantes podemos citar:

a) EVANS-PRITCHARD (1937) sin estar especialmente preocupado por temas legales, en su trabajo sobre oráculos y brujería entre los Azande de la zona alta del Nilo explora las conexiones entre ritualidad como forma de resolución del conflicto (*citado en* PRIETO, 2012, p. 33).

b) POSPISIL (1971 y 1979) en su análisis sobre el derecho de los kapauku de Nueva Guinea busca demostrar que es posible construir una teoría del derecho que pueda ser aplicada transculturalmente (*citado en* ARÍZAGA y BONILLA, 2007, p. 46).

c) ZINDER (1981) nos muestra la creación del derecho consuetudinario en Senegal como una ideología de la dominación colonial (ZINDER, 1981, pp. 74-76, *citado en* MERRY, 2007, pp. 101-102).

d) GEERTZ (1983) describe la complejidad jurídica existente en la Isla de Java, en donde ocurre una variedad bastante compleja de encuentros y relación entre grupo de colonizadores venidos del sur de China y del norte de Vietnam, comunidades de comerciantes de chinas, misioneros islámicos, colonizadores británicos y holandeses, fuerzas de ocupación japonesas, con el Estado indonesio

que tiene que manejar dicha diversidad y pluralidad de aspiraciones, intereses y perspectivas (GEERTZ, 1983, *citado en* MERRY, 2007, p. 91).

e) WOODMAN (1985) investiga la institucionalización de normas en Ghana y Nigeria para poner en evidencia los problemas y tensiones que se presentan cuando se intenta que coexistan y funcionen dos sistemas jurídicos que responden a lógicas diferentes, especialmente por medio de la institucionalización de la costumbre en grupos autóctonos (*citado en* ARÍZAGA y BONILLA, 2007, p. 46).

f) HENRY (1985), a partir del estudio de las cooperativas, propone un modelo dialéctico de pluralidad integrada. En esta, las instituciones alternativas y sus órdenes normativos asociados no producen transformaciones en las estructuras y sistemas de gobierno capitalistas, sino que interactúan con ellos de una manera dialéctica mediante la cual tanto el sistema alternativo, como el orden capitalista son susceptibles de reformulaciones incrementales (*citado en* MERRY, 2007, p. 117).

g) Respecto a América Latina, el estudio más reconocido es el trabajo de SANTOS sobre el 'derecho de los oprimidos', realizado en un lugar brasileño llamado Pasargada, en el que se analizan las formas jurídicas creadas por una comunidad urbana marginal para dotarse de mecanismos autónomos de regulación ante la ausencia relativa y la precariedad del derecho oficial (*citado en* ARÍZAGA y BONILLA, 2007, p. 51).

En conclusión, y siguiendo a MERRY, al pluralismo clásico le preocupa, centralmente, el estudio de la interacción entre órdenes normativos fundamentalmente diferentes en su estructura conceptual subyacente. Una segunda preocupación tiene que ver con la conformación del derecho consuetudinario como producto histórico. Una tercera preocupación se orienta a desvelar el esquema de la dialéctica entre órdenes normativos.

El nuevo pluralismo jurídico

A partir de la década de los ochenta el análisis migra de la colonización a la globalización, y nace el denominado ‘nuevo pluralismo jurídico’ que aplica el concepto a sociedades no colonizadas, particularmente en los países industrializados (SANTOS, 2009, p. 55). Por tanto, los intereses investigativos cambian: de un lado se concentran en las relaciones de poder entre grupos dominantes y grupos subordinados –minorías religiosas, étnicas o culturales–, de grupos de inmigrantes y formas no oficiales de ordenación situadas en redes u ordenaciones sociales (MERRY, 2007, p. 96); y, de otro, en las relaciones dinámicas e interactivas que surgen entre el sistema jurídico oficial y los otros órdenes que se articulan con él.

Algunos de sus retos investigativos estarán orientados a ensayar definiciones del derecho, a identificar los ordenamientos sociales que constituyen el pluralismo jurídico o al análisis comparativo entre las formas estatales y no estatales de ordenación. Como sostiene PRIETO, el nuevo pluralismo legal pondrá énfasis en la direccionalidad, co-constitución, hibridación y la dialéctica de la influencia (SANTOS, 2009, p. 55).

1.2.2.3. El ‘Otro Derecho’

Una vez reconocida la coexistencia en un mismo espacio sociopolítico de diversos sistemas jurídicos que corresponden a prácticas y concepciones culturales diferentes, y definido lo que se entiende por ‘derecho’, la siguiente tarea teórica que se plantean los pluralistas es identificar al ‘otro derecho’. Al respecto resulta esclarecedor para entender el dilema pluralista la reflexión de MERRY, quien se cuestiona: ¿por qué es tan difícil encontrar una palabra para el derecho no estatal? Sin duda, es difícil definir y circunscribir estas formas de ordenación. ¿Dónde se termina de hablar de derecho y se está simplemente describiendo la

vida social? ¿Es útil llamar a todas estas formas de ordenación social derecho? (*Citado en TAMANHA, 2007, p. 227*).

Este mismo cuestionamiento se hacen varios autores, que han propuesto distintos términos para al derecho ‘no estatal’. Entre ellos podemos citar la definición de DIAMOND sobre el derecho consuetudinario:

La costumbre –espontánea, tradicional, personal, conocida comúnmente, corporativa, relativamente estable– es la modalidad de la sociedad primitiva; el derecho es el instrumento de la civilización, de la sociedad política, sancionado por la fuerza organizadora, presumiblemente por encima de la sociedad en su conjunto, y que impulsa un nuevo conjunto de intereses sociales. El derecho, la costumbre, implican ambos la regulación del comportamiento, pero sus personalidades son totalmente distintas; no se ha conseguido ningún equilibrio evolutivo entre el derecho cambiante y la costumbre, sea esta última tradicional o emergente (DIAMOND, 1973, pp. 322-323, *citado en MERRY, 2007, p. 100*).

MERRY, por su lado, presenta una detallada discusión de cómo lo que se conoce como costumbre, o derecho tradicional, es en realidad producto de un proceso de mitificación colonial construido con el propósito de imponer el modelo de orden colonial y centralizado²⁶. Así, también TAMANHA mira el derecho consuetudinario en el contexto de la colonización:

(...) la manera en que las costumbres locales se relacionaban con el derecho del Estado colonizador se efectuaba/efectúa, [...] bajo tres estrategias: a) mediante la codificación expresa de la costumbre, b) mediante el reconocimiento judicial de la costumbre, o c) mediante la creación de cortes especiales destinadas a resolver los conflictos en los que la costumbre fuese parte del asunto. Desde luego, estas tres alternativas daban/dan un gran poder de manipulación por parte del derecho estatal respecto al orden normativo local, limitando su incorporación en la medida en que se guardase compatibilidad con los intereses, ya sean económicos o morales del colonizador (*citado en PRIETO, 2012, p. 35*).

Por su lado, desde el denominado ‘nuevo pluralismo jurídico’, como ya lo dijimos, el debate sale del campo de los estudios coloniales para poner la atención en las formas plurales de manifestación normativa que se dan en las sociedades urbanas contemporáneas.

²⁶ MERRY, 1988, *citado en PRIETO, 2012, p. 35*.

GALANTER, habla de 'derecho nativo', haciendo referencia a los modelos concretos de ordenación social que pueden encontrarse en una variedad de entornos institucionales: universidades, asociaciones deportivas, ligas deportivas, desarrollos de vivienda, hospitales, etc. (GALANTER, 1981, pp. 17-18, *citado en TAMANAHA, 2007, p. 256*). También tenemos la teoría de CHIBA MASSAJI del derecho no oficial:

(...) identifica varios niveles jurídicos: 1) derecho oficial, que corresponde al sistema legal autorizado por la autoridad legítima de un estado; 2) derecho no-oficial, que es el sistema legal no autorizado por la autoridad legítima de un estado, pero sí en la práctica y con influencia sobre el derecho oficial y los postulados legales; 3) el sistema de valores e ideales específicamente relevantes para el derecho oficial y no-oficial a la hora de crear y orientar el derecho (*citado en DUPRET, 2007, s/p*).

También tenemos la propuesta del 'derecho vivo' de EHRLIGH, para denominar aquellos órdenes normativos paralelos al Estado que surgen espontáneamente en la vida cotidiana como forma de autorregulación y que llegan a ser más importantes para la sociedad que el propio derecho creado y sancionado oficialmente (EHRLIGH, 1976, *citado en ARÍZAGA y BONILLA, 2007, p. 35*). A decir de WOLKMER (2006, p. 139), este concepto de derecho vivo no se sujeta ni a la legislación, ni a la ciencia del Derecho, ni tampoco a la decisión judicial, sino a las condiciones de la vida cotidiana, cuya real eficacia se apoya en la acción de grupos asociativos y organizaciones comunitarias.

Por su lado, CLAVERO (1994) estudia las relaciones de dominación y sometimiento entre los dos tipos de derecho que estima diferenciados e independientes entre sí: el derecho del colonizador y el derecho del colonizado.

Otro grupo de estudios critican la calificación que el derecho estatal hace al calificar como 'costumbre' al derecho indígena por considerarla una forma de degradación y subordinación de las minorías nacionales²⁷.

1.2.2.4. Los sistemas u órdenes jurídicos

También ha preocupado al pensamiento pluralista los conceptos de sistema u orden jurídico, otro de los pilares del derecho positivo.

En este sentido, para los pluralistas, sistema (u orden) jurídico se refiere al cuerpo de normas legales y regulaciones concebidas como una totalidad, como una colectividad taxonómica, cuyos 'espacios legales' se encuentran superimpuestos, sobreinterpenetrados e incluso mezclados en nuestras mentes y acciones (SANTOS, 1987, *citado en* PRIETO, 2012, p. 37).

Pero para tener una idea más amplia de la discusión en torno a los sistemas u ordenamientos jurídicos a continuación recogemos las iniciativas teóricas más importantes.

En un orden más o menos cronológico, la primera propuesta de conceptualización de los sistemas jurídicos no estatales es la de EHRLIGH (1936) de ley viviente, que considera que el derecho es básicamente independiente del Estado (*citado en* DUPRET, 2007, s/p).

GALANTER, en una lógica similar, plantea el concepto de 'ordenamientos nativos' para referirse a redes sociales abiertas que se encuentran reguladas en

²⁷ Entre estos están: BOTERO y JARAMILLO (2000); CORREAS (1994); STAVENHAGEN (2002); IRIGROYEN (2001), *citado en* BONILLA MALDONADO (2007).

gran parte por la reciprocidad y una comprensión del mundo compartida de manera tácita²⁸.

POSPISIL propone la denominación de nivel jurídico para describir a la totalidad de sistemas jurídicos pertenecientes a un subgrupo del mismo tipo y grado de inclusión, por ejemplo, la familia, el linaje, la comunidad, una confederación política²⁹. Similar es la idea de ‘campo jurídico’ de SANTOS que considera que es el producto de la articulación entre retórica, burocracia y violencia, la que origina seis ‘espacio-tiempo estructurales’, que son: el doméstico, el de la producción, el del mercado, el de la ciudadanía, el de la comunidad y el mundial (*citado en SANTOS, 2009, p. 61*).

Otros autores recogen la clásica división de ‘público-privado’ para referirse a los sistemas jurídicos no estatales. MACAULAY, por ejemplo, propone el concepto de ‘gobierno privado’ que define como el gobierno ejercido por los grupos que no son parte de las constituciones estatales y federales, pero que pueden imitar los símbolos y estructuras de los sistemas jurídicos públicos³⁰. HENRY, por su lado, plantea el término de ‘justicia privada’, para referirse a los sistemas no estatales que:

(...) incluyen las prácticas de instituciones tales como órganos disciplinarios, consejos de dirección y consultivos de las organizaciones comerciales e industriales, sindicatos y asociaciones profesionales y obreras, y también la sanción impuesta por iguales en las asociaciones voluntarias relativamente amorfas, como las de los grupos de autoayuda y de ayuda mutua³¹.

Por su lado, MOORE opone a la idea de ordenes jurídicos la idea de ‘campos sociales semiautónomos’, propuesta que se ha constituido en la formulación más aceptada por los teóricos del pluralismo, incluso del lado crítico como TAMANAHA.

²⁸ GALANTER 1981, *citado en MERRY, 2007, p. 106*.

²⁹ POSPISIL 1971, *citado en GRIFFITHS, 2007, p. 173*.

³⁰ *Citado en MERRY, 2007, p. 104*.

³¹ HENRY 1985, p. 89, *citado en MERRY, 2007, p. 105*.

El concepto de campo social semiautónomo describe los múltiples sistemas de ordenamiento que conviven en sociedades complejas. Son, a decir de ARÍZAGA y BONILLA, los lugares en los que se verifica la producción jurídica. Estos campos tienen capacidad normativa y coercitiva, siendo esta característica el elemento central de su identificación. MOORE, que concibe las relaciones de los 'campos sociales semiautónomos' como 'cadenas complejas', sostiene que:

[e]l concepto de un campo social semiautónomo pone énfasis en las cuestiones de la autonomía y el aislamiento, o mejor dicho, la falta de autonomía y aislamiento, así como centrarse en la capacidad de generar normas e inducir o coaccionar a la conformidad. Es el tema de la semi-autonomía que diferencia principalmente esta definición del problema puramente transaccional (MOORE, 1972, p. 722).

1.2.2.5. Las limitaciones de la teoría

Las críticas contra el pluralismo jurídico son varias, muchas de las cuales advierten que los problemas del concepto de derecho que defienden los pluralistas jurídicos termina destruyendo los límites entre lo jurídico y lo social; lleva a que los pluralista jurídicos que buscan alejarse del concepto estatal del derecho terminen dependiendo conceptualmente del mismo; que dicho concepto, antes que aportar a la reivindicación de órdenes no estatales, lo obstaculizan; así como observan la ausencia de bases analíticas sólidas y la vaguedad de los conceptos utilizados y la poca aplicabilidad práctica que tiene el concepto en los espacios sociales que el derecho coloniza. Las críticas también incluyen la observación de que los pluralistas jurídicos muchas veces utilizan conceptos del derecho que han dejado de estar vigentes desde hace mucho tiempo atrás.

Muchas de estas críticas las sostiene TAMANAHA, especialmente en su Artículo *La insensatez del concepto 'científico social' del pluralismo jurídico*, en donde arremete contra las principales tesis de GRIFFITHS, MOORE y MERRY, como también de MALINOWSKI y EHRLICH, considerando que el pluralismo jurídico es un concepto contradictorio y vacío, y sus promesas inocuas e incluso peligrosas para el

funcionamiento del orden social. Por la sistematicidad y la amplitud de sus críticas, me concentraré en ellas en este apartado.

TAMANAHA se propone demostrar que el centralismo jurídico que el pluralismo jurídico ataca no es un fantasma, que el concepto de norma jurídica que proponen los pluralistas jurídicos es contradictorio, que el derecho antes de ser una falsedad ideológica es un instrumento legítimo de control social, que las sociedades occidentales no son 'plurales' en el sentido que pretenden los pluralistas jurídicos. Pese a ello, reconoce que la naturaleza excluyente del derecho estatal, su lenguaje formalizado, sus prácticas autoritarias y su modelo confrontacional de resolución de los conflictos, son críticas válidas al centralismo jurídico.

Podríamos decir que los problemas más recurrentes de la teoría del pluralismo jurídico son de dos tipos, dice TAMANAHA, analíticos e instrumentales:

Los problemas analíticos [tienen] relación con la debilidad del pluralismo legal para definir qué es lo que se entiende por derecho. Dentro de este tipo de problemas, en primer lugar está el fenómeno de la diversidad conceptual; [y, en segundo lugar] la amplitud que se genera luego de que el derecho es posicionado fuera del Estado. La debilidad del pluralismo legal en alcanzar acuerdos sobre lo que es derecho, y su proposición de llevarlo afuera del dominio estatal generaría una confusión en la medida de que se hace muy difícil distinguir entre lo que es derecho y lo que es el resto del acontecer social (...) al final los pluralista jurídicos lo único que hacen es afirmar que lo jurídico incluye lo no-jurídico, sin ofrecer ni antes ni después un criterio que seguro a partir del cual sea posible identificar aquello que es distintivamente jurídico (...) de lo que verdaderamente no es jurídico (TAMANAHA, 2007, p. 227).

SANTOS (2009) y MERRY (2007) también coinciden con las críticas de TAMANAHA y sostienen que las definiciones del derecho de los pluralista jurídicos no cuentan con los criterios y las definiciones que permitan diferenciar el derecho de la vida social, esto es, lo jurídico de las demás formas normativas presentes en la sociedad.

TAMANAHA ve que la única solución aparente para el problema es construir una definición de derecho que sea independiente del Estado y que, no obstante, sea capaz de

diferenciar el derecho de otras formas de orden normativo³², sin que hasta el momento hayan logrado dicho cometido los pluralistas jurídicos.

Considera también que oponerse al etnocentrismo es laudable, pero no por ello es razón convincente para abrazar el pluralismo jurídico. Hoy el derecho estatal es ubicuo, dice el autor, por lo que una definición estatal del derecho no condenaría a ninguna sociedad existente como incivilizada. Y sigue:

Es más, una estrategia más efectiva sería identificar el derecho estatal por lo que es, un desarrollo contingente que ocurrió incidentalmente en Occidente, y sugerir criterios más adecuados para la valoración transcultural del nivel de civilización de una sociedad, como sería, por ejemplo, el criterio de la generosidad con la que trata al menos afortunado de sus miembros (TAMANAH, 2007, p. 237).

Más adelante dirá que no es necesario ser un escéptico para aceptar que el Derecho es una construcción social y que, por lo tanto, no hay ningún acceso al Derecho que no sea mediado. El Derecho, insiste, es una creación conceptual.

Frente a la perspectiva de la ciencia social ‘empírica’ o ‘analítica’ de los pluralistas jurídicos, TAMANAH recuerda que las ciencias sociales en general, al menos en la teoría, experimentan en la actualidad la incertidumbre que acompaña al autoexamen crítico profundo, al punto de cuestionarse su propia naturaleza y validez. Por tanto, dice, no puede haber una única visión del Derecho en la ciencia social porque hay muchas perspectivas científicas y muchos objetivos de investigación diferentes. Crítica con la que sale al paso frente a la pretensión de cientificidad de los postulados del pluralismo jurídico, insistiendo en que la ciencia no tiene autoridad última acerca de qué es o qué no es ‘Derecho’³³.

³² TAMANAH, 2007, p. 227.

³³ *Ibíd.*, pp. 240-241.

1.2.2.6. La literatura producida en América Latina

Entre versiones del pluralismo clásico y el nuevo pluralismo, América Latina ha tenido sus propias preocupaciones y ha participado del debate sobre el pluralismo jurídico de manera muy activa, especialmente desde la década de los años ochenta con numerosas investigaciones, con una nutrida producción literaria, con el diseño y aplicación de diversos tipos de políticas –sea de corte desarrollista, multicultural o intercultural–, pero, más que nada, ha sido un laboratorio social de la construcción de nuevos sentidos sociales, políticos y jurídicos formulados ‘desde abajo’.

Efectivamente, las acciones ciudadanas de organizaciones, agrupaciones, sectores, ONGs, movimientos sociales y movimientos y partidos políticos, en primer lugar, reemplazaron las acciones tanto de los partidos tradicionales –‘la partidocracia’ como fue denominada en Ecuador–, pero también reemplazaron las acciones de los sectores contestatarios tradicionales: sindicatos, frentes obreros, asociaciones y federaciones de trabajadores, indígenas o campesinos. En segundo lugar, imprimieron nuevas formas de hacer política caracterizadas por la horizontalidad, la deliberación, el activismo, la impugnación al poder y el discurso ético, fundamentalmente. En tercer lugar, se constituyó en la expresión de la nueva política no solo porque se expresaba por cauces organizativos distintos, sino porque las impugnaciones al poder venían acompañadas de unas variopintas propuestas alternativas, renovadoras y rupturistas: bullía el entusiasmo ciudadano frente a la consigna de “Otro Mundo es Posible” que conectaba la política alternativa de la región con otras regiones del planeta, cosmopolitizándola. En cuarto lugar, las propuestas surgidas en esta etapa están impregnadas de revisionismo, deconstruccionismo, ensayo, alternativismo, rupturismo y audacia intelectual. En quinto lugar, la escenificación de ‘lo otro’ alternativo tiene un objeto concreto de oposición: al modelo de globalización económica del capital internacional; al modelo de Estado de Derecho y de economía sensible a los intereses de las élites criollas, las oligarquías nacionales y el gran transnacional, la naturaleza colonial, liberal y socialdemócrata del Estado nacional por su falta de capacidad, eficacia y compromiso por no ofrecer soluciones a los grandes problemas de inequidad, desigualdad e injusticia social; al lastre histórico de las estructuras económicas de la desigualdad de origen colonialista.

Las propuestas y formulaciones que resultaron, responden a esa lógica de ‘lo otro’ alternativo que exige un cambio radical de sentidos y de materialidades: otra economía, otro Estado, otro Derecho, otra política, otros sujetos y actores.

Por último, las impugnaciones al poder local y global se expresarán dentro de los cauces democráticos, con lo que también se dejaban atrás las alternativas armamentistas que se ensayaron por varias décadas en la región y de la que aún hay rezagos.

Es en el contexto y momento histórico arriba descrito que deben leerse los contenidos del debate sobre pluralismo jurídico en América Latina, plagado de contradicciones, de tesis preliminares, de malabares mentales, de indignaciones históricas, de empoderamientos, de nuevas coherencias, de necesidades y más necesidades. Los resultados: ¡nos atrevimos a inventar!

En este sentido, el carácter tanto pragmático como rupturista, alternativo y provisional, comienza reflejándose en los temas que han preocupado a los académicos e intelectuales de la región sobre pluralismo jurídico y que, para efectos del presente trabajo, se han agrupado en tres ejes temáticos:

Reforma del Estado, autonomismo, constitucionalismo y derechos indígenas

En Ecuador resaltan los trabajos de WRAY *et al.* (1993); ITURRALDE (2008), TORRES (1998), ESPINOZA (1999), GRIJALVA (2009), ACOSTA y MARTÍNEZ (2009), más toda la línea editorial impulsada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y la Corte Constitucional del Ecuador, en cuyos trabajos fuimos convocados académicos, intelectuales y actores sociales a reflexionar sobre el proceso constituyente y sus resultados.

Desde otras regiones latinoamericanas tenemos trabajos que siguen la misma línea, en especial los de VAN COTT (2000), SÁNCHEZ (1998), YRIGOYEN (2010), DEL CASTILLO (2008), GARGARELLA (2011).

Estos trabajos que acabamos de mencionar son representativos de un número mayor de ellos que circulaban entre congresos, eventos regionales e internacionales, jornadas académicas y foros de discusión. La tesis fundamental de estos es la transformación social mediante cauces democráticos, las posibilidades políticas de las autonomías indígenas y las impugnaciones que hace el pluralismo jurídico al derecho estatal desde la visión del derecho indígena, así como las consecuencias de su incorporación en los cuerpos constitucionales y normativos.

Un gran porcentaje de esta literatura se concentra en el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo normativo del pluralismo, preocupaciones que comenzaron a surgir con fuerza en la década de los años ochenta. Como dirá ITURRALDE:

(...) se trata de un momento que privilegia un tipo de análisis que pone su atención sobre las tensiones establecidas en el plano normativo: como una disputa de derechos [...] dominado por lo que M. Gómez denomina la 'judicialización de lo indígena' para denotar que las plataformas de los movimientos indígenas han llegado a un punto en el que sus demandas se concentran en la reivindicación de una nueva normatividad y que las respuestas desde el Estado se procesan igualmente en forma legal (ITURRALDE, 2008 p. 59).

El enfoque principal de estos trabajos es la emergencia de nuevos sujetos de derechos, nuevos derechos y nuevas formas de la política y las rupturas culturales y epistemológicas que ello implica desde perspectivas históricas, dialécticas, evolutivas o normativas.

Otro grupo de autores da cuenta del desarrollo normativo infraconstitucional y de otros recursos normativos como acuerdos y mecanismos para garantizar los derechos de los pueblos indígenas en el marco de las nuevas políticas multiculturales que se ensayaban en la región. Como ejemplo mencionamos los trabajos de PLANT (1999), VELÁSQUEZ (1999), BAILÓN (2009) y LÓPEZ (2005). Más adelante, las publicaciones en el caso de Ecuador darán cuenta del desarrollo infraconstitucional de la Constitución ecuatoriana de 2008.

Administración de justicia y resolución de conflictos

Los estudios producidos al respecto entran en el campo de la etnografía jurídica por lo que tienen un carácter descriptivo-narrativo que responden a las necesidades de conocimiento sobre la naturaleza material y simbólica de lo que se dio en denominar 'el derecho indígena'. Otros son aproximaciones teóricas realizadas por intelectuales indígenas sobre la naturaleza y la operatividad del derecho indígena.

Entre los trabajos más representativos en Ecuador tenemos los de GARCÍA SERRANO (2002), CHÁVEZ y GARCÍA (2004), ILAQUICHE (2004), SANTOS y GRIJALVA (2012) y GRIJALVA (2009). En el resto de Latinoamérica tenemos también importantes publicaciones como los de La Red Participación y Justicia de Bolivia (2007), MORALES (1997), SIEDER (1988), SIEDER y FLORES (2011), PIÑACUÉ (1997), PICOLLI (2008), PEÑA (2004), entre muchos otros.

La extensa bibliografía sobre el tema tiene en común que, en su mayoría, son estudios de casos que apuntan a desvelar, por un lado, la estructura funcional y operativa de la Justicia Indígena (estructura social, estructura de poder, autoridades, conflictos, sanciones, significados, etc.) y, por otro, las relaciones que el derecho indígena mantiene con el derecho del Estado o derecho oficial (relaciones de colaboración, confrontación, negociación, etc.). En el caso de México, los trabajos de GABBERT y MALDONADO (2011) tratan, además, del funcionamiento de los juzgados indígenas en Quintana Roo, Chiapas, Oaxaca y Puebla, en donde los autores ponen en evidencia la subordinación de las instituciones de Justicia Indígena al sistema oficial mexicano.

Coordinación entre sistemas normativos plurales y el derecho estatal

Los estudios que hemos ubicado, más que analizar las relaciones entre las formas estatales y no estatales de ordenación, se concentran en identificar los mecanismos de

coordinación existentes o describir la problemática derivada de una coordinación no institucional en ausencia de normativa. Como ejemplos podemos referir a ANDUEZA (2000) sobre el proceso de ‘rapunización’ del modelo de gestión en la Isla de Pascua; MENDOZA (2009) sobre la ausencia de institucionalidad en la relación entre justicia ordinaria y justicia indígena; TORRES (1998) sobre las conflictividades en la relación entre justicia indígena y el Estado guatemalteco. Los trabajos de GARCÍA (2009), ARIZA (2009), YRIGOYEN (1999) y SÁNCHEZ BOTERO (2004) sobre los mecanismos de relacionamiento entre las dos justicias.

1.3. El derecho indígena como paradigma del constitucionalismo plural

Probablemente no vivimos el nivel de crisis y conflictividad que vivió la sociedad en la Edad Media y la Edad Moderna con el feudalismo y la monarquía. La democracia capitalista ha logrado sortear varias crisis a lo largo de los dos últimos siglos. El Estado de Derecho ha sido un gran contenedor de muchas de las crisis y fue porque supo concebir un paradigma lo suficientemente coherente para los intereses concretos que busca resguardar. El Derecho resultó ser la varita mágica para reducir la multiplicidad y el caos que reinaba en aquel estado de cosas anterior, asumiendo la capacidad de justificar –santificar– decisiones en nombre del pueblo y bajo legitimación estatal. Todos los elementos transformadores del estado de cosas anterior se fueron alinearon de manera exitosa: Estado territorial – derecho estatalizado – economía capitalista – democracia representativa – persona como sujeto – sujeto como ciudadano. Los campos delimitados entre lo público y lo privado lograron importantes avances para la fórmula civilizatoria de la modernidad.

Pero, ¿qué de esa realidad que se describe caracteriza la contemporaneidad? Probablemente ninguna, salvo algunos imaginarios que aún le dan crédito al Estado nacional como fórmula para democratizar la sociedad y resguardarse ante la voracidad del capital internacional y la preponderancia del gobierno corporativo transnacional.

Tal vez esto está detrás de las últimas transformaciones constitucionales que ocurrieron en América Latina en los dos últimos decenios y que hablan de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como fórmula de renovación democrática de la sociedad y del Estado. La fórmula es de naturaleza intuitiva, por lo que, más que las certezas, guían las aspiraciones, las necesidades, las carencias los temores y las dignidades. Por eso también está en constante revisión, reformulación, resistencia y confrontación.

Es en este contexto de las inconformidades colectivas, de intuiciones acerca de lo nuevo, de sobreinterpretaciones³⁴ y las certezas esquivas, que debe entenderse el revisionismo latinoamericano del Derecho y, dentro de él, la crítica que plantea el pluralismo jurídico democrático.

Hablo de pluralismo jurídico democrático porque creo necesario comenzar delimitando el campo, de la manera que se puede delimitar un campo, excluyendo. Y esto porque el objetivo del presente trabajo es estudiar un hecho dado en el constitucionalismo ecuatoriano –que es el reconocimiento de la Justicia Indígena recogido en la Constitución ecuatoriana del 2008– haciendo parte del esquema institucional de la participación y la organización del poder en el Capítulo IV del presente trabajo que fija el ámbito de acción habilitante de la Función Judicial.

Esto significa que el constitucionalismo ecuatoriano zanjó, en el nivel normativo y político más alto, la intensa, amplia y confusa discusión de la que se ha dado cuenta en el presente capítulo sobre el Derecho, el Estado, la justicia institucional y el pluralismo jurídico. Hablo entonces de un pluralismo jurídico democrático porque reconoce la convivencia dentro de las fronteras nacionales de la existencia de ‘otro

³⁴ No en vano LÓPEZ MEDINA (2004, p. 28) habla de que las lecturas de las teorías jurídicas dominantes que se hacen en los centros periféricos del conocimiento –en donde hay una tradición justeórica ‘débil’– están plagadas de malas copias, tergiversaciones, adaptaciones y transformaciones que no solo explican las dinámicas, sino que además permiten que se produzcan interesantes adaptaciones y verdaderas creaciones en los lugares de recepción.

derecho' distinto al derecho estatal, y legitima 'otras prácticas de justicia' que, siendo distintas por su naturaleza y procedimientos, son obligatorias para los miembros que hacen parte de las comunidades y pueblos indígenas; y las decisiones de las autoridades indígenas gozan de la garantía del Estado para su eficacia. Y también es democrático porque resuelve por los cauces institucionales democráticos de más alto rango de legitimidad el poder constituyente, que es el pluralismo jurídico.

En consecuencia, quedan excluidos de la formulación normativa constitucional el resto de manifestaciones que son englobadas en el pluralismo jurídico y que denotan dinámicas sociales de carácter normativo de las sociedades contemporáneas en el mundo de la vida.

El reconocimiento de derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador y de la Justicia Indígena representa una forma de mediación entre lo universal y lo particular. Propone pensar al individuo en los límites del pluralismo democrático; añadir al escenario las colectividades y las identidades intersubjetivas diferenciadas; incluir las diferencias ontologizadas por efectos de las colonizaciones clásica y moderna y las inequidades y desigualdades; poner en escena 'otras' conflictividades, enfrentarlas y resolver los conflictos sin continuar ocultándolos y manteniéndolos latentes; mirar de frente a las diferencias y dejar influencia e influenciar al 'otro'.

Aquí no existen más ideales humanos comunes, los individualismos, colectivismos, humanismos, universalismos se relativizan; no reina la tolerancia sino la posibilidad de transformación intersubjetiva a través del diálogo intercultural.

Ni derecho individual, ni derecho privado; ni derecho burgués, ni derecho social; ni derecho de gentes, ni derecho internacional. El derecho de las sociedades complejas nos hace ver que el nuevo constitucionalismo debe ser un derecho de la sociedad: cosmopolita, con un grado de generalidad relativo; que arbitre el pluralismo moral existente sobre la base de parámetros republicanos, democráticos, comunitarios, participativos y deliberativos; que opere sobre la

lógica cambiante, inestable e incierta del ritmo de las sociedades; que establezca parámetros que regulen las actuaciones de las distintas manifestaciones sociales a distintos niveles: estructurales (organización del poder), institucionales, operativos, dinámicos, relacionales, confrontacionales; un derecho de la sociedad, no del Estado.

El reconocimiento de la Justicia Indígena en el Ecuador, hace posible la tesis de que por medio de diálogos transculturales se determinen las normas que regulan las relaciones interculturales. Hace posible también conectar las versiones del Derecho a la vida social y hacer del respeto a la diversidad social desde el Derecho y el reconocimiento de lo plural una característica de las democracias contemporáneas.

Nada está resuelto aún, solo hay unas normas constitucionales que lo dicen, y hay una sociedad que desde la incertidumbre, de la inquietud de la paz a punto de estallar, de las historias nunca acabadas, busca hacerlas posibles. Los pocos pasos que se han dado hasta el momento, serán el material para continuar con el análisis aquí planteado.

2. Del constitucionalismo clásico al constitucionalismo plural

La presente sección tiene por objeto sostener la idea de que una renovada perspectiva pluralista del constitucionalismo contemporáneo es la característica más novedosa y transformadora de lo que se identifica como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano³⁵, que hace referencia a los modelos

³⁵ Para una revisión de lo que representa el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ver VICIANO PASTOR, 2012. *También ver* Corte Constitucional del Ecuador para el período de Transición, 2010; PAZMIÑO FREIRE, *Aproximaciones al nuevo constitucionalismo. Debate sobre sus fundamentos*, 2012; Ministerio de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008; ANDRADE, GRIJALVA y STORINI, 2009; VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, 2001; GARGARELLA (2009).

constitucionales que emergieron en América Latina a partir de la década de los años noventa en varios países del Continente.

El constitucionalismo plural que aquí se sostiene, encuentra sus bases teóricas y metodológicas en un conjunto de postulados posliberales, neomarxistas, republicanistas, neoconstitucionalistas, neoinstitucionalistas, poscoloniales, principalmente planteados desde una perspectiva democrática y social, y apuntando a una redefinición del rol del Estado de Derecho en la sociedad, a una recomposición de las relaciones sociales, a una reformulación del sentido del poder y de la democracia, e incorporando nuevas formas económicas y culturales. En este sentido, antes que una perspectiva teórica, el constitucionalismo plural es una formulación de naturaleza práctica que opera en un Estado en transformación, esto es, un Estado que se propone varias rupturas de dimensiones históricas, culturales y políticas.

Es entonces que las bases teóricas del constitucionalismo plural las podemos rastrear siguiendo el debate contemporáneo sobre el Derecho, la Constitución y el constitucionalismo democrático, no solo porque en torno a estos temas ha girado, sustancialmente, la discusión jurídica en los últimos setenta años, sino porque esta discusión ha definido muchos de sus contenidos.

Es importante resaltar que el debate teórico aludido se ha dado a la par y como respuesta de las significativas transformaciones sociales, políticas, económicas y culturales que han sufrido nuestras sociedades fruto de la globalización y el neoliberalismo, de las nuevas relaciones de poder que esta instaaura y de la pugnas sociales y emergencias sociales que se han dado dentro y fuera de las fronteras del Estado. Todo lo cual ha cambiado el panorama material y teórico del Estado de Derecho, de la política y de la sociedad, no precisamente en un sentido democrático, sino reforzando el poder de las grandes potencias, las corporaciones e instituciones supraestatales y transnacionales por encima de los intereses de los Estados-nación y sus habitantes.

Los ajustes en las políticas y el derecho no se dan necesariamente a favor de los ciudadanos dado que se ven compelidos o están comprometidos en la tarea de apuntalar los intereses del nuevo capitalismo mundial. Como respuesta, bullen demandas ciudadanas exigiendo salidas por fuera de los moldes neoliberales.

Como consecuencia, en el mundo occidental, desde la post Segunda Guerra Mundial, se han dado importantes desplazamientos en la teoría y en la práctica del Derecho, lo que también viene transformando el panorama del Derecho.

A estos desplazamientos han contribuido diversas vertientes y posiciones teóricas que ponen en evidencia las realidades que están siendo superadas y las razones de su caducidad. Entre estas podemos comenzar mencionando el planteamiento ferrajolino sobre el paleopositivismo referido a la concepción positivista del Derecho que está siendo superada en la teoría y la práctica jurídica, cuya centralidad está en la vigencia y validez formales, en las pretensiones de avaloratividad, en la interpretación técnica-jurídica del Derecho, en la concepción piramidal del Derecho en torno al principio de jerarquía y en el legicentrismo.

Pero está también el planteamiento de HART, que desde la orilla del neopositivismo descriptivo, considera que los problemas centrales de la Teoría del Derecho en la actualidad pueden resumirse en los siguientes: la relación entre eficacia y validez; la interpretación; el vínculo entre justicia y derecho; el vínculo entre moral y derecho; el vínculo entre derecho y política; las condiciones de existencia de un ordenamiento jurídico; su aplicación a casos límites: el derecho internacional o el derecho de las sociedades primitivas (*En general: HART, DWORKIN, RODRÍGUEZ y HOLGUÍN, 1997*).

Mientras tanto, desde el antiformalismo, ALEXY sostiene que la ciencia del derecho, tal y como es cultivada en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central reza: ¿qué es lo debido en los casos reales o imaginarios? Esta pregunta es planteada desde una perspectiva que coincide con la del juez (ALEXY, 2002, p.15).

El debate demuestra que, tanto se renuevan viejos postulados, como se generan nuevas propuestas de entendimiento de la Teoría del Derecho, que pueden ser constatadas en sus rupturas e innovaciones.

En el plano de las rupturas, PRIETO constata una diseminación del pensamiento teórico del derecho: la primera referida a la renuncia al tratado general –al estilo de Kelsen– a favor del tratamiento de problemas, bien de índole técnica metajurídica (por ejemplo, problemas de semiótica referidos al derecho), bien de índole filosófica tradicional (discusión de las relaciones entre moral y derecho); la segunda, referida a la revitalización de problemas relacionados con la hermenéutica, la retórica y la dogmática jurídica; y una tercera relacionada con la preocupación creciente por una teoría del derecho que asuma la relación con la justicia, y el problema de los derechos y deberes de la persona (CARRILLO, 1994, p. 78).

En el campo de las innovaciones, que a su vez son el reflejo de parte de las rupturas, GIL reconoce que las reformas constitucionales de los años noventa se orientan a realizar esfuerzos para incluir nuevos derechos y articular instrumentos jurídicos correspondientes al punto que, en el plano institucional, se pueden verificar dos innovaciones concretas: la defensa de la constitucionalidad del orden jurídico y la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas (GIL, 1994, p. 312). No obstante, las rupturas no acaban acá y se pueden advertir nuevos giros rupturistas en el plano teórico, metodológico e ideológico del derecho contemporáneo que, precisamente, son objeto de revisión en este trabajo.

La lista de quienes identifican y clasifican los problemas actuales podría ser inagotable, lo cierto es que estamos en un momento en que ¡el Derecho se ha puesto a debate!

Para efectos del presente trabajo resaltaré lo que considero los debates más representativos para la estructuración del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, a saber: el abandono de las teorías generales por el estudio de las prácticas del derecho; el tránsito del formalismo al sustancialismo; el

desplazamiento del legicentrismo a la constitucionalización del derecho; el cuestionamiento de la representación jerárquica del derecho para consolidar una dimensión democrática participativa del derecho; el cuestionamiento a la neutralidad para favorecer el compromiso con la vigencia material de los derechos; el cuestionamiento del enfoque monoclasista a favor de un enfoque pluralista.

2.1. El abandono de las teorías generales por el estudio de las prácticas del derecho

El abandono de las teorías generales –al estilo KELSEN– ocurre como resultado del empeño por conceptualizar el Estado constitucional democrático (HABERMAS, ALEXY, DWORKIN, NINO, entre otros), lo que lleva, a su vez, a abandonar la pretensión de generalidad que trae la Teoría General del Derecho, es decir, la pretensión positivista de responder a la pregunta ‘qué es el Derecho’ al margen de los contenidos concretos de los sistemas jurídicos históricos (PRIETO SANCHÍS, 1999, p. 9).

En este ejercicio aparecen nuevas teorías de los textos normativos abandonando las rígidas dicotomías sobre las que se erigió el positivismo kelseniano, esto es, las distinciones entre ‘ser’ y ‘deber ser’ normativo; entre derecho subjetivo y derecho objetivo; entre fuentes primarias y fuentes secundarias; así como abandonando la tesis mecanicista de la interpretación y volviendo a poner a discusión la discrecionalidad en la decisión del juez, y al juez como órgano de creación del derecho. Así también se ponen en duda las pretensiones de unicidad, coherencia, avaloratividad, jerarquía normativa, certeza, previsibilidad, seguridad y estatalidad del derecho (FERRAJOLLI, HART, DWORKIN, HABERMAS, WOLKMER).

Se redefinen las distinciones entre vigencia y validez, así como las teorías de las fuentes del derecho y de la interpretación (FERRAJOLLI, 2001; HART, 1997; DWORKIN, 1984; HABERMAS, 1998; NINO, 2012 [1992]). Se emprende una recomposición de los vínculos entre justicia y derecho, derecho y moral, y derecho y política (FERRAJOLLI,

1999; HART, 1997; DWORKIN, 1997; HABERMAS, 1998; NINO, 2013; WOLKMER, 2006; MOUFFE, 1999); así como de los problemas jurídicos que surgen de una disciplina práctica que, a decir de HART, tienen que ver, entre otros aspectos, con la aplicación del derecho a casos límite, como el Derecho Internacional o el derecho de las sociedades primitivas (HART, DWORKIN, RODRÍGUEZ Y HOLGUÍN, 1997), o responder a la pregunta: ¿qué es lo debido en los casos reales e imaginarios? (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993).

A la amplia e incompleta gama de contribuciones teóricas a las que se acaba de hacer referencia, hay que añadir lo que ESCOBAR define como ‘las tendencias más notables del pensamiento crítico latinoamericano’ que incluyen las críticas a la modernidad y a la teoría decolonial y postcolonial; los feminismos autónomos; la teología de la liberación; los ecologismos y las nuevas economías; los autonomismos y las propuesta de transiciones civilizatorias, los post-desarrollismos y post-extractivismos; el ‘pensamiento desde abajo’, que incluye las categorías saberes y conocimientos de las comunidades indígenas y locales que –en palabras del autor–, constituye el mayor desafío para el pensamiento crítico latinoamericano dado que la estructura epistémica de la modernidad (ya sea liberal, de derecha o de izquierda) se ha erigido sobre el borramiento efectivo de este nivel crucial del pensamiento y es precisamente este nivel el que emerge, hoy en día, con mayor claridad y contundencia (ESCOBAR, 2016, pp. 1 y 7).

Es así que de un ejercicio teórico analítico que buscaba dar una definición de lo que significaba la palabra ‘derecho’, se pasa a uno descriptivo y particularista que busca caracterizar la estructura del Estado de Derecho y del sistema jurídico contemporáneo.

No es la pretensión de este trabajo abordar en detalle cada una de estas rupturas, distancias o redefiniciones, sino enunciarlas para que más adelante se vayan reflejando en las definiciones del constitucionalismo plural contenido en el Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural que se encuentra vigente en el Ecuador. Sí es importante, no obstante, dejar sentado que los rasgos característicos del constitucionalismo contemporáneo están identificados con la constitucionalización del

Orden Jurídico, que significa, entre otras cosas, la vigencia de una constitución rígida que contiene no solo la clásica división de los poderes, control y límites al poder –que también se ven redefinidos–, sino que incluye una dimensión normativa de la constitución y procedimientos efectivos de control de constitucionalidad y garantía de los derechos, lo que a su vez modifica las fuentes del derecho, tornando sustancial, no solo formal, el ‘ser’ y el ‘deber ser’ del Derecho.

2.2. El cuestionamiento a la neutralidad: el tránsito del formalismo al sustancialismo

De los cuestionamientos a la neutralidad, a la generalidad y al formalismo positivistas surgen los planteamiento sobre garantismo, sustancialismo y antiestatismo del constitucionalismo contemporáneo.

Como en el apartado anterior, el ejercicio a realizarse será la identificación breve de los planteamientos teóricos representativos de las teorías garantistas, antiformalistas o neopositivistas, útiles para identificar, más adelante, las cercanías o distancias que estas mantienen con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y con el constitucionalismo plural que lo contiene.

En este sentido, resulta clásica la esquematización que BOBBIO (1987) hace del positivismo jurídico, entendiendo que puede ser analizado desde tres perspectivas: el positivismo teórico, el positivismo ideológico y el positivismo metodológico³⁶. El positivismo teórico o forma de aproximarse y de entender al derecho, incluye un entendimiento de la naturaleza de la norma, del sistema jurídico y de la interpretación³⁷;

³⁶ Muchos tratadistas acogen esta esquematización que hace BOBBIO para explicar las distintas maneras que se tiene en el mundo del derecho para entender el positivismo jurídico. COMANDUCCI, por ejemplo, aplica la misma tipología para hacer una identificación de las distintas versiones y visiones del (neo)constitucionalismo, desde un análisis metateórico (COMANDUCCI, 2007).

³⁷ Como resalta BOBBIO (1987), la norma jurídica era la única perspectiva a través de la cual se estudiaba el derecho, dado que el ordenamiento jurídico era, cuanto más, un

el positivismo jurídico como ideología supone un cierto punto de vista acerca de la justicia del derecho y de la obligación moral de obediencia al mismo que, por el mero hecho de ser un orden regular de convivencia, garantiza ciertos valores morales como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas, la paz, de lo que deriva la obligación de obediencia al derecho³⁸. Y el positivismo jurídico como metodología que postula la neutralidad³⁹ del derecho, esto es, una aproximación avalorativa al concepto de derecho, entiende que este puede ser definido como un hecho, no como un valor⁴⁰.

Esta representación de lo justo en el derecho, es el criterio al que apuntan diversas críticas postpositivistas y antiformalistas que impulsan una ciencia jurídica ‘comprometida’ que pone en cuestión la separación entre derecho y moral, y entre derecho y política⁴¹.

NINO pone en evidencia que del concepto formal –normativo– de validez del positivismo jurídico que pretende una pureza metodológica se deriva de la separación entre derecho y moral, de la que surgen al menos tres consecuencias: a)

conjunto de muchas normas, mas no un objeto autónomo de estudio, cuestión que con los teóricos de la institución (SANTI ROMANO, 1917), y posteriormente con la obra de KELSEN, se plantea el estudio separado de la norma jurídica como parte de una Teoría General del Derecho y el estudio del ordenamiento jurídico como Teoría General del Derecho.

³⁸ Para el positivismo kelseniano, el derecho no se define por su contenido sino por la organización del uso de la fuerza. El contenido aparece vinculado al uso de la fuerza en razón del contractualismo en la producción del derecho, esto es, como producto u obra de las decisiones humanas, de lo que se origina la obligatoriedad social de observarlas y someterse a ellas (BOBBIO, *En General*, 1987).

³⁹ Vale recordar que, los concepto de neutralidad, certeza, unicidad y validez cumplen el papel de impulsores de los nuevos Estados. Como sostiene SÁNCHEZ FERRIZ, el derecho, o mejor, la ‘certeza’ de unas normas generales (*ius certum*) se hace indispensable para la seguridad del tráfico jurídico que se desarrolla en torno al fenómeno de crecimiento económico; también lo será la determinación del poder sobre el territorio (es decir, para determinar el ámbito de la validez de las normas), en la organización de la burocracia auxiliar del príncipe y en la regulación de Fisco. Es precisamente la racionalización del poder político, su objetivación en el Derecho, la que nos permite percibir la presencia del Estado al finalizar la Edad Media y no así en realidades políticas anteriores (SÁNCHEZ FERRIZ, 2005, p. 58).

⁴⁰ GUASTINI, 2005, *ver también* PRIETO SANCHÍS, 1999, pp. 11-12.

⁴¹ PRIETO SANCHÍS, 1999, p. 16.

que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos; b) que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del Derecho; c) que, por tanto, la definición del Derecho no dice nada (ni a favor ni en contra) acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia; si existe o no tal obligación será un problema a dilucidar en sede de teoría moral y no de teoría del derecho (NINO, 2012, p. 58).

La constatación de la existencia de normas jurídicas injustas plantea la necesidad de recomponer la relación entre derecho y moral. NINO lo hace sosteniendo que la distinción de la norma jurídica con juicios valorativos está dada por circunstancias que hacen al aspecto pragmático del lenguaje y que, en todo caso, hay una promulgación jurídica, un reconocimiento jurídico, que también podría ser objeto de una aserción de naturaleza moral. El que se pretenda dar cuenta de razones, no de generar razones a través de la misma formulación de juicio, dice NINO, es sintomático de que no estamos frente a una prescripción, al menos en el sentido de ‘prescripción’ que tiene como núcleo central a las órdenes y mandatos, sino ante un juicio de valor o, más específicamente, moral. La conexión de los juicios de valor con razones⁴² para actuar, continúa NINO, y el hecho de que estas consistan en principios generales de moralidad y racionalidad es lo que

⁴² La discusión sobre ‘las razones del derecho’ es, como conocemos, profusa y diversa, no obstante, para los efectos de este trabajo resalto algunas líneas de análisis que han ejercido mucha influencia en América Latina, entre estas: *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, de ALEXY (1997); *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, de ALEXY (2005); *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, ALEXY y BULYGIN (2005); *Crítica de la razón jurídica*, DE NIETO (2007); *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, de ATIENZA; entre muchas otras. Desde la sociología del derecho está *La Fuerza del Derecho*, de BOURDIEU y TEUBNER (2000), sosteniendo que la especificidad de la racionalidad jurídica no se encuentra en un método propio de resolución de conflictos, necesario y universal, ni puede verse simplemente como una racionalidad residual que queda en manos de factores externos: la racionalidad del derecho está, siempre y a un mismo tiempo, en algún lugar más allá de lo jurídico y en la propia fuerza de la forma del derecho.

explica ciertos rasgos de tales juicios, por lo que, lo que se da, son 'juicios de adhesión normativa' (NINO, 2012, pp. 58-60).

NINO sostiene que la moral es el puente de unión entre el Derecho y la política democrática, y que en el Estado constitucional la política representa la fuente de una moralidad pública que cristaliza o se hace presente en la ley. De su origen democrático se presume la obediencia y se deducen las razones para actuar, aunque individualmente tenemos la certeza de que son moralmente incorrectos.

Por su parte, HART, desde una crítica comprensiva de AUSTIN y de la teoría de BENTHAM que sostiene que los fundamentos del Derecho no se deben buscar en ninguna teoría moral o justificativa, se plantea una reconstrucción del positivismo sobre la base de la noción de regla. La distinción entre 'verse obligado' –de entregar dinero al ladrón–, y 'tener una obligación' de hacer algo conforme al Derecho, dice, ubica a la persona en el campo de aplicación de la regla, esto es, en la práctica del Derecho.

Para HART el Derecho no solo es una disciplina práctica sino también social. Para demostrarlo, sostiene que la afirmación de que la regla de reconocimiento existe solo puede ser un enunciado de hecho externo. Esto porque mientras una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, 'existir' aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento solo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho. En consecuencia, tiene un carácter 'jurídico-social', esto es, es la enunciación de un hecho social consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema (HART, DWORKIN, RODRÍGUEZ y HOLGUÍN, 1997, pp. 27 y 28).

La teoría de la 'regla' abrirá una amplia discusión sustancialista, esto es, del contenido normativo, que pone en evidencia que no todas las normas son reglas y

que también existen principios con estructura y funcionamiento distinto a las reglas que también son obligatorios. A partir de la tesis de los principios, DWORKIN propondrá el abandono de la separación conceptual tajante entre Derecho y moral defendida por los positivistas, sosteniendo que la colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa; y que la única diferencia es que en la colisión entre principios se trata de la cuestión 'de qué es debido de manera definitiva', mientras que en una colisión entre valores se contesta 'a qué es de manera definitiva' (HART, DWORKIN, RODRÍGUEZ y HOLGUÍN, 1997, p. 38).

La distinción que hace DWORKIN entre reglas y principios tiene que ver con el carácter conclusivo de las primeras y el carácter no conclusivo y de peso de los segundos. Con esto, el análisis se traslada al campo de la interpretación que hace el juez en la aplicación de los principios en los casos difíciles, que mejor expliquen las reglas y justifiquen la decisión; no obstante que el juez se encuentre con principios encontrados en los que tenga que aplicar un criterio de peso.

Por su parte, ALEXY, partiendo de una teoría de la argumentación, sostiene que no es difícil reconocer que la presencia de principios o mandatos de optimización en el sistema jurídico tiene consecuencias en cuanto al carácter de este y al concepto de Derecho, que sobrepasan con mucho el aspecto metodológico. Para ALEXY, el carácter de principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización en cuanto a la forma jurídica y, en cuanto al fondo, siempre será moral a causa de su contenido moral. El problema de la relación entre Derecho y moral, por tanto, ha de plantearse en términos de la vinculación entre argumentación jurídica y moral (ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, 1988, p. 144).

Sobre la base de estos planteamientos, ALEXY ve que los rasgos del constitucionalismo son: valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador

democrático dentro del marco de la Constitución (ALEXY, *El concepto de validez del Derecho*, 1994, p. 160).

Por último, dos aspectos adicionales ponen en jaque al positivismo jurídico y a las prácticas del derecho, estos son, por un lado, la proliferación de leyes especiales y reglas pactadas y transitorias. A decir de ZAGREBELSKY, también ha cambiado el principio de que ‘todo lo que no está prohibido está permitido’ derivado de un entramado normativo lleno de especialidades, donde la ‘previa autorización’ se impone a la regla general de libertad (ZAGREBELSKY, 2011, p. 53).

Estos cambios que, por lo general, son adjudicados a las nuevas tareas del Estado frente a los derechos sociales y los servicios públicos, responden, sustancialmente, a las dinámicas de la globalización y el neoliberalismo que imponen arreglos puntuales basados en la *lex mercatoria* –esto es, en el contractualismo, reglamentarismo y particularismo decisonal. En este ámbito, los agentes sociales prefieren reglas pactadas y transitorias a someterse a leyes ‘heterónomas’ con vocación de generalidad y permanencia, con la consecuente reducción de la capacidad regulatoria de la ley. De esta manera, los arreglos se abstraen de los ordenamientos legales nacionales y los procedimientos judiciales en favor de soluciones arbitrales, muchos adoptando un carácter aparente de dimensión internacional, minando así de manera acelerada las herramientas jurídicas.

Estos dos aspectos son importantes por su impacto no solo en la administración que se ‘ve obligada’, aunque no ‘tenga la obligación’ de abandonar los rasgos de generalidad y abstracción de sus decisiones mediadas por la ley, lo que favorece una amplia discrecionalidad que resta certeza, generalidad y previsibilidad de las conductas, así como reduce el monopolio y la omnipotencia del derecho del Estado, factores que a su vez modifican las fuentes del Derecho.

Las disquisiciones jurídicas, que mucho menos se agotan en esta corta exposición, acompañan en Latinoamérica a una emergencia de la movilización y la demanda de la participación social en las definiciones del poder y, por

consiguiente, de los significados del derecho; cuestión que se asienta en los postulados de la actual doctrina de los Derechos Humanos⁴³, marcada por el rol que juegan hoy en día los derechos y las garantías. Esto coloca a la cuestión de la legitimidad del poder, esto es, a la democracia, también en la esfera de la discusión respecto de las prácticas del derecho y del papel del Estado, lo que en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se expresa como el tránsito de la representación jerárquica del Derecho hacia una dimensión participativa del Derecho.

Esta dimensión participativa apunta a la superación de la utopía conservadora de una democracia sin pueblo o, como dijera HART, una mera administración aséptica de las cosas cuyas premisas son incuestionadas y blindadas en el procedimiento. Los postulados neorrepublicanistas de ciudadanía acompañan estas reflexiones.

Estamos, por tanto, frente a un nuevo escenario jurídico donde el Derecho ya no es lo que era, no solo por las transformaciones internas que ha sufrido sino porque la dinámica de la sociedad contemporánea así lo exige.

⁴³ Para SANTOS es interesante ver hasta qué punto los Derechos Humanos se han convertido en el lenguaje de la política progresista, cuando hasta después de la Segunda Guerra Mundial los Derechos Humanos eran en buena medida parte integral de la política de la Guerra Fría, frente a lo cual las fuerzas progresistas preferían el lenguaje de la revolución y el socialismo a la hora de formular una política emancipatoria (SANTOS, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*, 1998, p. 245). En aquella época, SANTOS ya advertía que aquellas mismas fuerzas progresistas están volviéndose hacia los Derechos Humanos para reconstruir el lenguaje emancipatorio, lo que ha venido ocurriendo de manera intensa en las últimas décadas en América Latina y Europa.

2.3. Legicentrismo y constitucionalismo: el debate sobre los sentidos del Derecho

Históricamente se ubica al legicentrismo con el Estado absoluto post revolucionario que le otorgó primacía a la ley, buscando responder a la necesidad que este tenía de monopolizar la creación del Derecho con el objeto de homogenizar la sociedad, esto es, simplificarla bajo los postulados filosóficos del liberalismo convertidos en textos que contienen reglas y procedimientos ontologizados, es decir, declarados derecho.

El gobierno de las leyes, superador del gobierno de los hombres, fue una idea revolucionaria en aquel entonces ya que, como sabemos, conjugó de manera exitosa viejos y nuevos postulados, unos que fueron ampliamente probados y otros que fueron ampliamente debatidos y disputados.

Así tenemos que el Derecho Público receipta dos conceptos de origen romano, que a partir del fin de la Edad Media jugarán un papel capital en la formación de los Estados Modernos: el concepto de soberanía y el concepto de *imperium*. El primero tiene que ver con el poder de Roma, vale decir, del Emperador respecto a los territorios conquistados que se manifiesta como supremo⁴⁴ y que posteriormente devendrá en la noción de soberanía del Estado y luego en soberanía popular. El *imperium*, por su parte, entiende al poder como poder político, esto es, liberado de los aspectos económicos y religiosos con los que se encontraba fundido en las comunidades políticas precedentes. Estas nociones van de la mano de la idea de Derecho General racionalizado, abrazando todas las esferas de la vida y el sentimiento nacional del que carecían los miembros de las comunidades políticas medievales (HAURIUO, *citado en* SÁNCHEZ FERRIZ, 2005).

⁴⁴ Posteriormente, la soberanía del príncipe devendrá en soberanía del Estado con las contribuciones de BODINO, y luego en soberanía popular con las contribuciones de HAMILTON y los *levelers*. A esto se sumará la idea hobbsiana de Estado Fuerte. Un estudio amplio acerca de las doctrinas anglosajonas que influyeron en la constitución del Estado Moderno y, por ende, del constitucionalismo, lo encontramos en DORADO (2001).

También jugará un papel importante en la constitución del Estado Moderno la idea de representación (que tiene su origen en las órdenes monásticas), conjugada con la idea de ciudadanía de origen griego y la idea de ciudad romana que aporta el concepto de límite, unidad y participación ciudadana. A esto se sumará la idea del contrato y de propiedad privada de origen medieval –pero reformulada por LOCKE y los contractualistas modernos y de la Ilustración–, que regía tanto para la tierra como para los oficios o funciones administrativas e incluso para la representación política.

La virtud del Estado Moderno fue la de cambiar la concepción privatista del poder y generar el espacio público –también de origen romano–, todo esto asentado en la racionalidad legal, de origen tomasino⁴⁵, que delinea los rasgos fundamentales del carácter vinculante de la ley al juntar la ley con la racionalidad, esta con la sociabilidad, esta con la legitimidad de origen (comunitario) y la legitimidad de objeto (bien común), y esta con la consecuente obligatoriedad de obediencia a la ordenación social y política.

Con tales cimientos, la idea de Constitución surgirá de manera ‘natural’ bajo una perspectiva de contrato social que establece el ‘orden’ racionalizado del Estado a finales del siglo XVIII. Sin embargo, invocando una supuesta pureza metodológica, de la que ya se ha hecho referencia en líneas anteriores, y

⁴⁵ SÁNCHEZ FERRIZ nos recuerda que es SANTO TOMÁS DE AQUINO el artífice de la desacralización de la Ley Divina, poniendo el acento en la capacidad de la razón para explicar los fenómenos de la naturaleza. Con AQUINO se hace de la razón un sistema de pensamiento que postula que es la Ley Eterna la que preside todo el orden de la creación y, consiguientemente, la Ley Natural no es sino el reflejo de aquella en las cosas creadas, pero ello no es óbice para la existencia de la ley humana, que ha de regir la vida del hombre en sociedad. Más aún, la Ley Humana es necesaria para adaptar la Ley Divina a las características naturales de sus destinatarios, de donde se desprenden dos consecuencias importantes: 1) que si lo que distingue al hombre es la racionalidad, y esta implica sociabilidad, la ley no es simple y caprichosa voluntad del dirigente sino que deriva su legitimidad de su origen comunitario y de su objeto: el bien común; 2) que si la razón es el distintivo de todo ser humano, la ordenación social y política de este no se fundamenta en la Cristiandad por lo que cabe igualmente entre los paganos la existencia de la autoridad y el deber de obediencia, incluso para los cristianos respecto de un rey pagano (SÁNCHEZ FERRIZ, 2005, p. 51).

desplazando a la soberanía popular a un limbo metajurídico, el concepto de primacía de la ley fue cooptado por el formalismo. La noción de Constitución quedó reducida a disciplina sobre la producción del Derecho y la declaración de derechos como un añadido⁴⁶.

Esta operación será posible con la implantación de la idea de la personalidad del Estado⁴⁷, que plantea la singularización de este como titular de la soberanía. Esta forma de objetivación del poder implica la privación del mismo al monarca, pero también la privación de este al pueblo, escamoteando así la noción de soberanía popular y la de poder constituyente. Bajo estas premisas, las instancias concretas de poder son simples 'órganos del Estado' y la relación entre este y los ciudadanos será jurídica solo en la medida en la que el Estado-soberano se autolimita reconociendo un repertorio de derechos que les asegure un ámbito propio de libertad. Esto significará proclamar el poder en el Estado. Como sabemos, KELSEN arremeterá contra esta doctrina jellineksiana, negando la noción de Estado-persona.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 52.

⁴⁷ Una interesante identificación de las etapas del positivismo en términos de: positivismo jurídico, positivismo sociológico y positivismo jurisprudencial, así como del precepto de la personalidad jurídica del Estado en la etapa del positivismo jurídico encontramos en DE VEGA (2002). El autor resalta, además, la trascendencia que tuvo el positivismo de JELLINEK, asentado en tres postulados fundamentales: 1) la positividad del derecho traducida en el no reconocimiento de otro tipo de normas ajenas a las del derecho positivo; 2) la asignación al Estado del monopolio legislativo, lo que equivalía a convertirlo en la única instancia capaz de declarar lo que es Derecho, de donde surgía la noción de potestad estatal; 3) la consagración del dogma de la personalidad jurídica del Estado, en cuya virtud, por ser persona jurídica, el Estado no solo es pensable como sujeto de derechos y obligaciones capaz de entrar en relación jurídica con los ciudadanos, sino que, además, sería a él al que habría que otorgarle aquella suprema capacidad de dominio que BODINO consagrara con el nombre de soberanía. La soberanía en cuanto expresión del máximo poder, del *dominium* absoluto, terminaba atribuyéndose de este modo al propio Estado en cuanto persona jurídica. Más adelante y sobre la base de la noción de derechos públicos subjetivos, JELLINEK postulará la teoría de la autolimitación del Estado, que a decir de DE VEGA, abre la posibilidad de pensar en la creación de una doctrina jurídica de los derechos fundamentales (DE VEGA, 2002, pp. 11-12).

Otra de las herramientas heurísticas que utilizará el positivismo para dotar a las leyes el carácter de universales y generales será la asimilación de los fenómenos históricos, sociales y políticos como fenómenos naturales, por tanto, al igual que en la ciencia natural, cabe dar leyes válidas para todos los tiempos y lugares. Premisa que, como sostiene DE VEGA, de una u otra manera ha seguido acogiendo la teoría del Derecho constitucional posterior, haciendo de sus dogmas, principios y valores, categorías atemporales que, evadidas del mundo y de la vida, pierden toda consistencia real (DE VEGA, 2002, pp. 4-6).

De aquí en adelante, y hasta la post Segunda Guerra Mundial, la discusión sobre el Derecho seguirá los postulados de la Teoría Pura del Derecho y de la Teoría General del Derecho de KELSEN, quien se preocupa de purgar del derecho toda impureza política, ideológica o social, y proclamar el derecho en cuanto orden jurídico, único referente válido para el jurista. De esta manera pone fin a los dualismo hasta ese momento vigentes: derecho objetivo y derecho subjetivo, derecho público y derecho privado, Estado y Derecho, etc.; esto le permite formular una teoría estrictamente jurídica del Estado en donde se proclama la soberanía del Derecho y no del Estado, y más adelante le permitirá formular una teoría de la Constitución sustituyendo la teoría del Estado. En esta, los problemas fundamentales del Derecho no pueden ser más que los referentes a la producción y la validez o vigencia del orden jurídico, esto es, una teoría de las fuentes del Derecho.

Hasta este momento, el debate en torno a la Constitución se ubicará, bien en la teoría política, bien en la filosofía del Derecho, bien en la teoría del Derecho político, bien en la teoría de las fuentes del Derecho. Ni en una ni en las otras la Constitución alcanzará entidad teórica propia. El estudio del Derecho será, fundamentalmente, el estudio del ordenamiento jurídico centrado en la ley y, específicamente, en su dimensión de norma jurídica sobre la base de una lectura marcadamente procedimentalista.

Pese a la primacía teórica del kelsenianismo, los debates antipositivistas comienzan a proliferar desde la época de la República de Weimar demandando la recuperación de la realidad histórica en contra de la proclamada realidad metafísica del Estado y de la también proclamada entidad simbólica de la Constitución. En esta época –que DE VEGA identifica como la etapa del positivismo sociológico–, se da una confrontación entre pensamiento jurídico democrático y pensamiento jurídico totalitario.

SCHMITT arremeterá contra el Estado constitucional y sus instituciones, basado en las condiciones de la praxis política, llevándolo a negar su sistema de principios y proclamar una nueva concepción de Estado basado en el decisionismo y en las formas plebiscitarias como mecanismo de legitimación. A esto reaccionará el realismo sociológico con autores como DUGUIT, HELLER, HAURIUO y otros, buscando superar el formalismo positivista por medio de la inclusión en la argumentación jurídica, elementos de la vida real y de la historia de los hombres (DE VEGA, 2002, p. 23).

Aquí aparecerán diversas teorías como la teoría del Estado coordinador de LASKI⁴⁸; la teoría de la democracia sin Estado de COLE⁴⁹; el racionalismo crítico de POPPER que plantea la idea de sociedad abierta sobre la que HÄBERLE más tarde formulará su teoría de Constitución abierta. También se incluirá en este recuento a LASSALLE y su esfuerzo por recuperar el concepto de Constitución material, concepción desarrollada posteriormente por MORTATI. DUGUIT, con un discurso radical, arremete contra el Estado concibiendo a la soberanía como el poder del más fuerte y al Estado como la organización de los poderosos. Está también la teoría de la institución de

⁴⁸ LASKI sostiene la idea de ‘pluriverso’ en contraposición a la idea de Estado y planteando una crítica a la noción de soberanía que le permita sostener que lo que existe verdaderamente en la sociedad son individuos con derechos y libertades que se integran en corporaciones. Al Estado le corresponde, entonces, tan solo actuar de coordinador de esos intereses de los ciudadanos y de los grupos. En esta concepción ninguna de las decisiones que toma el Estado es justa *a priori*.

⁴⁹ COLE plantea un tipo de democracia funcional que ve al Estado como una gran corporación de las personas que viven en su territorio, con todo lo que significa el concepto de corporación, por eso se considera que su teoría es de una democracia sin Estado.

HAURIUO que proclama el ‘auténtico poder normativo de lo fáctico’ y entiende al Estado como un gran mecanismo protector de la sociedad. SMEND, y su ‘teoría de la integración’, plantea la necesidad de integrar los elementos fácticos y normativos en un sistema unitario. HELLER concibe a la Constitución no solo como un conjunto de normas emanadas del Estado (normatividad), sino, además, como un conjunto de elementos no normados (normalidad), componiendo los supuestos extrajurídicos e históricos de la realidad constitucional (DE VEGA, *En general*, 2002).

Pero otro giro dará la discusión teórica del Derecho y la Constitución en la post Segunda Guerra Mundial como resultado de los desafíos de la recomposición económica, social y política que ella supuso. Uno tiene que ver con la relevancia que cobra el interés por el desarrollo de técnicas y mecanismos jurídicos encaminados a racionalizar y controlar el poder. Otro apunta a la universalización de un constitucionalismo rígido que confiera a los preceptos constitucionales un auténtico valor normativo, con lo que la teoría jurídica toma un giro interpretativista en donde cobra importancia la relevancia y el valor de la jurisprudencia constitucional como mecanismos para dar sentido y coherencia al principio democrático: se instala así una tendencia al interpretativismo jurisprudencial. Aquí la constitución aparece como instrumento de gobierno (HENNIS), como elemento regulador del sistema político de la sociedad (LUHMANN), como mecanismo procesal (POSSONY), o como proceso público de la sociedad pluralista (HÄBERLE) (VEGA, *En general*, 2002).

A la reflexión europea a la que se ha hecho referencia hay que sumar los aportes del mundo anglosajón sobre las perspectivas del derecho. Hablamos, principalmente, de aquella producción intelectual que ha influenciado –aunque por lo general de manera débil–, al pensamiento latinoamericano. Entre muchas podemos mencionar a las teorías del realismo jurídico y al movimiento ‘Critical Legal Studies’ (CLS) que tiene a KENNEDY (2013) como fundador de los estudios críticos del Derecho y tiene sus bases en el realismo jurídico. Este movimiento se plantea realizar una crítica interna de la razón jurídica estadounidense y abarca el

estudio de la desigualdad social, el feminismo, el multiculturalismo y la educación jurídica. También están los aportes de HART y DWORKIN (1997) en el debate sobre la distinción entre reglas y principios, y desde la sociología jurídica un grupo muy amplio de autores que abordan la discusión del derecho como disciplina práctica, entre ellos TOUBNER (2000) y su teoría de 'derecho reflexivo', dentro de una corriente neoevolucionista del Derecho. El derecho reflexivo postula que el Derecho se convierte en un sistema para la coordinación de la acción al interior de los subsistemas sociales semiautónomos⁵⁰. La noción de 'coordinación' tendrá un papel de mucha importancia en el constitucionalismo plural.

Otra línea de reflexión muy característica en los estudios del derecho estadounidenses en la actualidad es aquella que pone el énfasis no tanto en el activismo judicial sino en el activismo social en defensa de los derechos individuales y de los nuevos derechos surgidos de la interpretación judicial del derecho constitucional y de las leyes de los Estados Unidos durante el siglo XX. En esta línea de análisis, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, de EPP (2013), tiene especial importancia no solo como marco analítico del activismo judicial y social en pro de los derechos, sino también como inventario de la tendencia analítica.

A esto hay que añadir las lecturas norteamericanas neoinstitucionalistas y neorpublicanistas que, aunque no están interesados en una discusión sobre el Derecho o el constitucionalismo, aportan con sus reflexiones acerca de la

⁵⁰ TEUBNER menciona a varios teóricos, norteamericanos y europeos, interesados en los enfoques evolucionistas que expliquen los cambios en el derecho y la sociedad: NONET y SELZNICK (1978), BRÜGGEMEIER (1980), BUSS (1982), EDER (1978); HABERMAS (1981), LUHMANN (1970), UNGER (1976), entre otros. En general, desde una lectura neoweberiana, los neoevolucionistas buscan identificar distintos 'tipos' de derecho, mostrar el cambio de un tipo a otro y explicar los procesos de transición, así como centran su preocupación en la crisis de la racionalidad formal y proponen nuevas formas de derecho –en las que se combinan finalismo y participación, en la versión de NONET y SELZNICK– y que demandan una mayor abstracción, pensamiento funcionalista y autorreflexión del sistema legal desde la perspectiva de LUHMANN.

comunidad, lo colectivo, la democracia, los problemas de la política contemporánea y las necesidades de redefinir la relación publico-privada. En este debate son importantes los aportes de una variedad de autores como: SKINNER (1985, 1996, 2004), PETTIT (1999, 2004), SANDEL (2000), SUNSTEIN (2004), entre tantos otros, quienes sobre la base de lecturas neoweberianas y comunitarias sostienen el valor central de la promoción de una ciudadanía activa y virtuosa que defiende una visión de la democracia como ideal normativo de deliberación recíproca e incluyente. Esta línea de análisis antagoniza con el liberalismo igualitario de RAWLS, plantea la búsqueda de nuevos caminos para enfrentar muchos de los males que afectan la política moderna, como: la enorme discrecionalidad ganada por los gobernantes y los políticos en las decisiones públicas, presencia de instituciones básicas (bancos centrales, cortes, comisiones de expertos, etc.) fuera de todo control democrático, la influencia de los medios en los procesos electorales y el impacto de la personalización de la política; el aumento en los niveles de apatía política, el incremento del fenómeno de la corrupción, el declive de la sociedad civil y la quiebra de la cohesión social; el crecimiento del individualismo y del consumismo y las enormes dificultades que se derivan del profundo pluralismo moral que caracteriza nuestras sociedades (HERNÁNDEZ, 2005, p. 193). En estas lecturas también se incluyen versiones de un republicanismo liberal sensible al hecho del pluralismo moral y a la idea de libertad defendida por los liberales. Fundamentalmente, este conjunto de líneas de análisis ponen un especial énfasis en el derecho racional material, en el derecho como instrumento de intervención finalista de la sociedad, y en la caracterización del derecho en la actualidad (LUHMANN, 1970)⁵¹.

⁵¹ Desde la teoría de sistemas, del cual LUHMANN es su máximo exponente, plantea un esquema evolucionista de la sociedad en tres etapas: a) segmentadas; b) estratificadas; c) funcionalmente diferenciadas; a partir de lo cual sostiene que la actual crisis del derecho es producto de la transición de una sociedad estratificada a una sociedad funcionalmente diferenciada (*citado en* TEUBNER, 1995, p. 90).

2.4. El debate sobre el constitucionalismo democrático en Latinoamérica

No podríamos terminar la revisión teórica del tránsito del legicentrismo a la constitucionalización del derecho sin mencionar de manera breve lo que ha ocurrido en América Latina en relación a este debate.

Partiremos diciendo que Latinoamérica es vista de manera general como un lugar de recepción de las teorías europeas y anglosajonas⁵², por lo que pocos autores latinoamericanos han entrado en el círculo de referencias y diálogos teóricos dentro del debate del constitucionalismo contemporáneo.

No obstante, el debate ha sido profuso e intenso, aunque desordenado –como también ocurre en otros contextos teóricos–, pero claramente asentado en una gama amplia de lecturas que van del pensamiento crítico y el pensamiento interdisciplinario, pasando por el pensamiento neocolonial, neomarxista, pluralista, ecologista, feminista, e incluyendo a la Teología de la Liberación. Este bagaje teórico disímil y complejo, estimuló la discusión sobre los límites del Derecho centrado en la ley y su capacidad de responder a las necesidades de la sociedad actual.

Esto porque el debate jurídico en América Latina está fuertemente vinculado a las demandas de transformación económicas, política y sociales, las mismas que se intensificaron en la región desde finales del siglo XX.

Ahora bien, la reflexiones jurídicas en América Latina han girado en torno a determinados temas tales como: la Constitución, el neoconstitucionalismo y la democracia deliberativa (NINO, 1973, 1997 y 2013; GARGARELLA, 2014; RACIMO, 2006; BERNAL, 2009). La justicia y el Derecho (MÉNDEZ, O'DONELL y PIHEIRO, 1999;

⁵² Uno de los trabajos más importantes para comprender las razones de los imaginarios que giran alrededor del desconocimiento teórico del pensamiento Latinoamericano lo encontramos en el trabajo de LÓPEZ (2004).

SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, 2001; LÓPEZ, 2004; RODRÍGUEZ, 1997; GARGARELLA, 2011; CARBONELL, 2014). La teoría jurídica crítica (LÓPEZ, 2001; ESQUIROL, 1997; RODRÍGUEZ, 1999). Las reformas constitucionales y el activismo judicial (UPRIMNY, 2001; WOLKMER, 1988; GARCÍA VILLEGAS, 1993; LÓPEZ, 2000).

También existe una amplia producción relacionada con los derechos en sus distintas dimensiones y especificidades: Derechos Humanos (CORREAS, 1986; LETELIER, 1996; VARGAS, 1989). Derechos fundamentales (ARAGÓN, 2005). Derechos de las comunidades indígenas (STAVENHAGEN, 1988; BENGOA, 1994). Derechos de género (VÁSQUEZ, 1993; LEÓN, 1992; JUNQUERÍA, 2001; HERNÁNDEZ y OLMO, 1989).

Otra línea importante de reflexión ha sido la globalización (FARÍA, 2001; SANTOS, 1998; RODRÍGUEZ, 2001); y la filosofía política (SADER, 2008; ECHEVERRÍA 2011; ESCOBAR, 2016).

Pero la que más nos interesa resaltar en el presente trabajo es la línea de reflexión en torno al pluralismo jurídico, que ha merecido una intensa y dinámica discusión en torno al formalismo jurídico y las teorías clásicas del Derecho, el estatalismo y los límites y posibilidades de la producción del derecho, desde perspectivas muy distintas a las que marcan los debates europeos y norteamericanos en estos temas. La lista de autores es amplia y será revisada con más detenimiento en el siguiente acápite, aunque no dejaré de mencionar la influencia que han tenido autores como CORREAS (1986), WOLKMER (1994), SÁNCHEZ (2004), ARÍZAGA y BONILLA (2007), ARIZA HIGUERA (2007) entre muchos otros.

En Ecuador, desde los años noventa, la producción teórica ha sido marcadamente interdisciplinaria y asentada en una amplia reflexión sobre los derechos. Desde ese horizonte interpretativo se ha pensado en el Estado, el derecho, la democracia, la política, las instituciones, lo público, la sociedad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución ecuatoriana del 2008, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, y la novísima Corte

Constitucional, pusieron en circulación varias líneas editoriales que permitieron colocar en el debate las diversas preocupaciones teóricas en torno al derecho, la constitución y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, con escritos de jóvenes autores nacionales y extranjeros. Un análisis de estas publicaciones nos brindaría una radiografía de las bases teóricas del constitucionalismo ecuatoriano, pero ese empeño rebasa los límites del presente trabajo.

De esta manera, el debate sobre legicentrismo y constitucionalismo en América Latina de finales del siglo XX se tradujo en procesos de reforma constitucional en donde el legicentrismo fue duramente cuestionado, mientras el constitucionalismo fue ganando terreno como mecanismo de renovación del Derecho, y en la versión del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, como un instrumento de transformación social.

CAPÍTULO II

**TRADICIÓN CONSTITUCIONAL Y PUEBLOS
INDÍGENAS. LA NECESIDAD DE UN NUEVO
ESTADO PARA UN NUEVO PACTO SOCIAL**

En el presente capítulo me propongo revisar los modelos de constitucionalización del derecho indígena desde dos puntos de vista: desde una visión histórico-cultural y desde una visión jurídico-normativa. Esto porque lo que ha ocurrido en América Latina en el ámbito de la teoría, de la política y del derecho, fundamentalmente, no es posible entenderse a cabalidad sin previamente definir el contexto histórico y cultural que está siendo cuestionado y se plantea ser superado, no en vano, una postura teórica se compone de teoría y de contexto.

Una revisión histórica de la cultura constitucional vigente en un determinado país o región, permite conectar procesos sociales y políticos concretos, como las asambleas constituyentes, por ejemplo, con los cuerpos normativos que resultan de dichos procesos y con los usos que los actores hacen de dichos cuerpos normativos. Todo lo cual configura la estructura de las creencias y significados que los actores sociales atribuyen tanto a los hechos como a sus resultados, así como justifica las rupturas que en un determinado tiempo histórico se plantean concretar.

Las normas que contienen las vigentes Constituciones de Venezuela, Bolivia o Ecuador, por ejemplo, más allá de que entendamos que se trata de preceptos que organizan el poder y lo dividen, que reconocen derechos que operan como límites al poder, que su contenido expresa los valores, principios y reglas que guían el devenir de la sociedad y su estructura política, económica, social y cultural, como puede predicarse de cualquier otro cuerpo constitucional; se caracterizan por contener una clara convicción acerca de la necesidad de romper con el pasado colonial y neoliberal (entendidos como factores de imposibilidad social). Para ello, se plantea fortalecer al Estado en su capacidad de intervención socialmente justificada, recuperar las nociones de soberanía popular y de lo público y construir cohesión social sobre la base de una noción de ciudadanía activa y participativa, con el fin último de proteger y garantizar los derechos de las personas, comunidades pueblos y nacionalidades del Ecuador. Esto último demuestra que adicionalmente se entiende a estos cuerpos normativos como verdaderos

proyectos políticos⁵³, idea hasta este momento extraña para el constitucionalismo latinoamericano, dado que las constituciones eran concebidas como meros instrumentos simbólicos. Como hojas de papel⁵⁴.

Como consecuencia, se observa un inusitado apego al cumplimiento de las normas constitucionales y legales por parte de los gobernantes⁵⁵ –o al menos una acción política que siempre apela a su cumplimiento–, asunto también poco frecuente en nuestra Región, ya que lo común ha sido una tendencia hacia la ilegalidad.⁵⁶

En este sentido, los siguientes acápite buscan trazar una ruta interpretativa respecto de los fundamentos del constitucionalismo ecuatoriano, desde dos

⁵³ SARTORI (1996) sostiene que las constituciones también son instrumento de gobierno, esto es, que establecen un itinerario al que deben sujetarse quienes lo ejercen. Esto, para decir que constitución no se aplica a cualquier Estado que tiene una constitución sino que se aplica a una forma protectora de Estado.

⁵⁴ Haciendo alusión a la famosa frase de LASALLE en la conferencia *Über Verfassungswesen* dictada en Berlín en 1862, donde sostuvo que una Constitución escrita es una ‘hoja de papel’ si no es la expresión de la relación real de las fuerzas de poder existentes en la sociedad, de los factores reales de poder; y que si la constitución escrita no es el reflejo de esas fuerzas de poder, no sirve para nada.

⁵⁵ Un estilo gubernativo basado en el ‘acuerdo político’ o ‘pacto de élites’, difiere de un estilo gubernativo basado en el cumplimiento de las normas contenidas en la Constitución. En el primero, son los acuerdos que llegan las diferentes facciones o sectores políticos que participan de la negociación, y no el carácter normativo de la Constitución, los que definen los contenidos del Derecho. En el segundo, al asumir el carácter normativo de la Constitución, esta actúa, a su vez, como programa político que regula las relaciones políticas y sujeta a los actores a adoptar determinadas decisiones, y no otras, al amparo de las normas constitucionales. Este estilo de política, sin duda, reduce el ámbito de negociación del poder constituido –sectores de interés, fundamentalmente– que, basados en la lógica del ‘acuerdo político’, ven legítimo alejarse de la voluntad constituyente en aras de la *real politic*.

⁵⁶ GARCÍA VILLEGAS considera que el incumplimiento es parte esencial del fenómeno, más general, de la ineficiencia del derecho en América Latina, en ocasiones de tal magnitud que pone en tela de juicio la validez misma del derecho. Esto para complementar la observación de NINO (2005, p. 28), para quien “[es] sorprendente que, no obstante la visibilidad de la tendencia argentina hacia la ilegalidad [...], ella no haya sido señalada hasta ahora por politólogos, historiadores y economistas como un factor significativo para dar cuenta del subdesarrollo argentino” (*citado en* GARCÍA VILLEGAS, 2011). A estas ideas volveremos más adelante.

perspectivas: 1) desde una lectura histórica de los contextos de poder, sociales, y culturales que dan sentido y significación a la reciente constitucionalización del derecho propio –el derecho indígena–; 2) desde una revisión teórico política de los fundamentos para la recuperación del Estado, de lo público y de la ciudadanía, dentro de los cuales se define al Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural, en donde entran a jugar otro papel los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, al igual que los demás derechos ciudadanos reconocidos.

Este repaso transcurrirá entre las distintas épocas del constitucionalismo ecuatoriano, esto es, la primera republica, la etapa liberal, la época de modernización del Estado, la etapa neoliberal y la época de la revolución ciudadana, partiendo, necesariamente, de una revisión de la época colonial, dado que sin constituir un momento constitucional, marcó su devenir histórico. Todo esto para comprender el contenido del proyecto político que se encuentra implícito en la Constitución.

Esta ruta incluye una referencia particular a los principales acontecimientos relacionados con lo que CARBONELL denomina, ‘la contenciosidad étnica o cultural’, que designa el debate público desplegado en distintas regiones del planeta en la década de los ochenta y noventa, y que en sus palabras se da: desde Cataluña hasta Chiapas, desde Quebec hasta Irlanda del Norte, desde Nueva York hasta Kabul, marcando el discurso público del futuro inmediato (CARBONELL, 2003, p. 840). Debate público que efectivamente continuó en los primeros años del nuevo siglo pero, con ribetes distintos y ya en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Efectivamente, un acercamiento histórico a la emergencia de lo étnico y su contenciosidad muestra cómo han ido variando los discursos y la conflictividad en torno a los derechos de los pueblos indígenas en el siglo XX y primeros años del siglo XXI. Para efectos del presente trabajo, no obstante, pondremos énfasis en lo ocurrido a partir de la década de los años setenta, considerando que lo que se

discute a partir de este momento representa el debate contemporáneo respecto de los derechos de los pueblos indígenas, marcando diferencias con los debates clásicos que estuvieron centrados en los desafíos de la transculturización del indígena.

Incluso en esta fase veremos que unos son los debates y las formulaciones jurídicas en torno al tema indígena en las décadas de los setenta a los noventa⁵⁷, otros los debates y concreciones constitucionales a finales de los noventa y primeros años del 2000⁵⁸, y otros serán los debates contemporáneos post constitucionalización de los derechos indígenas⁵⁹. Los primeros marcadamente reivindicativos, los segundos marcadamente contrahegemónicos, y los últimos

⁵⁷ En lo que respecta a Ecuador, en 1972 arranca el denominado boom petrolero en la Amazonía y el golfo de Guayaquil –aunque ya en 1964 se habían concesionado al consorcio Texaco-Gulf alrededor de medio millón de hectáreas para la exploración y explotación petrolera–, lo que significó, entre otras cosas: una alineación del Ecuador a las políticas desarrollistas norteamericanas de la Alianza para el Progreso; regímenes militares; modernización del Estado con fuerte influencia de una oligarquía ligada, principalmente, a la agricultura y al comercio exterior; reforma agraria que buscaba dejar atrás el modelo tradicional de Hacienda e integrar las tierras al mercado; incursión de empresas petroleras a territorios que hasta el momento eran habitados por pueblos indígenas, misiones religiosas, caucheros y comerciantes; tibia e injusta redistribución de la tierra y apertura crediticia para campesinos; fuertes ingresos económicos para el Estado; desarrollo institucional y de las urbes acompañado del persistente olvido del campo, en especial, de los pueblos indígenas que continuaron relegados de los procesos de modernización del Estado. La incursión de la industria petrolera, no necesariamente del Estado, en la Amazonía ecuatoriana marca el resurgimiento de ‘lo indígena’, que, enfrenteado al ‘surgimiento tumultuoso de la civilización industrial’ (FERNANDES, 2015, p. 81), de a poco comenzará a organizarse por varias vías y distintas modalidades en defensa de sus derechos. La defensa de sus derechos fue esencialmente reivindicativa, solicitando redistribución de la tierra, acceso a crédito, reconocimiento legal de sus organizaciones propias, principalmente.

⁵⁸ Las demandas indígenas comienzan a mutar en la década de los noventa: de la reivindicación clasista a la reivindicación etnicista; de la reivindicación economicista a la reivindicación política; de la demanda de protección del Estado a la impugnación contrahegemónica del Estado.

⁵⁹ Con cerca de una década de vigencia de la Constitución de Montecristi, los discursos y las aspiraciones etnicistas aparecen más difusas y diluidas dentro de un proceso de disputa de sentidos de la Constitución, en la que el ‘movimiento indígena’ se muestra dividido no solo estructuralmente sino también discursivamente.

marcadamente político-contenciosos. Todo lo cual buscaremos poner en evidencia en los siguientes acápites.

1. La tradición constitucional en el Ecuador: de continuidades y rupturas

El constitucionalismo ecuatoriano, numéricamente profuso, no así en formulaciones teóricas o novedades doctrinales, se ha caracterizado por mantener algunos rasgos constantes, a saber: utiliza el mecanismo formal de la asamblea constituyente⁶⁰ –con sus promesas de refundación del país–, para redefinir la correlación de fuerzas entre grupos y facciones; expide textos constitucionales que aportan poco o nada a la consolidación jurídico-institucional del Estado; y alimenta prácticas jurídicas marcadamente formalistas y simbólicas que favorecen a la falta de apego de los ciudadanos a los mecanismos legales e institucionales, entre otros. Todo esto apuntalado en un modelo republicanista clásico, heredero de instituciones que perpetúan formas aristocráticas, monárquicas, coloniales y estamentales, al punto que los Estados democráticos actuales podrían estudiarse a partir del mayor o menor grado de supervivencia, recomposición o reconfiguración de dichas instituciones, para conocer su naturaleza democrática, sin tener que complejizar más el análisis.

En el caso ecuatoriano, por ejemplo, gracias a que se mantuvo vigente a lo largo de su historia constitucional una concepción contractualista y pactista de la política, de los veinte sucesos asamblearios ocurridos en Ecuador desde el inicio de la República hasta la fecha, solo tres podrían considerarse verdaderos eventos

⁶⁰ Las constituciones expedidas en Ecuador se han realizado mediante Convenciones Nacionales, Asambleas Nacionales o Asambleas Constituyentes, desde 1830 hasta 2008. Solo la Constitución de 1979 fue elaborada por una Junta de Notables conformada por el régimen militar gobernante.

transformadores o revolucionarios⁶¹, a saber: la Asamblea Constituyente de 1830 que instaaura la República, terminando formalmente con el colonialismo español; la Asamblea Constituyente de 1929⁶² que asume los principales postulados de la revolución liberal iniciada por Eloy Alfaro a finales del siglo XIX, y que contiene un impulso a la modernización del Estado a través de la instauración de la libertad de trabajo y contratación, la educación, el derecho de reunión y asociación, el sufragio femenino⁶³ (aunque con la condición de saber leer y escribir), la libertad de pensamiento, la obra pública, la institucionalidad pública, y el laicismo,

⁶¹ Entiendo la palabra ‘revolución’ no en el sentido marxista de un tipo de transformación política violenta fruto de una confrontación de clases, cuyo resultado lleva a la instauración de la dictadura del proletariado y del socialismo o comunismo, como régimen político. La entiendo en un sentido más amplio, esto es, como un cambio significativo y profundo de la correlación de fuerzas del hasta entonces poder hegemónico, por medios relativamente violentos, de cuyo resultado ocurre, sustancialmente, un cambio del orden jurídico-político, un recambio de las élites que se hacen con el poder y un reposicionamiento de las fuerzas políticas y sociales en sentido liberador. En este sentido, la idea de revolución que manejo tiene más que ver con los postulados de ARENT que con cualquier otro, en tanto para la autora, la revolución alude a la instauración de algo nuevo y liberador. ARENT dirá: “...ni la violencia ni el cambio pueden servir para describir el fenómeno de la revolución; solo cuando el cambio se produce en el sentido de un nuevo origen, cuando la violencia es utilizada para constituir una forma completamente diferente de gobierno, para dar lugar la formación de un cuerpo político nuevo, cuando la liberación de la opresión conduce, al menos, a la constitución de la libertad, solo entonces podemos hablar de revolución” (AREN, 1963, p. 36)

⁶² La Constitución de 1945 que fue resultado de la revolución de 28 de mayo de 1944, conocida como ‘La Gloriosa’, es considerada por algunos autores igualmente como una constitución rupturista, por su grado de estructuración técnica y por la pionera creación del Tribunal Supremo Electoral, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos. A nivel de derechos y garantías, instaaura el *habeas corpus*, reconoce el derecho a la educación, cultura y trabajo. A nivel tributario, adecúa los impuestos a la capacidad económica del contribuyente; entre otros avances. La constitución de 1945 duró un año, y aunque algunas instituciones constitucionales subsistieron, se puede decir que ‘La Gloriosa’ fue una revolución trunca.

⁶³ Luego del reclamo de su derecho al voto que hiciera en 1924 la primera médica del país, Matilde Hidalgo de Prócel. Es importante anotar también que en 1861 se suprimió el requisito patrimonialista de que los votantes tuvieran una propiedad, en 1884 se eliminó el requisito rentistas por el que los votantes debían tener una renta de tres mil pesos, y en 1978 se reconoció el derecho de voto de los analfabetos, entre los que se cuenta a un amplio número de indígenas y campesinos. La Constitución de 2008, reconoce, adicionalmente, el voto facultativo para mayores de dieciséis años, para uniformados y para extranjeros con algunos requisitos.

fundamentalmente. Y la Asamblea Constituyente de 2008 que concreta de manera muy particular las aspiraciones de cambio alimentadas desde el retorno de la democracia por importantes sectores sociales, al margen de la clase política y de los grupos de poder hegemónicos.

La historia constitucional ecuatoriana nos muestra que, por lo general, la expedición de una nueva constitución solo alcanzaba a instaurar un frágil y transitorio equilibrio de fuerzas sin lograr la consolidación de una mínima institucionalidad estatal que la proyecte, como tampoco contribuía a la satisfacción de un mínimo de promesas de cambio. Esto explica que lo jurídico cumpliera, antes que nada, un papel funcional a las élites políticas y económicas y no un rol equilibrante de las disputas sociales.

Refleja también la cultura constitucional del ecuatoriano, esto es, la manera como se concibe el Derecho en el orden del Estado, las prácticas jurídicas hegemónicas, las teorías jurídicas locales que las sustentan, los estudios dominantes del derecho, así como los comportamientos de los distintos actores dentro del Estado (LÓPEZ, 2004). Tiene que ver también con la adjudicación de sentidos que se otorga dentro del Estado de Derecho a categorías acerca del yo y la comunidad, del tiempo y el espacio del Estado de Derecho, de la autoridad y la representación (KAHN, 2001, p. 53).

A su vez, este conjunto de eventos, concepciones o significaciones de la realidad, resultan en representaciones que se expresan en las instituciones políticas que sustentan dicha cultura, de ahí que será necesario, en una evaluación del Estado de Derecho, por ejemplo, indagar si se ha erradicado la presencia eclesial dentro del aparato del Estado, si persisten modalidades de economía colonial, si subsisten formas tradicionales de ejercicio del poder público que simulan una división de poderes, si perviven formas simuladas de reconocimiento de derechos, en fin, si el sistema electoral garantiza procedimientos democráticos o en su lugar encubre liderazgos caudillistas oligárquicos o plutocráticos.

Los eventos políticos no son procesos evolutivos ni espontáneos por lo que requieren de una precisa identificación de aquellos fundamentos históricos que sirvieron para articular tipos estatales particulares. Lo que significa que resolver los problemas políticos con asambleas constituyentes no democráticas o formales, o venerar a la ley en el ejercicio judicial, no tiene que ver con una falta de capacidad de los actores políticos y sociales –aunque también puede incluir aquello–, sino con una forma particular de articulación de los elementos configuradores del Estado de Derecho, al momento de su conformación.

RECASENS, influyente iusfilósofo de la primera mitad del siglo XX, sostenía en su obra *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, que las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa se cimentaron sobre la idea de los derechos humanos fundamentales. Desde una perspectiva iusnaturalista, su reflexión apuntaba a poner en evidencia que estos derechos se encuentran en un plano diferente al nivel del derecho positivo en tanto se piensa en una exigencia ideal, en un imperativo de estimativa o axiología jurídica, en un juicio de valor intrínsecamente fundado (RECASENS, 1956, p. 232).

Cuando la filosofía política y jurídica habla de derechos fundamentales de la persona humana, sostenía RECASENS, lo que hace es dirigir requerimientos al legislador y también, en su caso al juez, fundados sobre principios ideales de intrínseca y necesaria validez sobre juicios necesarios de valor para que el orden jurídico positivo pueda no solamente ser justo sino constituir propiamente Derecho orientado a proteger a la persona humana en cuanto se le reconoce su dignidad y calidad de persona humana.

Siendo esta apreciación cierta, no lo es menos que cada proceso revolucionario aludido, aunque se fundamentó en la idea de los derechos humanos fundamentales, articuló de manera diferente los distintos elementos configuradores del Estado de Derecho, a saber: división de poderes, democracia, ejercicio de libertades, ejercicio de la razón, ciudadanía, cultura nacional, etc. Así, mientras el mundo occidental-europeo armó el Estado constitucional sobre la

noción de dignidad humana, libertades fundamentales y división de poderes (HÄBERLE, 2002); el mundo norteamericano armó su Estado de Derecho sobre una fuerte convicción acerca del ejercicio libertario de la razón y la voluntad que opera en un escenario democrático y de transformación de la naturaleza humana (KAHN, 2001).

De ahí que cada sistema jurídico ha manejado de distinta manera el concepto de derechos humanos fundamentales como criterio de validez, en tanto requerimiento dirigido al legislador, al juez y al resto de actores sociales y políticos que los cobija, en miras a que el orden jurídico positivo pueda no solamente ser justo sino constituir propiamente Derecho orientado a proteger a la persona humana, como afirma RECASENS.

Las diferentes maneras de articulación de los elementos que conforman el Estado de Derecho lleva a pensar en la existencia de umbrales de acción dentro de los cuales se mueven las estructuras estatales contemporáneas, y que al ser evidenciadas, sirven de criterios de identificación de las características y particularidades, en cada caso. Por ejemplo, en el ámbito latinoamericano en general, y en el ecuatoriano en particular, el Estado constitucional se erigió sobre una particular noción de cultura nacional asociada a un centralismo político-presidencialista, un modelo de democracia elitista y una economía de base patrimonialista, fundamentos estos que marcaron los conceptos de dignidad humana, libertades fundamentales, división de poderes, así como la aplicación práctica de la ecuación razón y voluntad.

Estos énfasis y opciones valorativas respecto de aquellos elementos sobre los que se articuló el Estado constitucional en nuestra Región, a su vez, determinaron las formas de relación entre Estado y pueblos indígenas, sus condiciones de vida y su estatus social y político en el espacio de hegemonía estatal.

En esta sección se analizarán las formas de articulación de los distintos elementos configuradores del Estado de Derecho ecuatoriano, así como las

concepciones locales acerca del Derecho y de la ley, las prácticas jurídicas o los usos del derecho, que basados lecturas particulares de teorías ‘duras’ surgidas en Europa o en Norteamérica, fundamentalmente, que circularon desde la época colonial, se aplicaron para responder a requerimientos y desafíos propios.

1.1. Conceptos articuladores del Estado de Derecho en el Ecuador

*La libertad solo llega a ser plena
cuando se realiza por cauces culturales*
Häberle

Volver a las ideas iniciales que forjaron el Estado de Derecho ecuatoriano en el Siglo XIX, cumple un triple propósito: por un lado, revisar los principales supuestos teórico-jurídicos e ideológicos que animaron los cambios paradigmáticos que desembocaron en el Ecuador como Estado. Por otro lado, identificar la particular articulación de los elementos configuradores del Estado de Derecho que marcaron la cultura constitucional ecuatoriana; por último, aproximarnos a los significados de los cambios culturales que supone la Constitución ecuatoriana vigente y a los sustentos teórico-jurídicos que la contienen. Todo esto, vinculado al tratamiento que el Estado dio a los indígenas en las distintas etapas históricas, desde la época colonial.

Esta revisión incluirá una breve referencia al estado social en cada época, lo que TOCQUEVILLE entendió como precondition para conocer la legislación y las costumbres de un pueblo⁶⁴.

En tal sentido, partiré sosteniendo que en la conformación del Estado de Derecho ecuatoriano jugaron papel decisivo factores como el elitismo social, el

⁶⁴ Por estado social, entendió TOCQUEVILLE a la condición material e intelectual en la que se encuentra un pueblo en una época dada, que de ordinario es producto de un hecho, de las leyes, o de las dos causas a la vez (TOCQUEVILLE, 2010, p. 177). Este planteamiento guarda relación con la idea de ‘espíritu general de la nación’ de MONTESQUIEU.

centralismo político, el patrimonialismo económico y la homogenización cultural. La particularidad del caso es que ninguno de estos factores impulsa ni la producción de ciudadanía, ni el ejercicio de la democracia, ni la economía capitalista, ni la vigencia de la equidad social, que hicieron posible los Estados modernos, liberales y constitucionales del siglo XVIII. Veamos.

1.1.1. Estado social, élites y faccionalismo en la primera República

En las colonias hispanoamericanas, particularmente en Ecuador, el proceso independentista que desembocó en la conformación del Estado de Derecho terminó siendo cooptado por una alianza entre criollos –descendientes de españoles–, clero y facciones militares. No se observa la existencia del ‘estado llano’⁶⁵, simplemente porque no existe en una proporción poblacional ni en el poder de influencia requerido para incidir en el proceso. El modelo colonial, basado en la extracción de metales, latifundios, obrajes, y tributos, impidió el surgimiento de nuevas clases sociales, como la burguesía, los artesanos, industriales, profesionales, que en Europa y Norteamérica representaron una buena parte de la población y habían ganado espacios de influencia, opinión pública y participación en los asuntos públicos. En la Real Audiencia de Quito, la economía de plantación y el comercio intercolonias, consolidaron económicamente a colonos-criollos integrados por terratenientes, plantadores, empresarios mineros, comerciantes, armadores de barcos, etc., cuyos intereses –marcados por las necesidades de la expansión y la acumulación– chocaban frecuentemente con los de la corona, orientados al simple expolio colonial (NÚÑEZ, 1992, p. 29). A todo

⁶⁵ Por ‘estado llano’ entiende TOCQUEVILLE a los comerciantes, artesanos, campesinos o burgueses que incidieron en el rumbo de las transformaciones del Estado absolutista.

esto, subsistirán las grandes propiedades eclesiales que no se verán interrumpidas en aquella época⁶⁶.

Este conjunto de elementos históricos, sociales y culturales conformarán el estado social ecuatoriano en los inicios de la República.

Si miramos las alianzas que se articularon en otras regiones del mundo al momento de constituirse los Estados de derecho, veremos que en la Revolución Francesa, de la que surgió la República francesa, operó una alianza de tres estamentos: el clero, la nobleza, y el estado llano, de cuya confrontación, negociación e interrelación se definió la particularidad del Estado francés; mientras que en Norteamérica operó un proceso significativamente distinto al francés, en donde el clero y la nobleza se quedaron en Europa y el estado llano lo constituyeron los migrantes ingleses, pero también los franceses, italianos, irlandeses, alemanes. En una carta dirigida a su amigo Ernest de Chabrol en 1831, TOCQUEVILLE (2010, p. 45) escribía:

Imagínese, si puede usted, mi querido amigo, una sociedad formada de todas las naciones del mundo: ingleses, franceses, alemanes... personas que tienen todas las lenguas, creencias, opiniones diferentes; en una palabra, una sociedad sin perjuicios, sin sentimientos, sin ideas comunes, sin carácter nacional, cien veces más feliz que la nuestra. ¿Más virtuosa? Lo dudo. Ese es el punto de partida. ¿Qué especie de vínculo une elementos tan diversos? ¿Qué hace un pueblo de todo ello? El interés. Ahí está el secreto. El interés particular, que se manifiesta a cada instante, el interés que, por lo demás, se presenta ostensiblemente y se anuncia a él mismo como teoría social.

En tierras centro y sudamericanas, mientras tanto, en tres siglos de coloniaje, las leyes habían institucionalizado una serie de privilegios a favor de los españoles, en cuanto a su condición social y económica, acceso a la tierra, acceso a cargos públicos y carga tributaria, lo que impidió el desarrollo de otros espacios sociales, a la vez que incubó un acelerado antagonismo entre los españoles de la metrópoli –

⁶⁶ Hecho del que dan cuenta la generalidad de los historiadores ecuatorianos, así como que la Iglesia será hasta aquella época uno de los más grandes latifundistas.

los chapetones-, y los españoles de América –los criollos-; antagonismo que finalmente se resolvió con la independencia.

Esto no niega que la independencia ecuatoriana represente un proceso revolucionario que cambió el orden jurídico-político y el grupo que se hizo con el poder al momento de instaurar la República, el sistema de leyes, la división de poderes, el gobierno democrático, la ciudadanía o el ejercicio de libertades. La República, sin embargo, se verá limitada porque no contaba ni con la base material ni social que le permitiera poner en funcionamiento el sistema jurídico político que esta supone.

En general, la base material en Latinoamérica, en aquella época, está compuesta principalmente por: una producción agrícola importante; el surgimiento de la producción manufacturera, el comercio intercolonial, el desarrollo de astilleros en algunas partes del continente (Guayaquil, Cartagena y La Habana, fundamentalmente). A esto hay que sumar las relaciones de comercio y financieras con Gran Bretaña, que tuvieron gran influencia en el proceso independentista, dado los intereses del imperio británico en estas tierras.

Sobre esta base material, los notables criollos fueron acrecentando su control económico y consolidando sus mecanismos de dirección de la sociedad frente a los funcionarios españoles que cada vez veían disminuida su capacidad efectiva de dirección política; no obstante, no llegó a integrar a sus beneficios a significativos sectores sociales (AYALA, *En general*, 2006).

Las reformas administrativas y la racionalización fiscal de origen borbónico, que afectaron el *modus vivendi* de las colonias, fueron, primero que nada, otro factor de ruptura entre chapetones y criollos, antes que un dinamizador de la economía o la sociedad de la época. Lo que si ocurrió es que estas medidas emanadas de la Corona generaron aquellos intereses criollos tantas veces mencionados, que se encaminaron a una creciente necesidad de dirección directa de la administración colonial.

Con esto, los actores fundamentales, tanto del proceso autonomista iniciado en el siglo XVII, como del posterior proceso independentista de los siglos XVIII y XIX, fueron las pocas clases emergentes locales, el clero y los notables criollos, que con su nuevo posicionamiento político apuntaron a incrementar su poder político y liderazgo social. Las élites así configuradas harían esfuerzos por extender el proyecto republicano a ciertos sectores de la población, en los que no se contarían sino unos pocos indígenas (que para ese entonces eran la mayoría de la población), sin perder sus privilegios. Así, a la Corona demandaron la reducción de sus contribuciones e impuestos, sin que por ello se planteen eliminar las contribuciones de los sectores populares, la gran mayoría de la población.

1.1.2. Soberanía popular, representación y forma de Estado. Los pilares del Estado débil y el poder de las circunstancias

DILTHEY (2006 [1883], p. 26), sostiene que la historia es una construcción del pasado de manera retrospectiva. Reconstruye el pasado para vivir el presente y diseñar el futuro; otorga significado. Pero, si en una dimensión crea sentido a la existencia individual y colectiva, en otra, es víctima de las circunstancias, esto es, de eventualidades que desatan situaciones imprevistas e insospechadas. Es lo que ocurrió, de alguna manera, con la usurpación francesa a la Corona española.

Frente al reinado de Napoleón Bonaparte, las colonias americanas reaccionaron articulando expresiones de rechazo a la usurpación y manifestando una abierta lealtad hacia Fernando VII. La importancia de este hecho para las colonias españolas en América está en que fue la ocasión para que surgiera una interrogante originada en el vacío de poder generado por el colapso de la monarquía. La pregunta que se plantea en aquel momento es: ¿en quién recae el poder en ausencia del Rey?

Entre las respuestas que se dieron a esta interrogante está la constitución de Juntas de Gobierno en las provincias americanas, de la misma manera como se

constituyeron en España. Así, las primeras se formaron en México, Caracas y Buenos Aires en 1808, a las que le siguieron las de Chuquisaca, en La Paz y la de Quito, en 1809.

Aunque estas juntas fueron concebidas para atender la emergencia generada por la acefalia reinante y como espacio de negociación de los intereses de las élites, terminaron favoreciendo sentimientos autonomistas, aunque no independentistas en aquel momento, por lo que pronto fueron condenadas por las autoridades, como tentativas subversivas. Más tarde serán disueltas y sustituidas por el Consejo de Regencia, nueva autoridad del Reino, que mantuvo las relaciones de inequidad entre españoles y americanos.

La historia relata que la reasunción de la soberanía, rompió con la doctrina absolutista del origen divino del poder regio que estaba vigente hasta ese momento en el pensamiento canónico⁶⁷. Por las circunstancias y sin que nadie se lo hubiese propuesto, la soberanía repentinamente recayó en la sociedad, aunque de manera provisional en aquel momento, haciendo que la política se abriera a todos los actores sociales, y con ello también surja el problema de la representación. A esto hay que sumar las demandas de igualdad política de los criollos americanos frente a los peninsulares, todo lo cual acrecentó las demandas de reestructuración del sistema político. Las Juntas se transformaron en un inesperado espacio político

⁶⁷ “A estas tierras también había llegado los efectos de la querrela de las investiduras (confrontación de las dos Espadas: el poder temporal y el poder divino) que en el Renacimiento significó la superación de la filosofía de SAN AGUSTÍN que sostenía el origen divino del poder temporal, por la filosofía de SANTO TOMÁS DE AQUINO que pone el acento en la capacidad de la razón para explicar los fenómenos de la naturaleza y los poderes temporales. SANTO TOMÁS sostiene que es la ley eterna la que preside todo el orden de la creación y consiguientemente, la ley natural no es sino el reflejo de aquella en las cosas creadas, sin que ello sea óbice para la existencia de la ley humana que ha de regir la vida del hombre en sociedad. Con esto, quedaba establecido que lo que distingue al hombre es la racionalidad, que implicaba sociabilidad; y que la ley no se fundamenta en la Cristiandad sino en ese origen comunitario que busca el bien común, por lo que cabe igualmente entre los paganos la existencia de la autoridad y el deber de obediencia” (SÁNCHEZ FERRÍZ, 2005, p. 51).

representativo⁶⁸ que antes no existía, y por ende, a la politización de la esfera pública.

Las Juntas entendieron lo ocurrido en Europa como la ruptura del pacto entre el Rey y los súbditos, lo que trasladaba la soberanía al pueblo. Desconocieron la autoridad de la Regencia y rechazaron la desigual representación que se ofrecía a los americanos para participar en la instancia que definiría el rumbo político de la monarquía española.

Antes del estallido de la insurrección ya se habían iniciado en veintidós ciudades las elecciones de los diputados que representarían a la Nueva España en las Cortes del Reino y, al sancionarse la Constitución en 1812⁶⁹, esta fue juramentada y aplicada en numerosas provincias de la Nueva España. Surgiría, con esto, la primera noción de representación política, la misma que actuó en dos frentes: ante las Cortes de Cádiz –participando en la elaboración de la Constitución de Cádiz aprobada en 1812, a través de Mejía, Matheu, Olmedo y posteriormente Rocafuerte, a raíz de la muerte de Mejía; y en la elaboración de la Constitución quiteña de 1812, también liderada por los nobles quiteños.

⁶⁸ Las Juntas americanas se formaron por diputados electos que, aunque no alcanzaron a ser parte de la Junta Central en España porque pronto fueron disueltas, dejaron sentada la posibilidad de ejercicio de la representación soberana.

⁶⁹ La primera Junta de Gobierno Autónoma se organizó en Quito el 10 de Agosto de 1808 y es conocida como ‘el Primer Grito de la Independencia’, liderada por Juan Pío Montufar marqués de Selva Alegre. La segunda Junta de Gobierno se conformó en 1810 por Carlos Montufar comisionado regio, el Obispo de Quito Cuero y Caicedo y el conde Ruiz de Castilla. Una tercera Junta fue conformada mediante elección representativa de tres estamentos: el clero, la nobleza y el pueblo llano, saliendo como representantes Manuel Zambrano por el cabildo secular, Francisco Rodríguez Soto por el eclesiástico; los doctores José Manuel Caicedo y Prudencio Báscones por el clero; el marqués de Villa Orellana y don Guillermo Valdivieso por la nobleza; y por los barrios don Manuel de Larrea, don Manuel Matheu y Herrera, don Manuel Merizalde y el alférez real don Juan Donoso. Las Juntas de Gobierno se caracterizaron por estar organizadas y conformadas por nobles criollos; de estas se excluyó a los ‘chapetones’ dado que su aspiración máxima era alcanzar una administración autónoma de la metrópoli española. Los miembros de las Juntas de Gobierno debatieron ampliamente sobre la institucionalidad de la nueva República del Ecuador. Casi todos fueron ejecutados por las fuerzas realistas.

Aunque ni una ni otra entrarán en vigencia, dejaron establecido el camino de asunción de la soberanía popular, la representación en nombre del pueblo y la división de poderes. Pero también quedó consagrada la presencia de la Iglesia Católica en la República⁷⁰, la ciudadanía limitada a la capacidad económica y a la condición cultural de los ciudadanos, el también limitado reconocimiento de derechos ciudadanos, y la exclusión de las grandes mayorías de la población del proyecto político y económico de la República, en especial de los indígenas.

Esto lo concretará Bolívar con la conformación de la Gran Colombia, en donde se delinea de manera más específica la forma de Estado, que luego se refleja en las primeras repúblicas independientes.

Pero, adicionalmente, en este momento surgirá otra realidad característica de los estados hispanoamericanos, vista ya en la colonia: el pluralismo cultural, político, económico y jurídico.

El pluralismo se dio en dos dimensiones: la convivencia entre el orden monárquico y el emergente orden republicano, y la convivencia entre el orden republicano y el orden que regía entre los pueblos indígenas. Hago esta distinción porque, aunque se entienda que en la República de los Indios regían las leyes monárquicas, siempre existió un espacio propio de los indígenas que operó tanto en la Colonia como en la República, aún en nuestros días. Espacio que nunca fue asumido como elemento constituyente del Estado, y que por no haber sido resuelto en toda la historia republicana requiere ser afrontado de manera definitiva como precondition para emprender nuevos causes para nuestros países, nuestras democracias y nuestro progreso como pueblo.

⁷⁰ Hasta la revolución alfarista de 1895 la Iglesia Católica Apostólica y Romana tendrá una trascendental presencia en la República. Todas las constituciones consagraron un artículo de reconocimiento exclusivo a su favor, establecieron representación eclesial en el Consejo de Gobierno y en las Juntas de Electorales. Cuando las constituciones establecieron normas pétreas estas se referían, en todos los casos, a la norma de protección del Estado a la Iglesia Católica, y en algunos casos, a la norma que establecía la forma de gobierno.

Las repúblicas nacerán, entonces, como Estados de convivencia entre la tradición y la modernidad, obstaculizándose y anulándose mutuamente; formando de esta manera una sociedad que opera como un triangulo, no solo en la dimensión jerárquica que representa un triangulo, sino más que nada, en su carácter tridimensional, compuesto, en un lado, por las elites monárquicas, criollas e intelectuales; en el otro, por el clero y las fuerzas armadas; y, en el otro, por los indios, negros y otros marginados. Todos viviendo juntos pero de espaldas. Esta será nuestra historia.

La tradición será sostenida tanto por los rezagos de las instituciones y relaciones coloniales como por los sistemas de vida de los pueblos indígenas. La modernidad será impulsada por los círculos económicos, políticos y culturales portadores de ideas liberales y revolucionarios, quienes tenían a favor su presencia en esferas del poder político y estatal, y las presiones externas que pugnaban por el desarrollo de la economía capitalista, pero que a la vez, al irse transformando en los imperios del siglo XX, fijaban para nuestros países el rol de abastecedores de materias primas de dentro de la economía mundial, tal como ya había ocurrido en la Colonia.

En la fase independentista, el pluralismo se dará en el campo de la política, con la convivencia de la autoridad monárquica y los frentes de resistencia al poder monárquico, que tomaban poder decisorio día tras días. Se dará en el campo de la economía, con la convivencia de la producción tradicional colonial basada en la propiedad latifundista, fundamentalmente, y la emergente economía capitalista representada por los exportadores guayaquileños. Se dará en el campo cultural con la convivencia de una cultura de corte aristocrática que identificaba a colonos españoles y criollos que se reproducía en círculos de mestizos; la cultura liberal republicana que abarcaba a algunos círculos económicos, políticos e intelectuales, y la cultura indígena, afroamericana y tradicional que no podía o no veía como

solución la integración al nuevo orden⁷¹. Se dará también en la convivencia de la legislación monárquica con normas que irán surgiendo en la fase libertaria, y comenzarán a darle forma y contenido.

La convivencia de la legislación colonial y la republicana ocurrió desde el arranque de la República, cuando, en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1830, a más de la Constitución, se expidieron leyes que se remitían a la legislación colonial. Así, observa WRAY (1983-1995, p. 180.), que en la primera ley del Ecuador que regulaba la organización administrativa y distribuía atribuciones entre los funcionarios y departamentos provinciales, “el legislador constituyente mandó que se observase literalmente la ley colombiana de 1825, la cual a su vez se remitía a la dictada por el Congreso de Cúcuta del 2 de octubre de 1821 y esta, por su parte,

⁷¹Aunque la forma como se trató a los indígenas hispanoamericanos quedó determinada desde los Enciclopedistas, TOCQUEVILLE, en el Capítulo X, “Algunas consideraciones sobre el estado actual y futuro probable de las tres razas que habitan el territorio de los Estados Unidos”, de *La Democracia en América*, hace un corto pero cuidadoso análisis del tema. Parte identificando que en Norteamérica conviven tres razas: el blanco, el europeo, el hombre por excelencia; por debajo de él, el negro y el indio. Analiza la condición de los indios de Norteamérica, pueblos cazadores, salvajes, de quienes resaltaré como característica principal su resistencia a integrarse al proyecto colonizador, diciendo que “el indígena en América del Norte conserva sus opiniones y hasta el menor detalle de sus hábitos con una inflexibilidad que no tiene ejemplo en la historia”. Tal resistencia se origina en su voluntad férrea de no renunciar a ser pueblos libres. En una nota cita a GUIZOT, quien en la *Historia de la civilización en Europa* sostiene que en la vida de los indios americanos había algo que recordaba, hasta cierto punto, las costumbres de los antiguos germanos [como] el sentimiento de independencia individual, la idea de libertad personal moderna, instituciones a las que MONTESQUIEU, SAINT-SIMON y BOULANVILLIERS, antes que GUIZOT, habían expresado su admiración. Advierte que las leyes federales no son hechas para los indios y que ellos tampoco se someten a las leyes. Pero, algo que conecta con la realidad hispanoamericana es que entiende al mestizaje como algo que forma un vínculo natural entre la civilización y la barbarie. El mestizaje en Norteamérica se dio en la Guerra de Independencia, cuando angloamericanos de Georgia, que habían tomado partido por Inglaterra, fueron obligados a retirarse entre los indios y se casaron con ellos. El mestizaje abre la posibilidad de encontrar otras salidas, que sin embargo, nunca fueron consideradas. Como acto de asunción, dirá en una nota: “Un gobierno fundado sobre la célebre exposición de los derechos del hombre... ¿puede consentir violar impunemente en los demás esos mismos derechos por los que él combatía entonces? Si unas naciones dependientes se han podido declarar independientes ¿cómo rehusar a naciones que son independientes que lo sigan siendo?” (TOCQUEVILLE. *Ob. Cit.* pp. 539-566).

invocaba la Ordenanza e Instrucción dada en Madrid el 4 de diciembre de 1786". Habrá también una prolongación más extensa de las leyes y costumbres coloniales en la República, en lo que se refiere al tratamiento de los pueblos indígenas.

Pero, adicionalmente, ocurrió, como generalmente pasa con las primeras normas que dan contenido al cambio de Orden, que la nueva legislación, tanto genera el nuevo Orden como abre un campo de tensión y disputa entre fuerzas tradicionales y fuerzas emergentes.

En aquel momento, más que responder a aspiraciones sociales de los sectores y grupos que participaron del proceso independentista ⁷², la legislación grancolombiana se preocupó de establecer las condiciones para una apertura al mercado internacional, beneficiando a las provincias costaneras que producían para la exportación, mientras se desatendió a las provincias del interior, cuya producción artesanal y manufacturera –formada fundamentalmente por mano de obra indígena–, no se encontraba en condiciones de competir con el mercado internacional. Las medidas de libre cambio fueron beneficiosas para el comercio internacional⁷³, pero no para la mayoría de la población.

Por último, otro factor que conjuró el proyecto independentista como un proyecto de élites y no de ciudadanos libres, fue la presión externa que tuvo que enfrentar. Inglaterra condicionó el reconocimiento de la independencia colombiana a la firma del Tratado de Amistad y Comercio, un tratado de adhesión y perpetuo. Esta presión tuvo como objetivo frustrar las posibilidades que tenía la suscripción de tratados de alianza y confederación suscritos entre Perú, Chile,

⁷² Muchos de ellos indígenas y afrodescendientes movidos por sendos compromisos de liberación de cargas tributarias y eliminación de condiciones de esclavitud.

⁷³ Entre ellas constaban: la supresión del sistema de consignaciones comerciales, el establecimiento de plazos para pagar los derechos de introducción mercantil, la habilitación de quince puertos nacionales para el comercio exterior, el establecimiento de tribunales de comercio en todas las capitales de los departamentos y provincias. Gaceta de Colombia 13-VIII-24, 1-VIII-24, 3-VIII-24, 12-IX-24, 24-X-24, 25-VII-24. (Citado en NÚÑEZ, 1992, p. 232).

México y Guatemala a mediados de 1822, y que aspiraban, entre otros asuntos, independizar Cuba y Puerto Rico, ante lo cual Estados Unidos, Inglaterra y Francia acordaron una abierta oposición al proyecto bolivariano. La diplomacia estadounidense aupó la guerra de Perú con Colombia en 1828 a través de su embajador en Lima, quien aseguró al presidente peruano Lamar que en caso de conflicto ellos mediarían favorablemente para su país⁷⁴.

Los conflictos internos generaron facciones que jugaban a favor y en contra del proyecto independentista, y los conflictos externos abrieron frentes de disputa con suficiente fuerza para abortar dicho proyecto. Es en estas circunstancias que Bolívar comienza a tomar opciones: federalismo o estado central⁷⁵, voto universal o voto indirecto mediante electores, pluralismo religioso o una sola religión para el Estado, ciudadanía amplia o limitada al patrimonio y la cultura, democracia o autoritarismo. El proyecto republicano se zanjará en la Gran Colombia y se irradiará hacia las futuras repúblicas en una fórmula de gobierno centralista, representación indirecta, monismo religioso y jurídico, ciudadanía limitada y una democracia formal y autoritaria, haciendo de la soberanía una quimera, de la representación un remedo y del Estado un símbolo.

En el marco de la soberanía nacional, y más delante de la soberanía popular, y de un Estado que proclamaba la igualdad de sus ciudadanos, los indígenas ocuparan siempre posiciones subalternas que de distintas maneras a lo largo de la

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 232-254.

⁷⁵ La primera manifestación de la centralización de Estado se expresó como fruto de las reformas borbónicas que fueron reemplazando la producción textil por la exportación agrícola, consolidando el sistema latifundista (1753-1761). Después de esta administración se dio un vacío de poder por el crecimiento de la fuerza económica y política de los terratenientes criollos y de la Iglesia. El Estado acentuó, entonces, un esfuerzo de centralización. Más tarde, durante la administración del presidente José García de León y Pizarro, se implantó en Quito el régimen de intendencias, que limitaba las autonomías locales y regionales, concentrando el poder en manos de intendentes de diversos niveles, que respondían directamente ante la Corona (AYALA, *En general*, Resumen de la Historia del Ecuador, 2008).

historia respondían al estatus que se les fuera adjudicado en la colonia⁷⁶ (aunque con un fuerte mandato de igualación y unificación), lo que cada vez complicaría más sus condiciones de vida y sus proyecciones históricas, al enfrentarse a la disyuntiva de transculturizarse o sucumbir al tutelaje estatal, que por mucho tiempo fue tutelaje clerical.

1.1.3. Igualdad minoritaria y mayoría desigual. El sello de la historia y de la cultura

1.1.3.1. La construcción de la igualdad

La conformación de la República por un grupo minoritario caracterizará al Estado de derecho ecuatoriano. La concepción de igualdad ciudadana, fundamental para poner en acción el sistema democrático y el ejercicio de derechos fundamentales será trabajada en estas tierras, entre desatinos y marcas históricas.

Para analizar este punto, vuelve a ser útil la mirada de TOCQUEVILLE, para efectos de comprender de mejor manera el lugar y las condiciones desde donde tomaron las opciones políticas, los independentistas de estas tierras. TOCQUEVILLE advierte que entre los emigrantes que se establecieron en las costas de Nueva Inglaterra reinaba una gran igualdad, factor que considera, impidió que surgiera el ‘germen de la aristocracia’, aunque se mantuvieran fuertes influencias intelectuales expresadas en una reverencia a ciertos nombres como emblemas de

⁷⁶ El estatus jurídico del indio en la Colonia resulta de la concurrencia de tres categorías jurídicas coloniales: el estado de rústico, de persona miserable, y de menor de edad. La rusticidad es la falta de participación en la cultura letrada. Los rústicos podían guiarse en materias privadas conforme a sus costumbres. Es miserable quien no valiéndose por sí mismo socialmente, requería de un amparo especial (indígenas, huérfanos, viudas). El menor de edad tenía una limitación de la razón humana y no era gente de razón plena. Esta categorización produce un verdadero estatus de etnia (CLAVERO, 1994, *también* HESPANHA, 1993; CASTAÑEDA, 1971; OLIVEROS, 1967).

la cultura y las virtudes. En esa parte del continente, dice el autor, se veían ricos propietarios territoriales, pero su influencia no era precisamente aristocrática como se entiende en Europa, puesto que no poseían ningún privilegio y el cultivo por esclavos no creaba arrendatarios y, por consiguiente, tampoco les daba patronazgo (TOCQUEVILLE, 2010, p. 172).

Pero inclusive esto fue disuelto en Norteamérica. Para TOCQUEVILLE, la ley sobre las sucesiones⁷⁷ representa el último paso hacia la igualdad. Las leyes que sustituyen el derecho de primogenitura –dentro del cual las posesiones territoriales pasan de generación en generación sin dividirse, y la familia representa la tierra y viceversa, por el derecho de reparto igual, destruyen el nexo existente entre el espíritu de la familia y la conservación de la tierra. La tierra deja de representar a la familia al no poder evitar ser repartida al cabo de una o dos generaciones. Como efecto, una vez divididas las grandes propiedades territoriales no se rehacen nunca ya que el pequeño propietario obtiene proporcionalmente más renta de su campo que el gran propietario del suyo. Por tanto, lo vende más caro que este. Así los cálculos económicos que han llevado al hombre rico a vender sus vastas propiedades le impedían, con mayor razón, comprar otras pequeñas para rehacer las grandes⁷⁸.

De esta manera, el jurista francés demuestra que la ley de sucesiones acabó por destruir las influencias locales. Sesenta años más tarde de la aplicación de la ley de sucesión en Norteamérica, TOCQUEVILLE constataba que su sociedad era

⁷⁷ Para TOCQUEVILLE, las leyes de sucesiones, aunque pertenecen al orden civil, deberían estar situadas a la cabeza de todas las instituciones políticas ya que influyen increíblemente en el estado social de los pueblos... El legislador regula una vez la sucesión de los ciudadanos y descansa durante siglos, dice. Dado impulso a su obra, puede retirar la mano, el mecanismo actúa por sí mismo hacia la meta que previamente se le había señalado. Constituida de cierta manera, reúne, concentra, agrupa la propiedad, y poco después el poder, en algunas cabezas. Hace surgir, de algún modo, la aristocracia de la tierra (*Ibid.*, p. 181).

⁷⁸ Las leyes de sucesión contribuyeron a debilitar socialmente la aristocracia inglesa de Irlanda (*Ibid.*, p. 184).

irreconocible pues casi todas las familias de grandes propietarios territoriales habían desaparecido en el interior de la masa común, y que sus hijos eran, en ese momento, comerciantes, abogados o médicos; desintegrando, como consecuencia, la última huella de las clases sociales y las distinciones hereditarias.

En la República ecuatoriana que nace de la independencia en donde se ven grandes propietarios territoriales entre el Clero, los colonos españoles y los criollos, no existe nada parecido a la Ley de sucesiones a la que se refiere TOCQUEVILLE. Por el contrario, aunque se pugnó por la expropiación de los grandes latifundios de la Iglesia, el régimen de propiedad y de sucesiones se manejó bajo las normas del Código Civil que fuera elaborado por el criollo venezolano Andrés Bello mientras residía en Chile, y adoptado por el Ecuador en 1860⁷⁹. El Código Civil, que tiene como base jurídica el derecho romano y su inspiración en el Código de las Partidas, el Código napoleónico y la obra de García Goyena, trata la materia sucesoria regulando la sucesión intestada y testamentaria, el derecho de representación fijado por ley, la indignidad, desheredación y otras incapacidades. La tendencia de representación por estirpe quedó garantizada. Como dirá Pérez Guerrero, sistemático comentarista ecuatoriano del Código Civil a mediados del Siglo XX, se trata de un 'Código de los Propietarios'.

Las normas de sucesión, por tanto, aseguraban el derecho de familia y de propiedad a partir del derecho de estirpe, lo que favoreció la propiedad tradicional en todas sus dimensiones. La economía ecuatoriana, por tanto, no contará con ninguna institución que estimule su transformación y modernización; las nuevas actividades productivas, a las que hicimos referencia en líneas anteriores, tendrán

⁷⁹ Recordemos que la codificación representa un fenómeno de contenido jurídico, cultural y político trascendental tanto para la unificación jurídica como para la expansión de la sociedad burguesa. Los códigos, como lo sostiene BARÓ, sin representar una innovación jurídica –en tanto se componen del derecho tradicional–, representan un efectivo mecanismo de conservación y fijación del derecho privado, que adicionalmente dan acogida a las nuevas instituciones que surgen del Estado Moderno (BARÓ, 1993).

una tibia incidencia en la economía tradicional que se perpetuará por largo tiempo en la historia ecuatoriana.

Si el Código Civil no estimuló la transformación económica de la nueva República, tampoco la democratizó, como sí ocurrió en Norteamérica con la Ley de Sucesiones. TOCQUEVILLE mira que la Ley de Sucesiones estimuló el espíritu democrático. Con esto, entiende que la democracia constituye el estado social de Norteamérica, mientras que el dogma de la soberanía del pueblo, su derecho político.

Según el magistrado francés, la soberanía popular no está oculta ni es estéril como en ciertas naciones; es un hecho legal y todopoderoso que rige la sociedad entera. Esta surgió del municipio y se apoderó del gobierno. Todas las clases se comprometieron con su causa. Se combatió en su nombre. Se convirtió en ley de leyes. Las leyes más democráticas fueron votadas por los hombres a cuyos intereses más lesionaban. El Estado de Maryland, que había sido fundado por grandes señores, fue el primero en proclamar el sufragio universal e introdujo las formas más democráticas en el conjunto de su gobierno⁸⁰.

De esta manera, Norteamérica se conforma sobre la base de una igualdad social no vista en otros lugares. Una sociedad de iguales vinculados por el interés individual de progreso material y económico, y amalgamada por una democracia representativa, una idea fuerte de soberanía popular, un régimen de sucesiones favorable a la propiedad productiva y una religiosidad que respondía a un espíritu protestante.

Nada de esto tuvo lugar en estas tierras. El conjunto de elementos relacionados con el estado social de la Real Audiencia de Quito al momento de la Independencia, revisados en líneas anteriores, lejos de impulsar un sólido sistema

⁸⁰ Enmiendas de 1801 y 1809 a la Constitución de Maryland (TOCQUEVILLE, *En general*, 2010).

democrático representativo, de defender una idea fuerte de soberanía popular, de promover una ciudadanía con aspiraciones de progreso, una economía que genere nuevos actores económicos y sociales, prolongaron instituciones patriarcales y feudales, sostuvieron liderazgos tradicionales y caudillistas, concentraron para sí los beneficios del nuevo Estado, y extendieron las inequidades para la gran mayoría de la población. Se configuraba, contrario a la experiencia norteamericana, un estado social elitista y autoritario que ha subsistido en la historia, caracterizando y poniéndole una impronta en la historia republicana del Ecuador.

Con esto, si para los criollos significó la República una ruptura con el tiempo colonial, para los pueblos indígenas no significó sino la prolongación de su estado de exclusión, experimentado con fuerza desde la Colonia. Es más, lo referente al tratamiento de los indígenas es, probablemente, el único campo que tiene semejanza con la experiencia norteamericana.

En Norteamérica, la igualdad construida entre los migrantes europeos y sus descendientes, no abarcaría a los indígenas norteamericanos, ni a los esclavos, bajo el argumento de su resistencia a incorporarse a la 'civilización'. TOCQUEVILLE mira que en Norteamérica existen tres razas conformadoras de la sociedad norteamericana: la blanca, la india y la negra. Razas que conviven pero que no se juntan; tres razas superpuestas⁸¹.

⁸¹ El planteamiento de las 'razas superpuestas' será muy influyente en el Ecuador para establecer la relación Estado-pueblos indígenas. HURTADO, en *Dos Mundos Superpuestos*, resalta la marginalidad y la incapacidad de autodeterminarse del indígena, la inexistencia de relaciones interétnicas entre blancos, mestizos e indios. Su tesis apuntaba a fortalecer y afirmar la política de integración del indígena al ámbito nacional bajo criterios desarrollistas y modernizantes (HURTADO, *En general*, 1969). El sociólogo brasileño FERNANDES, sostiene que la 'revolución burguesa', fomentando la universalización, la consolidación y la expansión del orden social competitivo, solo benefició, colectivamente, a los segmentos blancos de la población. Todo pasó, históricamente, como si hubieran existido dos mundos humanos continuos, pero estancos y con destinos opuestos (FERNANDES, 2015, p. 83).

Es claro, cuando vemos en Norteamérica que pese a que se celebran pactos entre la Federación norteamericana y algunos pueblos indígenas estos últimos nunca hicieron parte del Gran Pacto que formó la Unión Norteamericana en 1787, al aprobar la Constitución de Filadelfia⁸². El Pacto fue obra de los migrantes europeos asentados a lo largo del territorio norteamericano, quienes, en condiciones de igualdad, asumieron la democracia como forma de gobierno y el federalismo como forma de Estado. La democracia, y con ello la estructura política que la soporta, es viable en una sociedad de iguales, esto es, en una sociedad que alcanza una situación de igualdad formal y simbólica que actúa por sobre, y a pesar de, quienes no logran, o se ven impedidos a integrarse a tal condición de igualdad.

Con todo esto, TOCQUEVILLE verá que las condiciones físicas, el interés y la religión, unidos a una teoría de la historia, constituyen el armazón de todo el sistema de la 'Democracia'⁸³.

Pero, no nos engañemos, el magistrado francés no hablaba de una sociedad ideal, ni mucho menos perfecta al describir el estado social norteamericano, o la democracia, o la vivencia de la soberanía popular. Por el contrario, reconoce que en las democracias, la igualdad penetra cada aspecto de la vida, lo que resulta en

⁸² Norteamérica aplicó desde el Siglo XVIII la política de limpieza étnica que fuera iniciada por George Washington, seguida por Jefferson y sostenida por sus sucesores. Washington expresaba que "La extensión gradual de nuestros asentamientos provocará la retirada tanto del lobo como del salvaje; ambos son animales de presa, aunque sean distintas sus formas". A la limpieza étnica de los iroqueses le siguió la limpieza étnica de los Cherokees, Chickasaws, Chocktaws, Creeks y Seminolas; pronto les llegará el turno a los Lakota, y en breve a los Sioux, Arapahoe, Cheyenne, Kiowa, Comanches, Apaches, Navajos, etc. Los tratados con los indios fueron sistemáticamente violados. De los trescientos mil indios que habitaban los Estados de Georgia, Tennessee, Alabama y Misisipí, en 1830 quedaban setenta y cinco mil individuos. En documentos legislativos revisados por TOCQUEVILLE encuentra el dato de que "En los trece Estados originales solamente quedan seis mil doscientos setenta y tres indios" (documento legislativo, 20 congreso, no. 117, pág. 90, citado en TOCQUEVILLE, 2010).

⁸³ Su análisis en este punto será tan sesudo como exacto, delineando lo que será la evolución de la sociedad norteamericana erigida sobre el tipo democrático que describe (*Ibid.*, 2010, p. 46).

una pesadilla democrática por cuanto en ella se combinan la tiranía de la opinión pública, la concentración exclusiva en el bienestar y la apatía política. Ve en esto que al final de la historia aparece un mundo sin sociedad, un individuo sin individualidad, un Estado todopoderoso que separa a los ciudadanos los unos de los otros y que promueve la ausencia de ideas y sentimientos compartidos, cuando precisamente, sostiene, que una sociedad se construye sobre la base de ideas, experiencias y sentimientos compartidos. Nada tan actual como el diagnóstico del filósofo francés.

Esto lo entiende como el surgimiento de un nuevo despotismo que tienen todas las características de un nuevo estado de naturaleza. En ese nuevo despotismo, dirá, la sociedad desaparece y pierde su fuerza como creadora de cambio y filtro protector de la acción estatal. El individuo se encuentra aislado frente a la acción del poder político, que, de ser la expresión del estado social, pasa a ser su amo y tutor, hasta que no quedan frente a frente más que el individuo aislado y el todo. En tal sentido, el despotismo democrático es a la vez la exaltación del individuo y de la sociedad, doble forma de estado de naturaleza en la que los hombres se relacionan casi exclusivamente a través de la fuerza matemática de los intereses y su más fiel expresión que es el dinero, y donde la sociedad impone a sus miembros opiniones con un peso invencible e inusitado.

Mira que la lógica de la razón invade el corazón del hombre eliminando muchas de sus pasiones y cambiando algunos de sus sentimientos, transformando, por ejemplo, su egoísmo en individualismo. El Estado, por su parte, se ayuda del primer principio racional, que es el de la unidad, la centralización, imponiendo sus formas y opiniones con una eficiencia y rapidez desconocidas. El despotismo democrático aleja a los hombres de la práctica política y promueve la búsqueda del

bienestar material. Separándoles de sus semejantes, cercena el fluir de ideas y opiniones que nutre la sociedad y la historia⁸⁴.

Con todo esto, la experiencia norteamericana enseñó que la democracia actúa entre iguales, independientemente de que estos constituyan, o no, un porcentaje significativo del total de la población, en el espacio y tiempo del Estado de Derecho. Esto, tal vez, es lo único que fue asumido en toda su extrema y dramática dimensión por los procesos políticos iberoamericanos, con consecuencias históricas nefastas.

El Ecuador republicano de 1830 se inauguró, de manera común a otros estados: estableciendo una base de sujetos del derecho, sujetos igualados sobre la idea de ciudadanía⁸⁵, esto es, de valores que cumplían requisitos de edad, propiedad, capacidad monetaria, profesión, autonomía y cultura. Pero, a diferencia de Norteamérica y Europa, donde en tales requisitos cabían un significativo número de personas dentro del conjunto de la población, en nuestro caso ese alcance fue extremadamente minoritario, haciendo imposible el germen de la democracia y la vigencia de la soberanía popular, aunque formalmente se proclame el sometimiento de la ciudadanía a la Constitución y las leyes, el respeto a las autoridades, la contribución al gasto público y la defensa de la Patria.

⁸⁴ Para TOCQUEVILLE, la circulación de ideas es a la civilización lo que la circulación de la sangre es al cuerpo humano; y el despotismo interrumpe esa circulación, creando una sociedad de solitarias moléculas sociales. En esto, veía que el viejo despotismo era realista, se basaba y empleaba los hechos, oprimía el cuerpo y el alma se le escapaba. El nuevo despotismo es ideal, deja el cuerpo en libertad y oprime el alma (*Ibíd.*, pp. 99-101).

⁸⁵ Hasta la constitución de 1884 se mantuvo como requisitos de ciudadanía ser varón, saber leer y escribir, ser casado y mayor de veintiún años, con algunas variantes entre una y otra constitución decimonónica. Las constituciones de 1897 hasta la de 1967 consideró ciudadano al mayor de dieciocho años unas, y mayor de veintiún años otras, así como saber leer y escribir. La constitución de 1979 establece como único requisito de ciudadanía ser mayor de dieciocho años, mientras las constituciones de 1998 y 2008 establecen que todos los ecuatorianos son ciudadanos.

En definitiva, aunque la República nace del intento confederativo gran colombiano de Bolívar, esta terminará en la formación de Estados nacionales centralistas urgidos de fortalecerse institucionalmente tanto para impedir un posible retorno del poder colonial como para consolidar su frágil legitimidad asentada en un pacto social de élites que no alcanzó ni a romper con el poder eclesial ni a incorporar a nuevos sectores sociales.

Según WRAY (1983-1995, p. 200), el pueblo habilitado para participar en el ámbito público no fue más del tres por ciento de la población en 1852. Esto dejaba por fuera, no solo a un gran número de mestizos conformados por artesanos, pequeños comerciantes y pequeños agricultores; lo más dramático representó, ya en esos momentos, la exclusión de los indígenas que constituían más del cincuenta por ciento de la población de ese entonces⁸⁶. Así, una facción minoritaria de la élite política y social criolla, facciones de la Iglesia Católica propietaria de grandes extensiones de tierra, grandes propietarios y exportadores del puerto de Guayaquil y facciones entre los militares, orquestaron, dirigieron y concibieron la ruptura con la Corona española. Sus privilegios se impusieron a los de la mayoría poblacional que quedó, a partir de aquí y a lo largo de la historia republicana, en condiciones de desigualdad, consolidando una estructura social claramente estratificada compuesta por una minoría igual, una mayoría desigual y pocos estratos medios con posibilidades de ascenso social. Los indígenas siempre estarán entre los más desiguales.

⁸⁶ Para 1780, la población de Quito se conformaba de la siguiente manera: indios: cuarenta y dos mil doscientos cuatro; blancos: veinticuatro mil quinientos veintinueve; vecinos: cinco mil seiscientos cincuenta y siete (MINCHOM, M. "La evolución demográfica del Ecuador en el siglo XVIII". *Cultura*, Vol. VIII. No. 24b, ene.-abril 1986. p. 480. *Citado en* ORTIZ, 1995).

1.1.3.2. La disputa del Nuevo Mundo y la marca de sangre: Los indios olían a ‘leche agria’ y los negros a ‘almizcle’⁸⁷

El Estado ecuatoriano como orden social y político general, y el concepto de igualdad dentro de él, se forjó sobre determinadas ideas que circularon entre Europa, América del Norte y las colonias españolas en América en los siglos XVII, XVIII y XIX, así como en un largo y conflictivo proceso de transformaciones tanto en España como al interior de la Real Audiencia de Quito.

En el siglo XVII, el enciclopedismo europeo sería autor de grandes obras de historia latinoamericana. Entre estas las de VOLTAIRE, *Essai sur les mœurs* (1748-1751); BUFFON y sus colaboradores, *Histoire naturelle, générale et particulière* (1749); RAYNAL y sus colaboradores, *Histoire philosophique et politique des établissements & du commerce des Européens dans les deux Indes* (1770); y DEPAUW, *Recherches philosophiques sur les Américains* (1768-1769)⁸⁸. En conjunto, estas obras dibujan al Nuevo Mundo, a su naturaleza y su gente, como un mundo que representa unos ‘no valores’, una ‘no cultura’, que para la Europa ilustrada significan una pesadilla y no una gloria.

Para BUFFON, la inferioridad de los indios se explicaba por “la breve historia de sus pueblos y la facilidad con la que fueron conquistados”. Para DEPAUW, el clima americano era la causa de la inferioridad física y mental de los indios, a quienes veían a la vez como niños y como degenerados. Para RAYNAL, América era un continente decrepito, y los indígenas, en gesto de condescendencia, eran el buen y feliz salvaje, lo que hacía del continente americano opuesto al europeo. En fin, para VOLTAIRE, se explicaba la inferioridad de América debido a su geografía pantanosa, poblada por naturales estúpidos e indolentes, cuya inferioridad se

⁸⁷ Así describía el olor de indios y negros Pedro Pérez Muñoz, Andaluz, Alcalde de segundo voto de Quito, elegido en 1797, a quien por su ferviente y activa defensa de la causa realista se le confiscaron todas sus propiedades.

⁸⁸ KOHUT, 2006.

demostraba, entre otras cosas, porque eran lampiños y fáciles de ser dominados por hombres de barba y pelo en pecho como los europeos. No obstante, expresó admiración por la cultura de los aztecas y los incas (KOHUT, *En general*, 2006).

Este imaginario construido sobre América Latina por los enciclopedistas quedará escrito para el resto de la historia y marcará un determinismo que se verá replicado una y otra vez como marca de sangre para sus Estados.

La visión denigrante del mundo americano se reflejará más tarde en la *Filosofía de la historia* de HEGEL, entendiendo que “ciertas regiones como el Caribe revelarían, en su geografía misma, cierta inmadurez”. Su cultura, que habría permanecido en un estado natural, “había de perecer tan pronto como el espíritu se acercara a ella”. Los americanos, sostenía, “viven como niños, que se limitan a existir, lejos de todo lo que signifique pensamientos y fines elevados”. Para HEGEL:

América se ha revelado siempre y sigue revelándose impotente en lo físico como en lo espiritual. Los indígenas, desde el desembarco de los europeos, han ido pereciendo al soplo de la actitud europea. En los animales mismos se advierte igual inferioridad que en los hombres. La fauna tiene leones, tigres, cocodrilos etc.; pero estas fieras, aunque poseen parecido notable con las formas del viejo mundo, son, sin embargo, en todos los sentidos más pequeños, más débiles, más impotentes (HEGEL, 2005, p.171).

La respuesta a este imaginario europeo se expresó en estas tierras en lo que se puede denominar como ‘la emergencia de una conciencia criolla’, primera forma de conciencia nacional, que se irá constituyendo en un consistente espacio de ‘Disputa del Nuevo Mundo’, como lo catalogaría Antonello Gerbi, al referirse a la obra del jesuita Francisco Javier Clavijero que en la segunda mitad del siglo XVIII escribiera la *Historia antigua de México*⁸⁹; tal como lo haría poco después el jesuita ecuatoriano Juan de Velasco respecto de la historia del Ecuador.

⁸⁹ El historicismo de CLAVIJERO y VELASCO hacen parte de un conjunto de obras elaboradas por jesuitas iberoamericanos, entre las que tenemos: *Instituciones Teológicas e Historia de la compañía de Jesús en la Nueva España*, de FRANCISCO XAVIER ALEGRE; *Los tres siglos de México*, de ANDRÉS CALVO; *Rusticatio Mexicana*, de RAFAEL LANDÍVAR; *Compendio de la*

La disputa del Nuevo Mundo, en Quito, no solo habría de librarse frente al poder monárquico sino también frente a ilustrados enciclopedistas europeos que, aunque realzaban el descubrimiento del Nuevo Mundo como el hecho mayor en la historia de la humanidad por la conciencia que se alcanzaba sobre el globo terrestre en su totalidad, remarcaban las diferencias geográficas y culturales como defectos y no como virtudes.

La intelectualidad quiteña confrontó a las posturas de BUFFON, DEPAUW, RAYNAL, VOLTAIRE y ROBERTSON que sostenían la intrínseca superioridad europea sobre América.

Historiadores ecuatorianos como OSCAR EFRÉN REYES y EDISON M. NÚÑEZ⁹⁰; JORGE NÚÑEZ, 1992; ENRIQUE AYALA, 2008; NEPTALÍ ZÚÑIGA, 1985; CARLOS PALADINES, 2007, principalmente, coinciden en sostener que la conciencia nacional ecuatoriana se forjó en el siglo XVIII sobre la base de una ‘conciencia histórica’ de quiteñismo alimentada con la historiografía del jesuita riobambeño Juan de Velasco y la geografía dibujada por el también riobambeño Pedro Vicente Maldonado.

*La Historia del Reino de Quito*⁹¹, demostraba que el mundo americano no era una invención de Europa sino un mundo en sí, con una naturaleza espléndida y una cultura particular.

Por su lado, la cartografía ecuatoriana elaborada por Pedro Vicente Maldonado aportaría a la emergencia de una “conciencia geográfica” respecto del

historia geográfica, natural y civil del Reino de Chile y Ensayo sobre la historia natural de Chile, de JUAN IGNACIO DE MOLINA, entre otras. Estas obras tienen en común que buscan resaltar las riquezas, fecundidad y creatividad americanas, que contrarreste el historicismo de las obras de VOLTAIRE, BUFFON, RAYNAL y DEPAUW.

⁹⁰ (KOHUT, 2006)

⁹¹ Juan de Velasco hace parte de los jesuitas expulsados de las colonias españolas en América en 1767, quienes, convencidos de que las teorías de BUFFON, DEPAUW y otros, justificaban el colonialismo europeo, se empeñaron en el rescate intelectual del pasado histórico de su patria americana y en el análisis erudito de los recursos y riquezas del nuevo continente (NÚÑEZ, 1992, p. 38).

territorio quiteño. En conjunto, conciencia histórica y conciencia geográfica prefiguraron la conciencia nacional que en sus inicios se expresó en el surgimiento de un sentimiento autonomista asentado en varios factores internos y externos: las rivalidades forjadas en un largo tiempo entre españoles y criollos⁹² respecto del manejo de las colonias, las resistencias internas frente a las reformas borbónicas que afectaban la economía criolla, la crisis económica del siglo XVIII, la revolución industrial británica y la Revolución Francesa, entre otros.

Cuando la corriente autonomista comenzó a prefigurar el independentismo, EUGENIO ESPEJO⁹³, mestizo formado en universidades de las órdenes religiosas que quedaron luego de la expulsión de los jesuitas (1767), arremetió en contra de los enciclopedistas europeos disputando la noción de universalismo, para favorecer la conciencia nacional. En su “Discurso a la Sociedad Patriótica” denunció: “Desde tres siglos ha, no se contenta la Europa de llamarnos rústicos y feroces, montaraces e indolentes, estúpidos y negados a la cultura. ¿Qué les parece, señores, de este concepto?... ¿Creeréis, señores, que estos Robertson, Raynal y Pauw digan lo que sienten? ¿Que hablen de buena fe?... El objeto de otros que nos humillan es diverso...”⁹⁴.

Para EUGENIO ESPEJO, el quiteño, concebido como nación y ente universal “...lo abraza todo, todo lo penetra y todo lo alcanza. ¿Veis, señores, infelices artesanos, que agobiados con el peso de su miseria, se congregan las tardes en

⁹² Mientras los españoles asentados en estas tierras eran denominados ‘chapetones’, por criollos se conoce a los descendientes de españoles nacidos en estas tierras, quienes llegaron a ser tratados con sospecha por los agentes del reino por su manejo de la colonia. En esta clase se había asentado el principio de que las leyes monárquicas para la colonia ‘se acatan pero no se cumplen’.

⁹³ La vasta formación de ESPEJO le llevó a formular el primer estudio científico sobre las viruelas –“Reflexiones sobre las viruelas”–, y a proponer la utilización de las vacunas. Fue uno de los más duros críticos de la Ilustración europea, pese a compartir algunas de sus teorías políticas y económicas. Abogó por la educación de los jóvenes en quienes veía la liberación de la ignorancia cultivada por la Corona.

⁹⁴ NÚÑEZ, *Mejía: portavoz de América (1775-1813)*, 2008, p. 18.

las cuatro esquinas a vender los efectos de su industria y labor? Familiarizados con la hermosura y delicadeza de sus artefactos, no nos dignamos a prestar un tibio elogio a la energía de sus manos, al numen de invención que preside en sus espíritus, a la abundancia de genio que enciende y anima a Todos y cada uno de ellos, sin lápiz, sin buril, sin compás, en una palabra, sin sus respectivos instrumentos, iguala sin saberlo, y a veces aventaja al europeo industrioso de Roma, Milán, Bruselas, Dublín, Ámsterdam, Venecia, París y Londres [...] El quiteño de luces, para definirle bien, es el verdadero talento universal”⁹⁵.

Espejo, en su firme apelación a favor de la Independencia de España, defendió abiertamente a los indios de América, así como articuló discursos de defensa sobre temas de género y mestizaje asentados en un pensamiento liberal sosteniendo que en la nación quiteña debía imponerse la felicidad, la libertad, el bienestar y la justicia, y los hombres, con lo que los pueblos tendrían la audacia de pensar y obrar por sí mismos, bajo el imperio de la razón y la búsqueda del bienestar y de la felicidad (PALADINES, 2007, 19). Tal empresa solo era posible rompiendo las barreras construidas por la dominación española que impedían el acceso al conocimiento y a la búsqueda de la verdad.

Conciencia geográfica, conciencia histórica, ideales alimentados por la Ilustración y aspiración autonomista de las élites locales serán, desde ese entonces, la materia generadora de una identidad nacional que nacería con el pecado original de la inferioridad natural y cultural de la mayoría de su población, lo que llevaba a mantener la mirada hacia el norte civilizado; máscara que representaba no un juego de encantos sino una representación indigna y caricaturesca del verdadero Ser. Civilizado y primitivo, ilustrado y rústico, superior e inferior, norte y sur, serán desde entonces las dicotomías que definen las relaciones entre Europa y el Nuevo Mundo, y más tarde, entre Europa y las nuevas repúblicas, así como al interior del Estado nacional.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 19.

1.2. Cultura nacional: la exclusión del derecho a la propia cultura

El fundamento de la soberanía en la existencia de un pueblo que comparte un pasado y cultura común –idea sobre la cual se articularon los estados en Europa y en Estados Unidos de Norteamérica, en los siglos XVII y XIX, será reinterpretada en los nacientes Estados latinoamericanos en la idea de una nación en construcción. De aquí la importancia de proclamar la existencia de la cultura nacional significada y unificada en el Estado.

Ya en la Gran Colombia se advertía la dificultad de integrar políticamente un territorio sumamente extenso, de difícil comunicación, sumando regiones disímiles y hasta opuestas entre sí, en razón de sus particulares intereses económicos y políticos, a lo que se sumaba la supervivencia de poderosos grupos de poder local y la presencia de profundas diferencias étnicas y culturales entre la población, impidiendo la integración nacional.

En el Ecuador republicano existió un tibio intento por construir una narrativa que hablara de una nación con raíces en el pasado. Para cuando se redactó la primera Constitución del Estado en 1830, el Art. 6 declara que “El territorio del Estado comprende los tres departamentos del Ecuador en los límites del antiguo Reino de Quito”. Sin embargo la manifiesta existencia de diferencias económicas y culturales en el interior de la sociedad durante el primer período republicano obligó a las élites que se hicieron del poder a asumir a la nación no como una realidad presente, asentada en un pasado digno de ser proyectado, sino como un proyecto de futuro, pese a que hubieron importantes voces que advertían lo erróneo de tales postulados, entre estos los redactores de *El Quiteño Libre*, que veían inviable un Estado así constituido⁹⁶.

⁹⁶ PALADINES, 2000.

Por su parte, el maestro Simón Rodríguez, uno de los pocos independentistas que tendrían tanta claridad sobre este punto decía:

Debemos crear nuestra propia cultura basada en la heterogeneidad de nuestras razas y el respeto al ser humano; nuestra naturaleza es una composición racial que parte desde los dueños y verdaderos americanos, los indígenas, a quienes se les sumaron los peninsulares y posteriormente los negros de África (esclavos) y otras etnias que realmente no lograron aumentar mucho su presencia en el continente. Mientras los angloamericanos tenían a sus negros a distancia, como esclavos, los españoles se unen a los indígenas y negros creando una nueva raza americana. Partiendo de este crisol de razas libres, con una cultura propia, inventada en nuestro suelo, se podía crear un sistema Republicano basado en el trabajo libre, en las ideas de los más sabios, y con una religión que aceptaba el libre albedrío, cosa que no ocurría con las religiones fatalistas del Calvinismo y el Luteranismo en el norte del continente en donde predominaban los anglosajones o "Wasps" (CONCHA, 2000, p. 45).

Ni Bolívar, ni Sucre, ni ningún otro gestor de la independencia seguirán en esto al maestro de Bolívar, y la fórmula de Simón Rodríguez que habría permitido crear repúblicas verdaderamente soberanas, democráticas y justas, quedó sepultada en la opción centralista y elitista del Libertador, marcando, de esta manera, un tortuoso destino social asentado en una fuerte percepción de incompletud y fracaso republicano.

Así, las batallas de Bolívar no incluyeron la liberación de la marca de sangre que llevaban estas tierras. En 1815, Bolívar dirá:

El indio es de un carácter tan apacible, que solo desea el reposo y la soledad, no aspira ni aun a acaudillar su tribu, mucho menos a dominar las extrañas, felizmente esta especie de hombres es la que menos reclama la preponderancia, aunque su número exceda a la suma de los otros habitantes. Esta parte de la población americana es una especie de barrera para contener a los otros partidos; ella no pretende la autoridad, porque ni la ambiciona, ni se cree con aptitud para ejercerla, contentándose con su paz, su tierra y su familia. El indio es el amigo de todos, porque las leyes no lo habían desigualado, y porque, para sostener todas las mismas dignidades de fortuna y de honor que conceden los gobiernos no han menester de requerir a otros medios que a los servicios y al saber; aspiraciones que ellos odian más que lo que pueden desear las gracias. Así pues, parece que debemos contar con la dulzura de mucho más de la mitad de la población, puesto que los indios y los blancos componen los tres quintos de la población total, y si añadimos los mestizos

que participan de la sangre de ambos, el aumento se hace más sensible y el temor de los colores se disminuye, por consecuencia⁹⁷.

Las opciones de Vicente Rocafuerte (1835), comenzarán a definir la ruta de relación del Estado con los pueblos indígenas. Una verdadera nación, dirá, comprende un proceso de homogenización cultural, que pasa por consolidar sistemas nacionales de comunicación, de transporte, de educación, de justicia, de defensa, etc.⁹⁸.

Al posesionarse en la Presidencia, el 8 de Agosto de 1835, Rocafuerte delinea en su discurso no solo el curso de su mandato sino, en gran medida, el curso de la historia del Ecuador. Una Constitución con declaraciones democráticas, dirá, no ha dejado lejos los fueros privilegiados, ni el "pupilaje de los indígenas", ni ha reformado instituciones monacales y eclesiásticas, consagradas por leyes de la Colonia.

Les pregunta a los miembros de la Convención: "puede existir democracia en medio de tales contradicciones?" [en] un país heterogéneo en elemento étnico, costumbres, idiomas. Denuncia con fuerza que la mayor parte de la población está explotada, "sujeta al tributo, gime bajo un vergonzoso feudalismo, aún más fuerte que el de Rusia,...vive en la miseria y desnudez, sin instrucción, entregada al vicio e

⁹⁷ AYALA (2006, p. 57). Lo expresado por Bolívar nos recuerda las reflexiones de TOCQUEVILLE, antes referidas. Los imaginarios cultivados sobre los indígenas, entre románticos y vergonzantes, no dejan de seguir la lógica enciclopedista, y, aunque se advierta como un contrasentido para la República, ella no ofrece salida alguna para este asunto. Pero, además, hay un dato resaltado por Bolívar al que se da poca atención y es sostener que las leyes coloniales no desigualaron a los indígenas. Siendo así, significaría, de partida, varias cosas: que la condición de igualdad es un factor preponderante en la cohesión social; que el Estado es un espacio de convivencia –o subsistencia- de varias comunidades de igualdad; que las comunidades de igualdad pueden llegar a obstruirse mutuamente, es decir, bloquearse, sin posibilidades de colaborar y avanzar, aun si lo hace cada quien por su lado. No obstante, esto tendrá que ser estudiado a profundidad.

⁹⁸ Discurso de Vicente Rocafuerte, segundo Presidente del Ecuador, al inaugurar el Sistema Nacional de Educación (PALADINES, 2000. *La conformación del Estado Nacional desde la perspectiva del pensamiento ilustrado y romántico ecuatoriano*, p. 214).

inmoralidad". Con todo, exige de los representantes ideas claras. "Cada siglo, dirá, tiene su idea dominante, la del nuestro es la de la democracia"⁹⁹.

Más adelante, exige que la Constitución a dictarse sea un documento breve, claro, sencillo y enérgico, con el fin de contener las 'facciones'. Con esto, se plantea asegurar la independencia nacional, consolidar la unión, promover la paz, garantizar la seguridad doméstica, ofrecer de toda forma el imperio de la justicia, proteger la propiedad, asegurar la libertad individual, determinar claramente los derechos del hombre, distribuir los Altos Poderes, consignar las garantías sociales. Sobre todo busca que "encierre todos los gérmenes de la libertad que nos han de conducir a la futura democracia Washingtoniana, único sistema que conviene a la América, y término final que deben proponerse todas nuestras nuevas combinaciones políticas"¹⁰⁰.

El desafío, por tanto, era encontrar el camino de unificación de la sociedad bajo los términos generales que se habían definido ya para toda estructura que busque ser Estado de derecho ¹⁰¹, esto es: división de poderes; sistema de representación democrático; principio racional o principio de unidad (identidad contenido en la idea de igualdad), y centralización; reconocimiento de derechos fundamentales; garantía y ejercicio individual de los derechos; ciudadanía limitada; economía capitalista; sistema jurídico positivista.

Esto se consiguió no solo en el campo de batalla, en las pugnas de poderes o en los textos legales, sino, y fundamentalmente, en la cultura criolla que poco a

⁹⁹ ZÚÑIGA, 1985, p. 70.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, 1985, pp. 72-73.

¹⁰¹ Recordemos, además, que el Estado de Derecho se articula sobre la base de principios e instituciones desarrollados en distintos espacios y tiempos históricos: los griegos y romanos pasando por la Edad Media, el Renacimiento, la Revolución Industrial del Siglo XVII, los procesos revolucionarios en Norteamérica y la Francia del siglo XVIII, entre otros. asumen dos asuntos de partida: 1) la idea de unidad entre Estado y Derecho; y, 2) la idea de que Derecho es el orden objetivo de la sociedad, y como tal, actúa sobre sus propios referentes.

poco fue conquistando el sentido común de las personas. De ahí la importancia de concretar la propuesta independentista en términos de cultura nacional.

Sin poder invocar pasados heroicos de padres fundadores o grandes pensadores de la historia, las referencias se harán a batallas épicas de los luchadores por la independencia que inspiran el compromiso ciudadano con un Estado en construcción¹⁰². En infinita construcción¹⁰³.

Sabiendo de la importancia que reviste la dimensión cultural de los acontecimientos jurídicos, y ya en el marco del constitucionalismo plural del siglo XXI, surge la necesidad de encontrar soluciones más radicales para los problemas derivados de una convivencia intercultural jamás derrotada ni abandonada por parte de los pueblos indígenas. Al Derecho, por tanto, se le presenta como desafío

¹⁰² Cabe recordar que el Estado constitucional se construye sobre ideas forjadas en un largo tiempo que se cuenta desde la polis griega y sus ideas de ciudadanía, libertad e igualdad; el derecho romano y su idea de res publica; la Carta Magna inglesa del siglo XI; el parlamentarismo inglés del siglo XIII; la paulatina secularización del estado que se inicia a partir de la querrela de las investiduras que supone la división entre poder temporal y poder divino, en el Renacimiento y la Reforma; el humanismo, el racionalismo, la idea del progreso de la época de la Reforma y la Contrarreforma, el jusnaturalismo racional de Santo Tomás de Aquino; la idea de Estado como creación teleológica que persigue fines, planteada por Maquiavelo; el concepto de soberanía del Bobino en el siglo XVI; la idea de Estado desprendido de las personas que ejercen sus poderes sostenidas por Groccio en el siglo XVII; la idea de Estado como espacio de superación del estado de naturaleza sostenido por Hobbes; En el siglo XVIII: la idea de Estado policial caracterizado por la universalidad de sus fines y por la completud de sus elementos, aspecto este que hereda el Estado liberal, la corriente codificadora; la idea de que el Fisco es patrimonio distinto del patrimonio del Rey; la idea de ley de carácter general distinta a las ordenanzas que regulan aspectos puntuales de las localidades; el pensamiento liberal que reacciona a los abusos y arbitrariedades de la monarquía planteando las ideas de libertad e igualdad ejercidas por individuos que alcanzan la condición de ciudadanos. En el siglo XVIII, el contrato social de Rousseau. En el siglo XIX, los positivistas y utópicos. En el Siglo XX el pensamiento socialista (SÁNCHEZ FERRÍZ, *En general*, 2005).

¹⁰³ Tal importancia reviste la construcción cultural en el Estado constitucional que HÄBERLE (2002) plantea que se la tenga como su cuarto elemento configurador, lo que significa que el análisis del Derecho debe incluir el estudio de la manera cómo opera el racionalismo, universalismo y centralismo en el Estado de Derecho, en función de su propia cultura, esto es, la cultura del derecho generado por especialistas, esto es, el derecho positivizado.

asumir el tratamiento y estudio de al menos tres dimensiones de carácter cultural: 1) la cultura del derecho (significaciones, usos y prácticas de las personas que viven bajo el estado de derecho); 2) las culturas de derecho como campo de estudio del derecho comparado; y, 3) el derecho a la propia cultura (CLAVERO, 1994) como factor de orden jurídico-político que ofrezca un espacio democrático ya sea para las expresiones de pluralismo jurídico que surgen de la sociedad contemporánea, como para los derechos de los pueblos que quedaron bajo el influjo del proyecto de Estado de derecho y que rechazaron o no tuvieron las condiciones materiales para superar situaciones de marginalidad, pero que ahora encuentran protección constitucional para realizar sus proyectos de vida comunitarios.

Esta necesidad surge porque tradicionalmente en el campo de tratamiento jurídico de la cultura solo ha sido relevante en el ámbito cultural, sus dimensiones democrática, patrimonialista y de garantía de libertades.

Así, desde una perspectiva de democracia cultural, el Estado termina por comprometerse con el laicismo que garantiza la pluralidad religiosa¹⁰⁴. Desde la perspectiva patrimonialista asume la función social del patrimonio cultural, lo protege y garantiza. Desde la garantía de libertades, ofrece protección legal a ámbitos culturales como la libertad de enseñanza, libertad de prensa, libertad de expresión, libertad de conciencia, libertad religiosa, o el uso de lenguas, que se desprenden, fundamentalmente, de los derechos de educación, de libertad de prensa, de expresión, de objeción de conciencia y el derecho al uso de lenguas propias. De esta manera, el derecho a la cultura queda enmarcado en una

¹⁰⁴Digo que termina por comprometerse con el laicismo porque, aunque los estados europeos y el norteamericano asumieron desde un comienzo la separación entre Iglesia y Estado, en Ecuador, como en otros países latinoamericanos, esa separación se dio solo con las revoluciones liberales de finales del siglo XIX. Para el caso ecuatoriano, con la revolución alfarista de 1895.

dimensión democrática, patrimonialista e individualista, enterrando otras dimensiones que lo completan y enriquecen.

En consecuencia, un republicanismo que se construyó en el vacío de la historia y que solo alcanzaba a enarbolar un débil e incierto proyecto de futuro sirvió de fundamento para construir un frágil relato acerca del Estado ecuatoriano. En las condiciones de tal estado social, el Estado Mixto por superar serán las leyes de indias que reconocían la convivencia entre el régimen colonial y la república de los indios y la república de los zambos, y la monarquía por vencer será el interés de los españoles criollos por conquistar su autonomía frente a la Corona. La tradición quedará representada en las formas de vida de los indígenas, mientras que la modernidad se expresará en el proyecto de nación. En adelante la historia transcurrirá en paralelo: juntos pero de espaldas, unos proyectados hacia el futuro y los otros hacia el pasado, unos modernos y otros tradicionales.

Se entiende, por tanto, con esta breve alusión histórica a la construcción de la cultura constitucional y de la cultura nacional, que las nuevas constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador, contienen más que normas, proyectos de sociedad asentados sobre ideas de Estados fuertes, de soberanías populares renovadas, de instituciones jurídicas generadoras de ciudadanía activa e igualdad social que excluyan todo tipo de hegemonías culturales o sociales, de reconocimiento de derechos que hagan posible la equidad y la justicia social históricamente postergada.

2. Emergencia del Estado y nuevo republicanismo: de continuidades y revoluciones

No será posible entender el momento actual si no damos un último repaso a cuantos aspectos han debido ser resueltos para hablar en el siglo XXI de la vigencia de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Una larga historia tejida con miles de retazos hechos de sueños y pesadillas, de creencias y mitos, de

ambiciones y aspiraciones, de encuentros y rupturas, de engaños y honestidades, de alienaciones y autenticidades, no puede borrarse sin que exista conciencia, convicción, empeño y acción de por medio.

Esto pasó con la revolución liberal liderada por Eloy Alfaro Delgado a finales del siglo XIX y comienzos del XX, y ha vuelto a pasar con la revolución ciudadana de la primera década del siglo XXI, la misma que no representa únicamente el gobierno del actual presidente Rafael Correa Delgado, sino un proceso de rupturas con el pasado y luchas contrahegemónicas de la sociedad ecuatoriana en el marco de las transformaciones regionales y globales que ocurren en el mundo.

En esta sección volveremos a invocar a la historia pero para identificar los momentos, dimensiones e intensidades de las rupturas ideológicas y de sentido que pretenden unos procesos revolucionarios donde los conceptos de república, soberanía popular y una noción fuerte de lo público, son vigorizados, pero sustancialmente, resignificados y donde los ciudadanos aparecen como los principales protagonistas y el concepto de ciudadanía es el elemento articulador del proyecto social de cambio; proyecto que incluye también una revisión del papel del Derecho.

Esto será analizado en la presente sección, haciendo además algunas referencias comparativas entre el constitucionalismo boliviano y ecuatoriano, con el fin de que sirva como antecedente para en el siguiente Capítulo estudiar más a fondo la particularidad de las modalidades de constitucionalización del derecho indígena en los dos países.

2.1. Desafío republicano y colonialidad superviviente

Para identificar en qué consiste el desafío republicano en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, es necesario recordar lo que fue el desafío del primer republicanismo, revisando la dimensión normativa de un conjunto de

temas claves que quedaron consagrados en las distintas constituciones y que expresan la permanencia de instituciones monárquicas, coloniales y religiosas; la persistencia de concepciones instrumentales y positivistas del derecho; las prácticas maniqueas y formalista que encubren y protegen intereses patrimoniales, estamentales y corporativos, perennizando privilegios plutocráticos, oligárquicos y caudillistas.

Indiscutiblemente, el nacimiento de la República representa simbólicamente y objetivamente el fin de la monarquía y el colonialismo monárquico; no obstante, no significa la muerte de todas las instituciones políticas y sociales del Antiguo Régimen.

La herencia colonial fue más explícita en la primera fase republicana del Estado, no solo en el caso ecuatoriano sino latinoamericano. Esto dicen los textos constitucionales decimonónicos de las nuevas repúblicas que resolvieron de una manera tibia, cuando no insuficiente, temas relacionados con el estado confesional, la ciudadanía, la relación Estado-sociedad, la división interna de poderes, la economía del Estado, y otros que coadyuvaron a prolongar instituciones jurídicas de resguardo de privilegios.

Luego de la fase de las constituciones independentistas, de inspiración revolucionaria o jacobina dirán algunos autores¹⁰⁵, el siglo XIX se caracterizó por un constitucionalismo conservador, débil y temeroso de sucumbir a los asechos de

¹⁰⁵ Numerosos autores coinciden en señalar algunas fases representativas del constitucionalismo europeo como: el liberal-revolucionario correspondiente a las revoluciones burguesas del siglo XVIII; el conservador, correspondiente a las constituciones decimonónicas, principalmente; el democrático, surgido en los primeros años del siglo XX; el constitucionalismo social aparecido después de la Segunda Guerra Mundial (*En general*, VICIANO & MARTÍNEZ DALMAU, 2010). Con las respectivas distancias, en la experiencia latinoamericana también encontramos estas fases, de manera general, aunque no se pueda adjudicar a nuestras cartas políticas la fuerza revolucionaria o la fuerza democrática o social del constitucionalismo europeo, debido a que la dirección de los procesos latinoamericanos fueron conducidos y motivados por los intereses de las élites criollas.

los faccionalismos y las fuerzas estamentales que gozaban de buena salud gracias a los mismos resguardos constitucionales ¹⁰⁶ . En las siguientes etapas constitucionales: el constitucionalismo liberal democrático de finales del siglo XIX y comienzos del XX¹⁰⁷; el corto período del constitucionalismo social de mediados del siglo XX, con las constituciones de 1945 y 1967, fundamentalmente; la siguiente fase del constitucionalismo democrático post-dictatorial de carácter desarrollista con la constitución de 1978 y sus reformas hasta 1993; y el constitucionalismo neoliberal con las reformas constitucionales de 1996 y la constitución de 1998, continuó la lógica de adaptación de instituciones de corte colonialistas, sin alcanzar a resquebrajar su patrón de funcionamiento, que para este momento ya se expresaba claramente en el Estado corporativo.

Con algunas particularidades en contenidos y en los tiempos de las reformas, en general, el constitucionalismo boliviano sigue el patrón descrito, con constituciones débiles, reformas constantes vía asambleas o convenciones constitucionales¹⁰⁸, constitucionalismo democrático tardío¹⁰⁹, un proyecto de

¹⁰⁶ Con las constituciones de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, y 1878, excepto las constituciones de 1861 y 1869, que representan el período garciano, esto es, el período en que ejerce influencia el dos veces presidente García Moreno, un conservador que en base a una alianza con la aristocracia quiteña y la oligarquía y burguesía guayaquileña, alcanzó la unificación del Estado e impulsó transformaciones orientadas a fortalecer el Estado mediante la descentralización, un amplio programa de reformas administrativas y económicas y una política represiva y autoritaria. García Moreno, aplicando el principio de “insuficiencia de las leyes” infringió la Constitución cuantas veces consideró necesario. Muchos historiadores consideran al período garciano como el de consolidación del estado nacional, cuyas políticas se asentaron sobre principios religiosos.

¹⁰⁷ Con las constituciones de 1897, 1906 y 1929, que corresponde al período alfarista.

¹⁰⁸ Quince constituciones aprobadas vía asambleas o convenciones constitucionales entre 1826 y 2009.

¹⁰⁹ La Constitución de 1938 es la expresión boliviana del constitucionalismo social y democrático, en tanto radica la soberanía en el pueblo y no en la nación; garantizar el ejercicio público de otros cultos, no solo el monopolio religioso de la religión católica, apostólica y romana; establece derechos fundamentales; reconoce derechos a los extranjeros; a más del reconocimiento de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en la Constitución, también reconoce aquellos derechos y garantías que nacen de la soberanía del pueblos y de la forma republicana de gobierno; instaura el voto de la

nación preocupado más por su patronato a la iglesia católica, apostólica y romana y por consolidar la estructura institucional estatal que por los derechos de las personas y comunidades, ignorando de manera sistemática a los pueblos indígenas que indudablemente constituyen el mayor grupo poblacional hasta la actualidad.

2.1.1 Del Estado eclesial al Estado corporativo

Una de las expresiones históricas más sobresalientes del Estado corporativo está representada en la relación entre Estado e Iglesia, de cuyo patrón surge el modelo corporativista que establece la forma de relación Estado-sociedad y el propio rol del Estado; de ahí la importancia de revisar esta relación y cómo en el siglo XXI deviene en un proyecto político que plantea la superación definitiva del Estado corporativo.

En este sentido, una de las principales formas monárquicas y coloniales supervivientes en la República es la presencia e influencia de la Iglesia Católica en el Estado¹¹⁰; presencia e influencia que fue consagrada en las respectivas constituciones, no solo en el caso ecuatoriano sino latinoamericano, así como también se consagró en el sostenimiento de instituciones públicas que lo garantizaban, las mismas que quedaron formalmente superadas a partir de las constituciones liberales de finales del siglo XIX.

mujer; establece un régimen económico financiero, un régimen social, un régimen familiar, un régimen comunal y un régimen cultural; y, por primera vez en la historia constitucional de Bolivia, el artículo 165 establece que: El Estado reconoce y garantiza la existencia legal de las comunidades indígenas. Con remisión legal a la legislación indígena y agraria, y fomento a la educación del campesinado mediante núcleos escolares indígenas que tengan carácter integral abarcando los aspectos económico, social y pedagógico (arts. 166 y 167, respectivamente).

¹¹⁰ En 1831 por primera vez el Vaticano, con Gregorio XVI, reconoce de manera oficial la independencia de los estados latinoamericanos a través de la encíclica *Sollicitudo Ecclesiarum*, nombrando a obispos en las respectivas diócesis.

Entre las constituciones revolucionarias, solo la grancolombiana de 1821 no declarará oficialidad confesional ni ofrecerá espacio a la Iglesia Católica en la estructura del Estado, cuando sí la quiteña de 1812 y la cuencana de 1820. Mientras que en las constituciones republicanas, la influencia de la Iglesia Católica, Apostólica, Romana quedará consagrada a partir del Preámbulo constitucional.

Las constituciones de 1830, 1835, 1845, 1851, 1852 y 1884, siguiendo la doctrina tomista, comenzaban declarando la expedición de la constitución “En nombre de Dios, autor y legislador de la sociedad [y del universo]”¹¹¹.

Otro aspecto en el que quedó consagrada la presencia de la Iglesia en el Estado de derecho es el resguardo constitucional que tuvo la Iglesia Católica Apostólica, Romana, en términos de Iglesia única. Las constituciones de 1830:8, 1835:13, 1843:6, 1845:13; 1851:11; 1852:13, 1861:12; 1869:9, 1878:20¹¹² y 1884:13 establecen que es deber del gobierno (de los poderes públicos) en ejercicio del patronato, protegerla [a la Iglesia Católica, Apostólica, Romana] con exclusión de cualquier otra¹¹³.

¹¹¹ Como lo habíamos mencionado, la doctrina de Santo Tomás de Aquino superó la concepción agustina sobre el poder divino en el sentido de que, si bien reconocía el origen divino del poder temporal, ponía el acento en la capacidad de la razón para explicar los fenómenos de la naturaleza y los poderes temporales, de los cuales se justificaba la existencia de leyes elaboradas por el hombre para organizar su vida social; de esta manera, iniciaba el jusnaturalismo racionalista que tendrían amplia influencia en el mundo jurídico moderno, en especial en lo relacionado con la noción de lo público, el bien común, la autoridad pública, la regulación pública.

¹¹² La particularidad de la constitución de 1878 es que por primera y única vez en el constitucionalismo ecuatoriano se estableció que: La Nación ecuatoriana reconoce los derechos del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales (art. 16).

¹¹³ En el caso boliviano, las constituciones de 1826, 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868 y 1878 reconoce a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana con exclusión de todo otro culto público. Las constituciones de 1871, y 1880 establecen que El Estado reconoce y sostiene la Religión Católica, Apostólica y Romana, prohibiendo el ejercicio público de todo otro culto, excepto en las colonias que se formaren en lo sucesivo (art. 2 constitucional de 1871), donde habrá tolerancia (art. 2 constitucional de 1880). A partir de la constitución de 1938 se establece el pluralismo religioso, disponiendo que: El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica y romana, garantizando el ejercicio público de todo

El poder eclesial mantuvo su presencia en entidades públicas. Las constituciones de 1830:42, 1835:73, 1845:86, 1851:75:, 1852:85, 1861:80, 1869:69, 1878:90 y 1884:104, determinaron la presencia de un miembro de la Iglesia Católica en el Consejo de Estado, así como contemplaron como atribución del Jefe de Estado el nombramiento de altas autoridades eclesiales. Además, la constitución de 1830:14, determinaba que en las asambleas parroquiales en que se designa por el pueblo a electores se verifique “con asistencia del cura”.

Respecto de los pueblos indígenas, la Iglesia Católica asumió su tutoría y protección patriarcal. El Artículo 61, establecía:

Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable.¹¹⁴

La influencia eclesial fue tal que cuando las constituciones establecieron normas pétreas, lo hicieron para proteger cuatro tipos de instituciones: la forma de gobierno –constituciones de 1843:110– y 1851:139; la soberanía externa e

otro cultivo (art. 1 constitucional). También se siguió el patrón de presencia de la iglesia católica, apostólica y romana en la institucionalidad estatal.

¹¹⁴ El primer antecedente del modelo de protección tutelar hacia los indígenas que se asumiera en la era republicana lo tendremos en las disposiciones de la Primera Junta de Gobierno Autónoma de Quito de 1809, que al delinear el sistema de justicia ecuatoriana, la Junta ordenó nombrar un protector general de indios, con rango de senador-juez, nombrando como tal a Tomas Arrechaga. Ya al amparo de la Constitución de 1830, en el primer Registro Oficial Auténtico fue publicada una Circular declarado que “los indígenas que están en servicio de postas o de guías, sean eximidos del pago de tributos”, no obstante, para 1833, la tributación indígena representaba el cincuenta por ciento de los ingresos del Estado, sistema que quedará eliminado de manera definitiva en 1857. En el gobierno de Robles, 1858, se declaró que los indígenas quedaban “igualados a los demás ecuatorianos en cuanto a los deberes y derechos que la Carta Fundamental les impone y concede. A más de esto, el Estado irá adoptando otras medidas en beneficio de los indígenas como la eliminación de la esclavitud en 1854, de los diezmos en 1883 y del concertaje indígena en 1918. Luego vendrán las políticas liberales de igualación, en los primeros años del siglo XX, y más adelante las políticas desarrollistas de las décadas de los sesenta al ochenta, las políticas multiculturalistas de los años noventa y dos mil, para terminar instaurándose políticas plurinacionales e interculturales que se encuentran a prueba (FUENTEALBA, *En general*, 1990).

integridad territorial –constituciones de 1906:5 y 1945:1–; la división tripartita de poderes –constitución de 1861:132–; y la exclusividad de la Iglesia Católica, Apostólica, Romana –constituciones de 1845:142, 1851:139, 1852:143 y 1861:132.

En la República subsistió el pacto colonial entre Estado e Iglesia y consistió en el sostenimiento de un sistema de coparticipación o cooperación con el gobierno del Reino mediante el cual se fijaban las respectivas esferas de poder a ser ejercido tanto en la metrópoli como en las colonias americanas, donde el poder eclesial legitima el poder político a cambio de cesión de competencia y sostenimiento de privilegios patrimoniales.

Al amparo de estas modalidades constitucionales de distribución de poderes entre Estado e Iglesia, en el siglo XIX encontramos que el Estado de derecho no solo que nació minusválido, sino que las capacidades especiales que irá desarrollando en sus primeros años mantendrán parapléjicos a los sucesivos gobiernos en su capacidad para moldear el ser republicano mediante la transformación de las instituciones monárquicas en republicanas y democráticas.

La presencia de la Iglesia Católica, Apostólica, Romana siguió latente tanto en el ámbito social y político como en el económico. En el ámbito social, la Iglesia mantuvo bajo su control el registro de nacimientos, matrimonios y muertes; la evangelización de los indígenas y la mayor parte del sistema educativo, que en el Siglo XIX continuó abarcando un porcentaje bajísimo de la población. En el ámbito político, no solo actuó a nivel del Consejo de Gobierno y en la legitimación de representantes locales al Poder Legislativo sino que, de manera más directa, mantuvo representantes en la misma legislatura. También tuvo participación en las Juntas de Electores, mientras estuvo vigente el sistema de elección indirecta. El peso social de la Iglesia fue mayor que el peso social del Estado, por lo que su apoyo y legitimación resultaba clave para el sostenimiento del Estado, mientras en el campo económico la Iglesia pudo resguardar sus grandes propiedades y las instituciones económicas coloniales que, remozadas en la República, aseguraban sus privilegios económicos.

Las modalidades de relación entre Estado e Iglesia y Estado y Fuerzas Armadas, servirán para articular la estructura corporativista del Estado que acompañará la vida republicana del Ecuador hasta las rupturas que hace la Constitución de Montecristi. Cuestión que será abordada en el acápite que sigue.

2.1.2. Del Estado corporativo a la Revolución Ciudadana

En una realidad en la que grandes terratenientes –la Iglesia como uno de los más poderoso– y comerciantes mantenían el control de las economías locales y regionales y que los grandes protagonistas de la Independencia, los ‘patriotas’, muchos de ellos fueron notables latifundistas, no podía ocurrir otra cosa que el naciente Estado se organice para asegurar un tipo de articulación que sea favorable a la permanencia de sus intereses, como lo hemos vistos en líneas anteriores, mientras los ideales revolucionarios que movieron a la intelectualidad lugareña¹¹⁵ sobre el Estado de derecho fueron quedando uno a uno detrás de las urgencias de la *real politic* del naciente Estado.

Como también lo hemos vistos anteriormente, fruto de las guerras de la independencia, el Estado ecuatoriano nace fragmentado regionalmente y resquebrajado económica y socialmente; dominado por los dueños de grandes propiedades que mantuvieron el dominio de los indígenas y los negros mediante el concertaje y la esclavitud en varias regiones del país. En este sentido, se trata de una independencia que asume la estructura de Estado moderno sin romper con la estructura social, económica y política del Estado colonial. HIDALGO (2008) dirá, con razón, que la modernidad del Estado ecuatoriano siempre cabalgará en las espaldas de la tradición.

¹¹⁵ Quiteña según varios autores como PALADINES, 2007 y NÚÑEZ, 2008.

El Estado central y el presidencialismo fuerte, entonces, aparecen como la mejor opción política cuando lo que había que administrar son las disputas entre estamentos y facciones rivales que amenazaban constantemente con frustrar la independencia, tanto en la época de la Gran Colombia como en los primeros años de la República.

En este escenario, el Estado central solo podía fortalecerse en la medida que alcanzara a arbitrar el poder de los grupos, estamentos y facciones, muchos de los cuales representaban, a su vez, poderosos intereses locales. La legitimidad de los intereses locales quedó mediada por la legitimidad que fue cobrando el Estado central, bajo mecanismos de fuerza, al punto de llegar a considerarse ilegítimas las aspiraciones locales y de otorgar un valor superlativo al interés general, que en el marco de un Estado corporativo, es interés de élites.

Por otro lado, en tanto los primeros años de la República estuvieron marcados más por las disputas entre facciones políticas que por la atención a otras necesidades públicas –como las demandas sociales, por ejemplo–, se instauró constitucionalmente una de las modalidades institucionales que probablemente afectó en mayor grado la calidad y sentido del Estado constitucional: el proteccionismo de las Fuerzas Armadas a la vigencia del orden democrático¹¹⁶. Tanto más si se considera que las Fuerzas Armadas actuaban como otro estamento, incluso en la era republicana.

Tras las guerras independentistas, las fuerzas armadas tomaron una gran relevancia y poder. Como anota AYALA, “[e]n el Ecuador, el Ejército no cumple solamente las funciones especializadas de represión, sino que, al tiempo que sustenta un poder de clase, se constituye también en árbitro de los conflictos

¹¹⁶ Constituciones de 1830, 1835, 1845, 1851, 1852, 1906, 1929. Recordemos que un factor favorable al proyecto criollo fue el control que estos tenían en importantes sectores de la clase militar. Este factor jugará un papel decisivo en la lucha independentista, así como en el sostenimiento de la primera República.

políticos entre las facciones enfrentadas”. Según este autor, incluso las disputas políticas de la época entre la élite se destinaban, a más de las discusiones sobre la apertura al mercado internacional o el proteccionista, a debatir cual debe ser la relación entre el presidente y las fuerzas armadas. Las Fuerzas Armadas no solo contribuyeron al sostenimiento de la República sino que a su vez limitaron la inversión económica del Estado, por el gasto que representaba, lo que limitó la capacidad estatal de invertir en otros proyectos nacionales¹¹⁷.

A partir de esto, los numerosos conflictos políticos entre bandos y facciones, y los acuerdos políticos y rearticulaciones del poder que se han sellado con nuevas constituciones aprobadas en asambleas o convenciones constitucionales, tenían en la espada y el malleto de las Fuerzas Armadas al gran árbitro de los nuevos acuerdos y los nuevos gobiernos que resultaban de dichas confrontaciones.

En la primera República, las instituciones políticas a las que se da mayor atención constitucional, ya definida su forma de Estado unitario, son: la división tripartita de poderes, la composición bicameral del poder legislativo¹¹⁸, el sistema de elección censatario¹¹⁹, y la garantía de vigencia del orden democrático en manos de las Fuerzas Armadas¹²⁰.

¹¹⁷ De acuerdo a AYALA (1988, pp. 54 y 71), la importancia de las clases militares se vio reflejada en el presupuesto nominal del Estado, que para 1831 era de trescientos ochenta y siete mil novecientos setenta y tres pesos y cuatro reales y tres octavos de real, de los que el Ejército tomaba efectivamente alrededor de doscientos mil pesos.

¹¹⁸ Que se mantuvo desde 1830 hasta 1906.

¹¹⁹ Que se mantuvo entre 1830 y 1851.

¹²⁰ Constituciones de 1830, 1835, 1845, 1851, 1852, 1906, 1929. Según AYALA, la naturaleza de los conflictos, por un lado, convirtió al ejército (controlado por los veteranos de la Independencia) en árbitro de la lucha por el poder, haciendo que alrededor de sus jefes se generen las alianzas caudillistas de la época. Y por otro lado, hizo de la gestión gubernamental de los primeros tiempos un esfuerzo de consolidación de alianzas entre gamonales de la Costa y la Sierra con el ejército (AYALA, *En general*, “Resumen de la Historia del Ecuador”, 2008).

Con una estructura centralizada y de corte autoritaria del Estado, el reparto interno del poder en el Ecuador siguió una lógica bipolar¹²¹ –en donde Quito y Guayaquil actúan como centros políticos, económicos y culturales-, sosteniendo los espacios de decisión política, concentración de riqueza económica y control ideológico; mientras el resto de provincias y regiones del País quedaron como espacios para caciques locales que también reproducen el patrón tradicional de gobierno y economía. En tales condiciones, el Estado central fue consolidando una noción tutelar antes que democrática de reparto de los poderes internos. Tutelar, en tanto que frente a la falta de capacidades democráticas de los actores locales, el Gobierno central copa los espacios de decisión al punto de reducir al mínimo el poder de decisión de los gobiernos locales y regionales, así como el desarrollo local y regional.

El Estado ecuatoriano, por tanto, sin duda fue asumiendo formas e instituciones democráticas, pero dichas formas fueron vaciadas en moldes coloniales, monárquicos y aristocráticos que favorecieron la subsistencia de poderes incompatibles, por naturaleza, con el nuevo Estado. Esto llevó a mirar al Estado como incompleto, inconcluso, irresuelto, esquizofrénico, cuando no fallido o en ciernes¹²², quedando siempre la tarea pendiente de la construcción del ‘verdadero Estado’.

¹²¹ Casi todos los autores advierten de los fundamentos históricos que tiene esta forma bipolar de composición del poder político en el Ecuador, desde Espejo hasta Adúm, aunque algunos consideran también a Cuenca como un centro de decisiones políticas, debido a que en la independencia fueron los principales espacios de insurgencia en contra de la Corona española (DONOSO, *En general*, 2004).

¹²² La concepción de ‘nación en ciernes’ sostenida por QUINTEROS y SILVA (1995), fue muy influyente en los análisis sociológicos y políticos de la época. Rafael Correa, cambia el argumento ontológico sobre el país en ciernes, irresuelto o fallido, a partir de una lectura economicista que analiza el manejo económico de los distintos gobiernos respecto del boom petrolero, el papel de la deuda externa y los actores y grupos beneficiarios. Propone la idea de incompletud no como noción esencial sino histórica, con rostros y articulaciones perfectamente identificables: las corporaciones, los sectores y los intereses de los grupos tradicionales de poder. Este análisis se traducirá en su propuesta política de desarme del

Entender que esta es la tarea pendiente del Estado ecuatoriano ha justificado tantas fundaciones y refundaciones del país a través de asambleas o convenciones constituyentes que encubre, antes que nada, los reajustes de poder que ocurren en estas operaciones políticas, dejando incólume las estructuras de poder tradicionales que operan en los distintos niveles del gobierno, la economía y la sociedad, y que hacen del poder y de la ciudadanía un permanente acto de 'comulgar con ruedas de molino'.

De esta manera, aunque el pacto republicano entre Estado e Iglesia comience a resquebrajarse con la expedición de la constitución liberal de 1906, que instaaura el Estado laico, el corporativismo se encontraba completamente arraigado en la estructura estatal y de pensamiento de los ciudadanos.

El laicismo liberal alfarista permitió el fortalecimiento de la institucionalidad estatal, la consolidación de las nociones económicas y sociales de lo público. La apertura a un tibio Estado social que palió de alguna manera los embates de las dos guerras mundiales y preparó el escenario para las dos, también tibias, reformas agrarias de los años sesenta y setenta, en el Ecuador.

Con relación al tema indígena, la Constitución alfarista de 1906 plantea una nueva forma de relacionamiento, distinta al tutelaje que se encontraba vigente. El Art. 128 determina:

Los Poderes Públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social; y tomarán especialmente las medidas más eficaces y conducentes para impedir los abusos del concertaje.

Esta formulación constitucional representa el inicio de una nueva fase de relación Estado-pueblos indígenas, pues, del tutelaje colonial y del primer republicanismo, se pasará a un tipo de proteccionismo estatal de pobres. El

Estado corporativo, uno de los postulados sobre los que sustenta su proyecto político (CORREA, 2009).

objetivo estatal fundamental se centró en esta época en cubrir las necesidades de modernización y desarrollo económico del país, apostando a que dicha política irradiará a los pobres. El igualitarismo en esta fase se construyó implementando políticas dirigidas al campesinado, asumiendo la tesis de que de esta manera se superará la pobreza en la población indígena.

Las políticas de corte liberal permanecerán casi intocadas, a no ser por la perspectiva desarrollista implementada en la década de los años setenta y ochenta, hasta verse interrumpidas por el proyecto neoliberal que comenzó a ser impulsado en el gobierno de Sixto Durán Ballén (1992-1996) y que con la gestión de los sucesivos gobiernos, hasta el 2006, terminaría por pulverizar no solo las débiles instituciones sociales, sino también la legitimidad de los actores políticos. La consigna '¡Que se vayan todos!', acompañará, desde finales de los noventa, un proceso de demandas y confrontaciones entre sectores ciudadanos, movimientos sociales y movimiento indígena, y sectores de la política tradicional y el oficialismo de la época, todo lo cual terminará siendo canalizado por el candidato Rafael Correa Delgado, y su programa político de cinco revoluciones: constitucional y democrática, ética, económica y productiva, educativa y de salud, y de la dignidad, la soberanía y la integración latinoamericana. En su segundo mandato, a estas cinco revoluciones se sumarán otras cinco: ecológica, urbana, del conocimiento y las capacidades, de la justicia, seguridad y convivencia, y cultural.

El proyecto político de la 'Revolución Ciudadana', que incluyó la convocatoria de una nueva Asamblea Constituyente y una nueva Constitución, se planteará desarmar el Estado corporativo, recuperar la capacidad regulatoria de lo público y delinear un sistema de democracia ciudadana participativa. Esto lo hace a través de varias vías: normativas, institucionales, de políticas públicas, educativas, participativas y culturales. En lo que tiene que ver con la Iglesia, la Constitución de Montecristi asume un laicismo radical, que apunta a superar todo vestigio de proteccionismo indígena por parte de cualquier tipo de credo, y se centra a

garantizar no solo a todas las formas religiosas sino también a todas las creencias espirituales, así como a las concepciones agnósticas.

El preámbulo de la Constitución de Montecristi dice “Invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad (...) Decidimos construir”. Por su parte, el numeral 2 del Art. 11, establece el principio de no discriminación por creencia religiosa, y el numeral 8 del Art. 66, relativo a los derechos de libertad, establece:

El derecho a practicar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto de los derechos.

El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia.

Con esto, no solo cierra puertas ante cualquier estructura de beneficio corporativo en la relación Estado e Iglesia, o iglesias, sino que además coloca en el escenario público las formas espirituales que son vividas y practicadas por los pueblos y nacionalidades, de manera particular, y demás formas de manifestación de las creencias religiosas o espirituales que puedan caber en una sociedad laica y democrática.

Las modalidades de corporativismo asentadas en el modelo bipolar¹²³ de desarrollo económico, plantea superarse a través de la implementación de una lógica de desarrollo local por regiones, y bajo un modelo de descentralización¹²⁴, reforzamiento de la capacidad de gestión de los poderes locales, democratización

¹²³ Cuyos centros son Quito como centro político y Guayaquil como centro económico.

¹²⁴ En términos generales, el Código de Ordenamiento Territorial (COTAD) incentiva el desarrollo por regiones y ordena la distribución de recursos entre los distintos niveles de gobierno sobre la base del 272 de la Constitución que establece como criterios de distribución el tamaño, la densidad poblacional, las necesidades básicas insatisfechas y los logros en el mejoramiento en la calidad de vida. Esto apunta a incentivar la gestión eficiente de los gobiernos locales, que se vea reflejada en el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

de los gobiernos locales¹²⁵, así como una fuerte inversión en vialidad, generación eléctrica, desarrollo de puertos y aeropuertos, recaudación fiscal, regulación de monopolios.

El desarme del estamentalismo militar y policial lo resuelve la Constitución de Montecristi haciendo una redefinición del papel de las Fuerzas Armadas en el Estado orientada a fortalecer su carácter democrático, fundamentalmente, en relación a cuatro aspectos: 1) la asignación de roles institucionales encaminados a la protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; 2) la ubicación de su misión fundamental en la defensa de la soberanía y la integridad territorial; 3) la formación profesional sobre fundamentos de la democracia y de los derechos humanos que los prepara para el respeto a la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico; y 4) la determinación de que a partir de su carácter de institución obediente y no deliberante, esta cumplirá su misión con estricta sujeción al poder civil y a la Constitución (Arts. 158 y 159 constitucionales).

Pese a ello, resulta difícil desterrar del imaginario social la idea de tutelaje militar a la democracia, al punto que tenemos como errada la política del actual gobierno cuando encara la presencia militar o policial en asuntos que no sean de estricta naturaleza militar o policial, o que sea motivada por la defensa de intereses gremiales o corporativos¹²⁶.

¹²⁵ La Constitución y la ley establecen inéditos mecanismos gubernativos como el presupuesto participativo y la gestión por resultados; mecanismos de democracia directa como la silla vacía, los cabildos abiertos, la consulta popular; así también, un conjunto de instrumentos de gestión participativa y de control de la gestión pública.

¹²⁶ Me refiero a las reacciones que han tenido en los estamentos militares algunas políticas implementadas en el gobierno del presidente Correa, como sacar a los militares de la administración de empresas, que no sean de estricta naturaleza militar –elaboración de municiones, por ejemplo–, así como escuelas y colegios regentados por fuerzas militares; sujetar el sistema de educación militar y formación en defensa, en lo pertinente, a las

El desarme de las modalidades de corporativismo económico han requerido medidas más audaces y constantes, las que inclusive en al momento de escribir este trabajo continúan en agenda para ser implementadas. Entre estas podemos mencionar las dos reformas constitucionales que realizadas en los ocho primeros años de vigencia de la Constitución: una en el año 2011 a través de referéndum, y la segunda en el 2015 a través de enmienda legislativa. En estas, pese a que los discursos políticos no reconocen los efectos de desarme del modelo corporativista de la economía ecuatoriana, se evidencia a través de un análisis más desapasionado de la pregunta tres¹²⁷ de la consulta popular, que representa romper el maridazgo entre oligopolios financieros y mediáticos y la mutua funcionalidad de estos en el resguardos de sus intereses. Así también, la pregunta cuatro¹²⁸ del referéndum que autorizaba la expedición de una ley de comunicación que garantice de manera más integral los derechos de libre expresión, libre opinión y a la información imparcial, veraz y objetiva, buscando alejarlos de la penetración que sufren de intereses económicos en la gran mayoría de medios de comunicación. Aspectos que aún se encuentran en el centro de las disputas políticas en el Ecuador.

normas nacionales de educación superior; reducir el ingreso de personal a las filas militares y especializar su capacidad operativa a los nuevos cuadros de riesgos y amenazas; entre otras medidas. Nunca como ahora hemos visto una conducción civil del mando militar, con todos los problemas que eso acarrea.

¹²⁷ La pregunta tres de la consulta popular del 2011 decía: “Con la finalidad de evitar conflicto de intereses, ¿está usted de acuerdo con prohibir que las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, sean dueños o tengan participación accionaria fuera del ámbito financiero o comunicacional, respectivamente, enmendando la Constitución como lo establece el Anexo III?”.

¹²⁸ La pregunta cuatro del referéndum del 2011, decía: “Con la finalidad de evitar los excesos en los medios de comunicación, ¿Está usted de acuerdo que se dicte una ley de comunicación que cree un Consejo de Regulación que norme la difusión de contenidos en la televisión, radio y publicaciones de prensa escrita, que contengan mensajes de violencia, explícitamente sexuales o discriminatorios; y que establezca los criterios de responsabilidad ulterior de los comunicadores o los medios emisores?”

Para lograr el desarme del Estado corporativo, tiene especial importancia la disputa de sentido y la construcción de opinión pública. En esta lógica –y a manera de referencia al margen–, hay que ubicar, tanto los actos de rendición de cuentas al pueblo ecuatoriano que hace cada sábado el mandatario ecuatoriano en alguna localidad del territorio nacional y con retransmisión radial y televisiva, como la confrontación permanente que mantiene con medios de comunicación denominados ‘mercantilistas’, así como las reformas constitucionales y la expedición de la Ley de Comunicación¹²⁹.

En el diseño institucional que busca desarmar el Estado corporativo tiene especial interés el Art. 232 de la Constitución vigente, que establece:

No podrán ser funcionarias y ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan.

Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismos o entidad en los que presten sus servicios.

También la institucionalidad de promoción de los derechos de los pueblos indígenas, que en su momento fuera el Consejo de Desarrollo de Pueblos y Nacionalidades del Ecuador (CODENPE), se vio modificada por efectos de la Nueva Constitución y la política pública, por considerarse que también hace parte del esquema corporativista de representación de intereses. En su lugar, la Constitución de Montecristi establece un modelo de Consejos Nacionales de Igualdad.

Estas entidades de naturaleza pública, tienen la responsabilidad de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos constitucionales y los derechos humanos, con atribuciones para formular, transversalizar, observar y hacer

¹²⁹ Expedida el 21 de junio del 2013, y publicada en el R.O. No. 22 de 25 de junio del mismo año.

seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales y de discapacidades y movilidad humana (Art. 156 constitucional).

Los consejos nacionales de igualdad, se integran de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y el Estado, y están presididos por quien represente a la Función Ejecutiva (Art. 157 constitucional). De esta manera, los intereses y aspiraciones de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, encuentran también una representación en la estructura de la Función Ejecutiva, no como una representación de intereses particularistas, como terminó siendo la estructura institucional anterior, sino en función de la igualdad en la diferencia, que hay que construir.

Desarmar el Estado corporativo, sin embargo, es una empresa de dimensión histórica, por lo que hoy mismo es objeto de una intensa disputa política, sin poderse predecir los resultados. De lograrlo, el Ecuador habrá enrumbado su destino hacia la equidad, la interculturalidad y la justicia distributiva.

2.2. Un neorrepublicanismo para un nuevo constitucionalismo

No podría entenderse a cabalidad la lógica de las rupturas que hace la Constitución de Montecristi con el Estado corporativo sin comprender la articulación orgánica que esta traza entre republicanismo y derechos ciudadanos.

El retorno del Estado¹³⁰ contenido en la Nueva Constitución está sustentado en un ejercicio de revisión de la historia, de la cual se extrae, al menos, tres

¹³⁰ Algunos autores (SANTOS, 2010), (GUENTES, GUENES & ISAZA, 2009), (OSZLAK, 2006), que abogan por una transformación del Estado neoliberal hablan de la necesidad de una Refundación del Estado que consiste en una vuelta a la centralidad del Estado en la economía y en las políticas sociales, abandonando la ortodoxia neoliberal, en la aplicación de políticas de redistribución de la riqueza a través de transferencias directas y focales, en la implementación de un Estado competitivo, gerencista, y de una administración pública

grandes fundamentos: el reconocimiento de nuestras raíces históricas no coloniales, de la cultura forjada con el aporte de diversas culturas y de las luchas sociales que hicieron posible la existencia del Estado; la ruptura con el pasado¹³¹; y la recuperación de los postulados revolucionarios del Estado moderno, poniendo algunos énfasis para rescatar lo público y lo comunitario de los reductos de la historia colonial, pero también, neoliberal; para ponderar el poder popular arrebatado por el poder aristocrático, burgués, capitalista y burocrático; en fin, para entronar a la ciudadanía –un tipo de ciudadanía–, como sujeto político del cambio.

El diseño constitucional apunta a desterrar todas aquellas instituciones que facilitan, promueven o encubren la pervivencia de formas de absolutismo y de gobierno de los hombres, expresado en nuestros tiempos en el Estado corporativo de origen colonial y neoliberal. La Constitución de Montecristi concibe un estado de ciudadanía amplia, una ciudadanía universal; reconfigura el tradicional esquema de división y equilibrio de poderes; apuntala la re-legitimación de los actores públicos y de los partidos políticos en particular sobre la base de un modelo de democracia mixta que combina formas de democracia representativa, participativa y comunitaria; configura una noción de igualdad estableciendo un trato diferente para los diferentes, la libertad ejercida con responsabilidad social, la interconexión y la igualdad de jerarquía de los derechos; propone un humanismo complementado con los derechos de la naturaleza; en fin, asume un racionalismo abierto a otras cosmovisiones y formas de conocimiento.

de nuevo enfoque, desburocratizada, supuesta a implementar alianzas público-privadas. El Estado refundado deberá combatir la persistencia de los sistemas de dominación con sus matrices racista, colonialista, capitalista y machista.

¹³¹ El pasado representado en la subsistencia de instituciones incrustadas en el Estado y en la sociedad de origen colonial, pero también el pasado de los contemporáneos proyectos de dominación global representados por el neoliberalismo. Ese pasado que se expresa claramente en el modelo Estado corporativo y que busca ser superado en la fórmula constitucional del 2008.

En lo que tiene que ver con las nociones de desarrollo y economía –el progreso como noción revolucionaria–, la Constitución apuesta por un Estado planificador y articulador, en el que cobra fuerza la planificación territorial por regiones, el ordenamiento de la economía nacional y de la gestión pública, y el funcionamiento de diversas formas de economía: capitalista –estatal y privada–, comunitaria, social y solidaria; todo asentado en la noción de Buen Vivir, que alude a un concepto de desarrollo integral y finalista. No se trata, por tanto, de un modelo económico liberal clásico o neoliberal, sino más bien de lo que RAMÍREZ (2010) califica como biosocialismo republicano, que a la vez que garantiza la plena realización del individuo y de los particulares, garantiza otras formas económicas de carácter colectivo o solidario, a la par que garantiza un intervencionismo estatal socialmente justificado.

El conjunto de cambios ponen a prueba la capacidad de corrección¹³² del Orden, esto es, la capacidad de modificación de las conductas individuales y sociales, la capacidad de aniquilación de las instituciones y formas sociales antidemocráticas subsistentes al interior del Estado de Derecho, y la capacidad de tomar decisiones en justicia.

Pero como siempre ocurre, el deber ser de la Constitución se encuentra librado al juego del poder por lo que el proceso político que lo impulsa está plagado de contradicciones y difusas coherencias, de avances y retrocesos, de concreciones y desencantos, así como de imposibilidades y potencialidades, también en lo que respecta al tema indígena, cuyas aspiraciones más altas hacen parte y ayudaron a configurar el cuerpo constitucional, no obstante algunas de sus organizaciones representativas se mantienen a distancia –y otras en franca

¹³² ALEXY, en el marco del debate sobre derecho y moral, sostendrá la tesis sobre la pretensión de corrección del derecho, que plantea que el acto de prescribir conlleva la intención de cambiar un estado de cosas de conformidad con algo que se pretende correcto. Traer nuevamente a discusión el vínculo entre derecho y moral así como sostener la tesis acerca de la pretensión de corrección del derecho tuvo muchos efectos y mereció reacciones importantes en el campo jurídico (ALEXY, 2001).

oposición- respecto de las políticas gubernamentales que implementan dichas aspiraciones.

En la siguientes líneas buscaremos resaltar algunos de los elementos más sobresalientes de las reformulaciones que hace la Constitución de Montecristi y el proyecto político que la contiene respecto del modelo de Estado que configura en relación a los derechos ciudadanos, fundamentalmente, considerando que estos elementos determinan el modelo de constitucionalización del derecho indígena.

2.2.1. El retorno del Estado: republicanismo comunitario o republicanismo liberal

*Es la ambición de los poderosos, dirigida contra el pueblo,
lo que constituye el peligro más grave y menos fácil de
neutralizar para los gobiernos libres*
Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*

El modelo de Estado contenido en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, especialmente en las Constituciones¹³³ de Ecuador, Bolivia y Venezuela, es de naturaleza republicana, no solo porque apela explícitamente a dicha denominación sino porque su estructura institucional y su sistema democrático están armados sobre bases republicanas, específicamente, sobre un fuerte sentido de lo público, una clara reafirmación en la soberanía popular, una reformulación del poder y de la división del poder, la promoción de una ciudadanía activa y participativa, y un reconocimiento extenso de derecho ciudadanos.

El rescate de lo público se verifica en la Constitución ecuatoriana a lo largo de su texto y está asentado en un proceso de reconfiguración del Estado sobre la base de una democracia participativa y comunitaria y de un poder ciudadano que ejerce

¹³³ Entre las constituciones que hacen parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano también habrá que incluir a la Constitución colombiana de 1991, que da inicio a esta corriente del constitucionalismo.

sus derechos en forma individual y colectiva. También se refleja en el ejercicio de un estilo de gobierno cercano a los ciudadanos y un accionar gubernamental hacia la transformación de la sociedad, de su cultura y de su modelo de desarrollo, apuntando a la superación de las históricas inequidades y formas de expoliación que se mantuvieron en desmedro de la calidad de vida de las personas, así como de la naturaleza.

El diseño constitucional al que hago referencia plantea una revalorización de la participación no solo política sino ciudadana, así como apunta a crear un sentido fuerte de comunidad, lo que coincide con visiones contemporáneas de republicanismo cívico en posiciones intermedias entre el valor intrínseco de la participación ciudadana y de las virtudes cívicas (republicanismo aristotélico), y el valor instrumental de la participación y el compromiso ciudadano (republicanismo liberal)¹³⁴. Como consecuencia de esto, se recupera el rol interventor del Estado en la planificación del desarrollo y en la economía, en la promoción y defensa de los derechos ciudadanos, así como en la dinamización de la participación ciudadana, no solo con el fin de mantener en funcionamiento la democracia y preservar las libertades, sino para reconstruir los sentidos comunes, comunitarios y públicos desgajados tanto por la desarticulación social que se dio en la colonia como por la supremacía de los valores mercantilistas y las conductas individualistas promovidas por el liberalismo. Es una fórmula que vincula la libertad con el

¹³⁴ HERNÁNDEZ hace referencia a las distintas nociones de libertad que vienen siendo cuestionadas o superadas dentro del debate republicano contemporáneo, del que, sin ser homogéneo ni monolítico, o sin tener vasos comunicantes con el constitucionalismo, insistimos, ha influido en el diseño del Nuevo Estado. En este, al menos dos posiciones son relevantes para este trabajo: la visión aristotélica que enfatiza en el valor intrínseco de la participación política y de las virtudes ciudadanas, posición que es vista como una forma de comunitarismo porque define la primacía de las identidades comunitarias y señala que la vida privada promovida por las sociedades liberales tiene efectos antisociales. Autores en esta línea son ARENT (1998), SANDEL (2000) y TAYLOR (1985, 1993); y la visión del republicanismo liberal que enfatiza en la importancia instrumental de la participación y el compromiso ciudadano como herramienta básica para evitar la corrupción y defender los derechos de las personas. Su principales representantes son SKINNER (1985, 1996, 2004), PETTIT (1999, 2002) y SUSTEIN (2004), entre otros (HERNÁNDEZ, 2005, p. 194).

servicio público y la participación política y ciudadana bajo el mandato constitucional que dicta “promover el bien común y anteponer el interés generales al interés particular, conforme al buen vivir”¹³⁵.

Como se ve, aunque se trate de un discurso externo al Derecho, las teorías republicanistas contemporáneas han contribuido para delinear tanto el camino de retorno del Estado en su capacidad de planificación y de intervención socialmente justificada, en la recuperación del valor de lo público y comunitario, y para trazar el nuevo diseño de la institucionalidad pública. Como para renovar el debate acerca de la ciudadanía y delinear un modelo democrático participativo y deliberativo, así como para enriquecer el debate sobre el carácter interrelacional, indisponible, inalienable y de igualdad jerárquica de los derechos, especialmente con su crítica a las ideas liberales sobre libertad.

En este sentido, la defensa que hacen los neorepublicanistas sobre los derechos de libertad no tiene que ver con la promoción de una libertad limitada a pagar impuestos o a respetar los derechos de los demás, tampoco se trata de consolidar o fortalecer la libertad negativa, o perspectivas liberales clásicas como la que la entiende a la libertad como ausencia de oposición (HOBBS, 2002), o ausencia de restricciones (OPPENHEIM, 1981 y BERLÍN, 1993), o ausencia de interferencias y coacción. En términos de ejercicio de las libertades, apunta más bien a promover una dimensión de la libertad como ausencia de dominación y ausencia de dependencia (PETTIT, 2004, p. 194), y una libertad como reconocimiento (CAMPS, 2002), ejercida esta dentro del conjunto de derechos ciudadanos que poseen igualdad de jerarquía en su vigencia y garantía.

El republicanismo de la Constitución de Montecristi toma especial atención a la reconfiguración del aparato del Estado a fin de que todos, en todos los niveles de

¹³⁵ Núm. 7 del Art. 83 constitucional.

jerarquía, asuman el papel de servidores públicos y abandonen el rol de funcionarios públicos.

Abandonar el rol de funcionarios públicos representa un mecanismo de despojo del poder burocrático asentado en la idea de ‘representación de la nación’ –y el consecuente secuestro de lo público que ello conlleva–, redefiniendo su rol en términos de servicio público, no en el sentido weberiano de ‘servidor’ ligado a la dominación tradicional, sino en el sentido de reconstruir la tradicional separación entre Estado y sociedad, generando un desplazamiento de lo público hacia lo social¹³⁶.

Al amparo de este neorrepublicanismo, el Estado ecuatoriano entró desde los inicios del gobierno de Rafael Correa a un proceso de reordenamiento del aparato estatal central, descentralizado, autónomo y territorial; del sector económico y las finanzas; de la producción nacional y los sectores estratégicos; de las políticas sociales y sectoriales, todo lo cual se halla en correspondencia con una declarada opción por la relegitimación y racionalización¹³⁷ de lo público, que a la vez, representa la implementación de un modelo de gestión pública y desarrollo económico y social de corte universal, en contraposición del modelo neoliberal de

¹³⁶ HABERMAS, 1962, *citado en* CUNILL GRAU, 1997.

¹³⁷ Tal importancia reviste la razón en el Estado de derecho que para el racionalismo convergentista de RAWLS (2002), en la democracia se pone en juego, esencialmente, acciones de agentes racionales que, sobre principios básicos, suscitan acuerdos racionales entre personas razonables, lo dice, vengan de donde vengan. En esta concepción no es la condición social, ni la división de clases, ni la diferencia cultural la que incide en la obtención o no de justicia; son la razón y las personas razonables las únicas que pueden suscitar acuerdos sobre principios universalmente aceptables. El racionalismo rawlsiano es el ideal para las democracias liberales contemporáneas, por lo que se entenderían aceptables socialmente las medidas tendientes a racionalizar las relaciones entre estado y sociedad; sin embargo, parece ser que en la complejidad de las democracias contemporáneas juegan más elementos que el racionalismo de los agentes y los principios universalmente aceptables. Sin olvidar el verdadero peso de los intereses particulares e individuales en la generación de acuerdos, los elementos sociales, económicos, culturales e históricos entran en el juego de la construcción de acuerdos (*En general*, RAWLS, 1971).

desarticulación del aparato del Estado y de libre mercado, que se encontraba vigente.

En política social, el gobierno optó desde sus inicios por una política de bonos, subsidios y créditos, dirigida a mejorar el nivel de vida y la capacidad de consumo de sectores de estratos bajos y medio bajos. En inversión pública viene sosteniendo una fuerte inversión en infraestructura vial nacional, en el cambio de la matriz productiva haciendo grandes inversiones en megaproyectos hidroeléctricos, turismo y fortalecimiento del sistema educativo inicial, primario, medio y superior; en mejoramiento de servicios e instituciones públicas (salud, educación, seguridad social, correos, registro civil), y programas de vivienda dirigidos a sectores populares y medios de la población.

En política económica, el gobierno de Correa se inauguró tomando distancias con las políticas fondomonetaristas, e implementando un programa económico anticíclico orientado a dinamizar la economía interna a nivel nacional, regional y local sobre la base de una fuerte inversión pública, impulso al consumo interno, recaudación fiscal, regulación económica y apertura de nuevos mercados, más allá del sostenimiento de la economía tradicional sustentada en la producción petrolera, la producción primaria extractivista y las remesas de los migrantes¹³⁸. El modelo económico implementado en esta fase rompió con la tradicional economía de enclaves que se sostuvo a lo largo de la historia republicana y se expresó de maneras distintas en las diferentes épocas históricas: resguardo de regiones, zonas, ámbitos, actividades de desarrollo económico, en desmedro del desarrollo general o de corte universal.

La política de recomposición del aparato estatal central, descentralizado y autónomo está orientada a racionalizar el servicio público y el sistema de remuneraciones públicas bajo un modelo universal de acceso, permanencia,

¹³⁸ Que cayeron en declive por la crisis económica en Europa y Estados Unidos.

promoción y homologación de remuneraciones del sector público, buscando eliminar las distorsiones generadas por las políticas gremiales, sectoriales, de instituciones autónomas y de gobiernos locales, que se encontraban vigentes. Este esfuerzo de racionalización, sin embargo, fue el detonante de los acontecimientos ocurridos el 30 de septiembre del 2010¹³⁹.

La intervención estatal en la economía, justificada socialmente, apunta a incidir en el cambio de la matriz productiva tradicional, esto es, en el modelo de economía primaria, en la subsistencia de modalidades de trabajo precario, en el modelo de tributación de los más pobres, en el modelo de dependencia externa y en el modelo de deuda externa¹⁴⁰.

¹³⁹ El 30 de septiembre de 2010 el Ecuador amaneció con la noticia de que en un recinto policial ubicado al sur de la ciudad de Quito ocurría un acuartelamiento, esto es, una masiva concentración de elementos policiales que demandaban al Gobierno determinadas reivindicaciones salariales, y a los que se sumaron elementos militares; acuartelamiento que se extendió a otros recintos en la ciudad y otras ciudades del País, dejando sin resguardo policial a la ciudadanía. El desarrollo de los acontecimientos llevó, al final del día, a que el presidente Correa afronte un operativo militar de rescate, en medio de una balacera. En enero de 2011, la ONU emitía un pronunciamiento, fruto de una visita *in loco* realizada en meses anteriores, en donde concluía que los varios hechos de aquel día “amenazaron la vida [de Correa], obstaculizaron la labor legislativa, causaron el cierre de aeropuertos, así como otros acontecimientos, constituyeron un intento de desestabilización política y una amenaza al orden constitucional y democrático”

¹⁴⁰ De acuerdo a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), órgano de planificación estatal encargado de garantizar la implementación de Plan del Buen Vivir, en cinco años de Gobierno, somos el tercer país con mayor crecimiento económico en América Latina, se ha duplicado la recaudación de impuestos, se ha avanzado en la transformación productiva con una alta inversión en el sector eléctrico y turístico, se ha duplicado la inversión pública y la inversión social, los créditos bancarios se triplicaron, la pobreza cayó en nueve puntos, la desigualdad en siete puntos y el desempleo. No obstante, no se ha avanzado en la modificación de la matriz productiva, en la participación de los territorios en la definición de la inversión, en la distribución de la tierra en el campo, ni se han modificado las cifras de pobreza en el campo, especialmente entre la población indígena. SENPLADES, Informe 2011 <http://informe.com/senplades.gov.ec/>. Para el 2015, el panorama seguirá cambiando, esta vez marcada por la crisis económica generada por la baja de los precios del petróleo, la revalorización del dólar y la crisis de las grandes economías mundiales, lo que vuelve a poner a prueba el modelo.

A todo esto acompaña una ciudadanía activa que toma posiciones a favor y en contra de las políticas de cambio y los programas de gobierno, lo que expresa una agitada disputa en torno a la dotación de sentidos del modelo constitucional, como a los contenidos del cambio. No en vano HERNÁNDEZ sostiene que una sociedad republicana no es aquella donde las normas son el producto de la voluntad popular, sino aquella en donde las acciones de gobierno pueden sobrevivir al desafío popular (HERNÁNDEZ, 2005, p. 205). Lo público y lo político es vibrante en este proceso.

La naturaleza republicana del constitucionalismo de Montecristi, así como la necesidad de superar el Estado corporativo y revalorar lo público y lo comunitario, hacen que las políticas que se diseñan al amparo de ella tengan un enfoque esencialmente universalista, en el que no solo que no caben las tradicionales visiones sectoriales de la gestión gubernamental y del desarrollo social sino que, paradójicamente, tampoco caben las tradicionales demandas etnicistas que con la conquista de espacios de reconocimiento y visibilidad en la estructura estatal (Fondo Indígena, CODENPE, Salud Intercultural, Educación Intercultural, etc.), también hacían parte del Estado corporativo que busca ser superado, pese a que dichas conquistas inspiraron y orientaron los conceptos constitucionales del Buen Vivir, el relacionamiento intercultural, la democracia comunitaria y el pluralismo jurídico. De aquí surge el modelo de constitucionalización de los derechos indígenas y del derecho indígena, ciertamente en una dimensión distinta a la del constitucionalismo clásico.

2.2.2. Promoción de una ciudadanía activa y participativa

En el nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene una importancia vertebral la existencia de una ciudadanía activa y participativa dado que son los derechos y aspiraciones de buen vivir de estos, y no de los estamentos, sectores, grupos o corporaciones, los que dinamizan la democracia y poner en acción los

mecanismos de protección de los derechos: ejerce el control ciudadano del poder, participa de la planificación del desarrollo, apoya las acciones de control de la corrupción, reacciona frente al ejercicio discrecional del poder público o emprende de manera directa la defensa de sus derechos.

Recordando nuevamente a TOCQUEVILLE, esta explosión de derechos y de participación ciudadana no solo podría llegar a ser una pesadilla democrática sino que podría llegar a ser una pesadilla de los derechos, dado que potencialmente todo ciudadano está en la capacidad de impugnar al poder o de demandar sus derechos. No obstante, más que temor a un desborde democrático, lo que anima a la Constitución de Montecristi a optar por la construcción del ‘poder popular’, es la necesidad de garantizar que los valores comunes que deja establecidos en su texto, reconstruyan el proyecto de sociedad del Buen Vivir. Sin duda es una apuesta arriesgada, y hasta la redacción de este trabajo, poco exitosa.

El concepto de participación ciudadana se arma en la Constitución desde el Preámbulo, cuando considera al pueblo soberano como heredero de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y al establecer que la soberanía radicada en el pueblo y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución (Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, CRE). Aún más, para garantizarla, desarrolla un gran Título, el IV, que liga la participación a la organización del poder contemplando las distintas formas de organización, distintos niveles de participación, varios mecanismos de democracia directa, todos los cuales pueden ser ejercidos de manera individual o colectiva¹⁴¹.

¹⁴¹ Vale dejar sentado que el liberalismo dejó de tener problemas con el ejercicio colectivo de los derechos a partir de la década de los ochenta, cuando en el marco de los debates sobre minorías, en el seno de las Naciones Unidas, se entendió que los derechos colectivos se establecieron esencialmente para defenderlas, bajo el supuesto de que si se acepta que hay colectividades que tienen derechos e individuos que tienen derechos, es admisible el ejercicio colectivo de la defensa de los derechos individuales. En este sentido, KYMLICKA ve

Más allá de que la Constitución recoge el concepto de ciudadanía universal al otorgar derechos a los extranjeros¹⁴², el centro de la fórmula constitucional está en la inclusión de nuevos mecanismos de participación directa y en la apuesta por la edificación de un ‘poder ciudadano’ que actúe como contrapeso del poder político¹⁴³.

Hasta antes de la Constitución de 2008, la participación ciudadana se enmarcaba en los tradicionales mecanismo de las democracias liberales de participación directa como son la participación en la vida política del país, el acceso a cargos públicos, elegir y ser elegido¹⁴⁴, etc.

La nueva Constitución, amplía de manera exponencial estos mecanismos a favor de la construcción del denominado ‘poder ciudadano’, concebido como una red de organizaciones sociales, que pueden ser de diverso tipo o naturaleza, capaces de articularse a procesos públicos como proveedores, deliberantes, legitimadores o fiscalizadores de la acción pública. Para que esto ocurra, el Estado no solo abre todos sus niveles de acción a la participación ciudadana sino que

que a pesar de que el compromiso fundamental de los liberales es con la igualdad y libertades individuales la aceptación de reivindicaciones de derechos diferenciados de minorías étnicas y nacionales es perfectamente posible (KYMLICKA, 1996, p. 57).

¹⁴² El Art. 9 de la Constitución establece que: “Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución”.

¹⁴³ Mucho de esto inspirado en una democracia de los excluidos que desde la década de los ochenta comenzó a forzar los mecanismos del derecho obligando a dar respuestas legales e institucionales, que sin pretender ser una medida subversiva, ha logrado impactos significativos en el mundo jurídico.

¹⁴⁴ Otras constituciones, la española por ejemplo, contempla la regulación legal para la realización de audiencias de ciudadanos, directamente o a través de organizaciones y asociaciones reconocidas por ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecte. Contempla, también, el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, con ciertas salvedades. Por último, contempla el procedimiento de los actos administrativos, garantizando cuando proceda, la audiencia del interesado (Art. 105 CE/78).

asume un rol protagónico en la promoción de la organización social que se proponga participar en el engranaje de lo público.

Siendo que la formación de la sociedad desde arriba es una posibilidad admisible en el proceso de formación de Estado, la propuesta de participación ciudadana concebida por la Asamblea Constituyente apunta al fortalecimiento del principio democrático¹⁴⁵ y a la legitimación de lo público.

En un modelo de esta naturaleza, los mayores retos tienen que ver, fundamentalmente, con dos aspectos: 1) que la apertura de espacios de participación social se hace en ámbitos no preparados ni organizados para actuar en una dinámica de cooperación, coordinación o sujeción a la ciudadanía, esto es, las instituciones públicas; por lo que los procesos participativos pueden no pasar de ser simulacros de participación; 2) que al ampliarse la posibilidad de control o cooptación estatal de espacios organizativos ciudadanos esta podría tender a neutralizar la acción social, y no necesariamente servir de canal para el procesamiento de demandas ciudadanas. Mucho de lo cual ha venido ocurriendo en los 9 años de gobierno de la revolución ciudadana, aunque también hay que dejar sentado que los espacios de participación ciudadana construidos por la gestión gubernamental no ha impedido que se expresen distintas manifestaciones de resistencia al cambio¹⁴⁶, y que sectores sociales y políticos compitan y disputen

¹⁴⁵ Los movimientos sociales que actuaron en las últimas décadas del siglo XX y primeros años del siglo actual y que excluyeron de su discurso la lucha por el socialismo o el comunismo, demandaron la implementación de una democracia radical que abra a la ciudadanía espacios de participación en lo público, como medio para asegurar los derechos de las personas y colectividades, con la misma fuerza que resistieron la implementación de las políticas neoliberales en boga.

¹⁴⁶ Son muchas las teorías que estudian las reacciones sociales frente al cambio. Entre ellas podemos citar algunas que tienen que ver con los canales de comunicación y opinión pública, como son: teorías de los efectos en las audiencias; teoría de la omnipotencia de los medios; teoría de la bala mágica; teorías de los efectos limitados; teorías de las diferencias individuales; teoría de las categorías sociales; corriente de (audiencias) los usos y gratificaciones; Agenda Setting o teoría de la construcción de agendas. Esta última se encuentra en boga en círculos políticos y empresariales y parte de los conceptos

los sentidos y los logros del programa político, e incluso demanden el abandono mismo del proyecto de la Revolución Ciudadana.

Con todo, la participación ciudadana está concebida en la Constitución para que actúe en amplios ámbitos del quehacer público: en procesos de construcción de decisiones públicas sectoriales, en la elaboración de presupuestos locales, en la planificación del desarrollo, en procesos de construcción de decisiones de gobiernos locales y autónomos, en procesos de construcción normativa, en el control de la gestión pública y de sus representantes. En este sentido, las formas de participación directa constituyen normas transversales aplicables al ejercicio del poder público.

No es lugar para realizar una evaluación de cómo se ha venido construyendo este 'poder ciudadano', pero sí anotar que como efectos del modelo, las formas de participación social tradicional que se venía expresando por medio de

sostenidos por NEUMANN (1974), quien sostiene que forma parte integrante de los procesos de opinión pública “[e]l temor al aislamiento (no solo el temor que tiene el individuo de que lo aparten sino también la duda sobre su propia capacidad de juicio). Aquí reside el punto vulnerable del individuo; en esto los grupos sociales, pueden castigarlo por no haber sabido adaptarse. Hay un vínculo estrecho entre los conceptos de opinión pública, sanción y castigo”. A partir de esto, la teoría de la construcción de agendas, limita en parte el poder de los medios como formadores de opinión a la jerarquización del temario, el enfoque de NEUMANN parte del supuesto que la mayor parte de las personas, temen naturalmente al aislamiento y, al manifestar sus opiniones personales, tratan de identificar la opinión de la mayoría para luego sumarse al ‘consenso general’. Los medios de comunicación, operan como formadores del consenso, los periodistas tendrían la autoridad necesaria para diagnosticar el ‘clima de opinión’. La lógica de este modelo, lleva a entender que en la sociedad se conforma una espiral silenciosa dado que, cuanto más se difunde una opinión dominante, más se silencian, las individuales voces minoritarias en disidencia, con lo cual, se acelera el efecto de las opiniones mayoritarias construyendo un proceso de retroalimentación ascendente: “Basándonos en el concepto de un proceso interactivo que genera una ‘espiral’ de silencio, definimos opinión pública como aquella que puede ser expresada en público sin riesgo de sanciones (...) según este mecanismo psicológico que hemos denominado ‘espiral del silencio’, conviene ver a los mensajes como creadores de opinión pública. Constituyen el entorno cuya presión desencadena la combatividad, la sumisión y el silencio” (*Teorías de los efectos en las audiencias*, Mass Communication Research, <http://comunicacion.idoneos.com/index.php/337570>, consultado el 8 de enero de 2016).

movimientos ciudadanos, organizaciones sociales, ONGs, grupos de interés, asociaciones de mujeres, grupos barriales, movimiento indígena, etc., han entrado en crisis por no encontrar lugar en los nuevos mecanismos institucionalizados de acción ciudadana. En cierta medida, el modelo al que hacemos referencia supuso la desarticulación del movimiento social que articuló el poder constituyente que dio lugar a la Constitución de Montecristi y que, sin embargo, ahora se ve fuera de los procesos participativos ciudadanos.

Para el caso indígena, más allá de que el debilitamiento de sus estructuras organizativas y varias discrepancias con las políticas gubernamentales alejaron paulatinamente a las principales organizaciones indígenas del proyecto de la revolución ciudadana, la falta de iniciativa del movimiento indígena para acoplar sus formas organizativas a los nuevos mecanismos de participación ha limitado la incidencia de las demandas indígenas en el diseño de las políticas públicas.

No obstante que dichas políticas públicas de corte universalista que incorporan de manera general componentes interculturales y que importantes organizaciones indígenas asumen políticas de distanciamiento con las políticas de cambio muestran una sólida dinámica democrática, frustran la posibilidad de que las perspectivas indígenas incidan en mayor medida en los procesos de transformación, lo que vuelve a dejar en manos de burócratas o actores externos a las organizaciones indígenas, el poder de decisiones que influyen sus formas de vida.

2.2.3. Los derechos ciudadanos del Buen Vivir: de prerrogativas formales a normas sustanciales

En el constitucionalismo ecuatoriano, poco distinto de los modelos constitucionales en América Latina, los derechos no pasaban de ser prerrogativas formalmente reconocidas en los textos constitucionales que no alcanzaban a cumplir su objetivo democrático, esto es, actuar como límites al poder político.

Esto también encuentra sus raíces en el modelo de República que se adopta, y que no encuentra solución en las distintas etapas históricas.

Armado como un Estado segmentado regionalmente, jerarquizado y estamentalmente estructurado, los peligros del nuevo Estado no fueron las demandas de democracia, dignidad humana, libertad, sino, sustancialmente, las tensiones y confrontaciones entre las oligarquías regionales, especialmente de la Costa y de la Sierra.

En este escenario, las prerrogativas ciudadanas no son asumidas como fin y razón de la República; son elementos secundarios frente al interés que pone el modelo constitucional a la configuración y fortalecimiento de la institucionalidad del Estado. Esto se expresa en el conjunto de derechos reconocidos en las distintas constituciones, así como en la ausencia de garantías normativas e institucionales que hagan posible el ejercicio de los derechos.

Las constituciones decimonónicas, hasta la Constitución de 1929, concibieron las prerrogativas ciudadanas en términos de garantías y no de derechos¹⁴⁷. La fugaz Constitución de 1945 comienza a modificar esta concepción al establecer el Título Décimo Tercero que habla de *Las Garantías Fundamentales* pero desarrolla las prerrogativas en términos de derechos individuales. Esta Constitución, además, incluye el reconocimiento a derechos económicos y sociales: familia, educación y cultura, economía, trabajo y previsión social y derechos de los extranjeros y crea por primera vez el Tribunal de Garantías Constitucionales¹⁴⁸ –aunque con una estructura corporativista–, y establece el *habeas corpus* –que ya lo había

¹⁴⁷ A excepción de las constituciones de 1830, 1878 y 1845 que se refieren a derechos y garantías.

¹⁴⁸ Que desaparece en la Constitución de 1946 para volver a reconocerse como Tribunal de Garantías Constitucionales a partir de la Constitución de 1967, hasta la Constitución de 2008 que cambia de Tribunal a Corte Constitucional. Este último cambio dota a este organismo, por primera vez, de facultades jurisdiccionales y lo coloca como el intérprete general de la Constitución, lo que modifica sustancialmente la ideología constitucional de los derechos.

reconocido la Constitución de 1929-, como garantía constitucional del derecho de libertad. La Constitución de 1946 vuelve a tratar las prerrogativas en términos de garantías, hasta que la Constitución de 1967 acoge el tratamiento moderno de 'garantías, derechos y obligaciones' que subsiste en los siguientes cuerpos constitucionales.

La vida es reconocida como derecho en la constitución de 1878, y luego en las restantes constituciones a partir de 1906. La prohibición de la tortura y de las penas infamantes reconoce la Constitución de 1906. Las libertades de sufragio, contratación, trabajo, reunión, asociación, de enseñanza, de creencias religiosas; así también, la presunción de inocencia, la libertad de conciencia, la prohibición de monopolios, la libertad de testar, solo son reconocidos a partir de las constituciones liberales de comienzos del Siglo XX, aunque esporádicamente algunos de los mencionados derechos fueron reconocidos en una que otra constitución anterior.

Las palabras 'derechos del hombre' se mencionan por primera, y única vez, en la Constitución de 1878. Las palabras 'dignidad humana' aparecen en las constituciones de 1929 y 1945; y las palabras 'derechos humanos' aparecen tardíamente en la Constitución de 1967.

Hasta la constitución de 1998 no se asumieron verdaderas garantías de protección de derechos constitucionales, esto es, garantías públicas que operen sobre una lógica de derecho público.

El *hábeas corpus*, incorporado desde la Constitución de 1929 como único mecanismo de garantía constitucional¹⁴⁹, fue una garantía que se ejerció haciendo uso de técnicas interpretativas del derecho privado, cuando desde la segunda

¹⁴⁹ Hasta la Constitución de 1998 en que se incorpora al *hábeas data* y a la acción de amparo, así como instituye la Defensoría del Pueblo creada para promover y patrocinar el *hábeas corpus* y la acción de amparo, velar por la vigencia de los derechos fundamentales reconocidos y observar la calidad de los servicios públicos.

mitad del Siglo XX se desarrollaron con fuerza y se encontraban vigentes en el derecho interno de numerosos Estados y en el derecho internacional, importantes instrumentos de interpretación de derecho público.

En Ecuador ha sido común entender a las garantías y derechos como sinónimos, y solo en la Constitución del 2008 queda claro que tanto los derechos como las garantías de derechos tiene significados jurídicos propios, así, los derechos suponen atribuciones o prerrogativas de las personas y los colectivos, y las garantías suponen los medios para hacer efectivos los derechos. Doctrinariamente esta diferencia no siempre ha sido clara, y se ha entendido que muchas prerrogativas o atribuciones implican la capacidad de la persona de ejercer determinadas garantías. Así, tener derecho al habeas corpus, equivale a tener la capacidad de ejercer la garantía del habeas corpus frente a una privación arbitraria de libertad; tener derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo implica ejercer la garantía de asegurar la defensa. El tema es que no siempre los ordenamientos jurídicos desarrollan los mecanismos adecuados para ejercer tal o cual prerrogativa, dejando en letra muerta los derechos, y con ello, la justicia.

Esta forma de tratamiento de los derechos dentro de los cuerpos constitucionales, también responde al hecho general de que la mentalidad del derecho privado fue dominante en la función pública y que al derecho público le costó abrirse paso. Siendo esto un fenómeno regular en la historia de los Estados de derecho, para los Estados independientes de las ex Colonias españolas, al ecuatoriano en particular, le ha tomado la mayor parte de su historia republicana desarrollar y darle contenido a la noción de lo público. El predominio de la mentalidad del derecho privado no solo ha operado en el ámbito de la función pública sino que ha copado toda la acción estatal, y el ejercicio del derecho.

Sin embargo, no podemos engañarnos al pensar que esta falta de claridad en la definición de los conceptos jurídicos y el desmesurado apego hacia perspectivas jurídicas 'iusprivatistas' del derecho, tiene que ver con una ingenua o equivocada percepción jurídica. Como bien sostiene FERRAJOLI (1999), nada hay de natural en

la ineficacia de los derechos, o en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos, y nada hay de inevitable en el caos normativo, en la proliferación de fuentes, ni en la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento. El derecho, señala, es siempre una realidad no natural, artificial, construida por los hombres, entre los que se incluyen los juristas, quienes tienen una importante responsabilidad en este asunto.

Para FERRAJOLLI existe actualmente una crisis en la razón jurídica que se refleja en aquella actitud de los jueces cuando no ponen todas las ganas necesarias en la configuración de un sistema de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. Crisis de la razón jurídica que hace de los derechos, no solo inmunidades ejercibles por unos pocos, sino espacios vacíos carentes de medios para hacerlos realidad.

La importante aseveración de FERRAJOLI pone al descubierto, una vez más, que tanto los constantes eventos de refundación del Estado, vía asambleas o convenciones constitucionales, como la estructura de contenidos de los cuerpos constitucionales resultantes de tales eventos, así también la ausencia de instrumentos de garantía de los derechos constitucionalizados, o la poca observancia a la Constitución y a las leyes, tiene que ver con aquellas estructuras políticas, económicas y sociales imperantes en el País que, volviendo a TOCQUEVILLE, representan el estado social del ecuatoriano, que en sus fundamentos es estamental, aristocrático y corporativista.

La escasa observancia a la Constitución y a las leyes, es particularmente importante de ser anotada ya que no se trataría de un simple o aislado comportamiento individual, o menos aún tiene que ver con la ignorancia o la mala fe de los actores, sino que constituye un modo de relacionarse con el poder, de tomar parte en el poder, de ser en sociedad.

Aunque los estudios sobre este tema son escasos y dispersos, el estudio que realiza GARCÍA VILLEGAS (2011) referente a la arraigada cultura del incumplimiento

de reglas es particularmente importante para este análisis, dado que se trata de un estudio del contexto latinoamericano, aunque el autor se cuida de aclarar que no se trata de un fenómeno ni actual ni exclusivo de Latinoamérica, más aun, considerando que todos los sistemas de reglas tienen un cierto grado de incumplimiento.

Lo particular para nuestro caso es, a mi juicio, que la falta de apego a las reglas y a los mecanismos jurídicos llega a ser patético en la Región al punto de vaciar casi por completo el Orden del derecho. Como efecto de esto, se encuentra naturalizada la práctica de la ‘negociación’ de la aplicación de la ley, justificada bajo el manto de un pluralismo político de la ‘componenda’, esto es, antidemocrático¹⁵⁰.

El mecanismo de ‘pacto político’ o negociación de la aplicación de la ley es una práctica bastante arraigada y generalizada en Latinoamérica, es, por así decirlo, el mecanismo natural de la *real politic*¹⁵¹, y resulta bastante efectivo para darle plena funcionalidad al Estado corporativo. En este caso, el Estado actúa como el *pater familias*, que en ejercicio pleno de la *dominica potestas* distribuye los bienes de conformidad con su voluntad y su parecer, y al que hay que agradecerle y complacerle para acceder a una parte de los beneficios. En este sentido, el Estado corporativo es la más alta expresión del modelo weberiano de dominación tradicional (WEBER, 1944 -1992).

¹⁵⁰ En *Normas de papel*, GARCÍA VILLEGAS pone en evidencia que varios autores como O’DONNELL (1998, p. 330), NAIM (2005) y ELLICKSON (1991) han sostenido que este no es un fenómeno exclusivo de América Latina. Otros autores como DE MADARIAGA (1928), GOYTISOLO (1969) y GANIVET (1980), en cambio, sostienen que buena parte de esa cultura está asociada con la historia de España, mientras que KELSEN (1984, p. 24) lo planteó en términos de que el derecho no tiene sentido en los casos de cumplimiento o de incumplimiento plenos (GARCÍA VILLEGAS, 2010).

¹⁵¹ Tal como es el *lobby* en los Estados Unidos de Norteamérica o el ‘cuoteo político’ en Bolivia.

Por esta vía, una vez aprobada una nueva Constitución, esta quedaba librada a los acuerdos y componendas de las fuerzas políticas y de los intereses puestos en juego, convirtiéndolas en verdaderas hojas de papel. La voluntad de distanciamiento frente a esta tradición histórica explica de alguna manera el empeño que tiene el gobierno ecuatoriano actual, en poner a la Constitución y las leyes como espacio de relación entre Estado y sociedad, así como se entienden los conflictos y las reacciones políticas que esto conlleva.

GARCÍA VILLEGAS entiende que la cultura del incumplimiento se ve justificada por una variedad de puntos de vista, unos de naturaleza estratégica (quien incumple luego de calcular costos y beneficios de la obediencia); otros de naturaleza cultural (los que incumplen por considerar que los valores que representa la norma son menores que otros valores como los religiosos, sociales y familiares, por ejemplo); también hay quienes incumplen por razones políticas (como un acto de resistencia a la autoridad) (GARCÍA VILLEGAS, 2011, p. 162).

Ensayando una tipología ideal de personalidades incumplidoras¹⁵², GARCÍA VILLEGAS habla del vivo (o el que incumple por interés; el aprovechador; el que vive al borde de la ley), del rebelde (el que lo hace para defenderse de la autoridad; el carácter indómito y rebelde), y del arrogante (el que incumple en defensa de valores superiores, como su posición en la sociedad, su persona o su conocimiento. La soberbia de su condición de ricos disfrazada de hidalga)¹⁵³. Con la advertencia de que no se trata de tipos puros de personalidad¹⁵⁴, toma las palabras de ZEA

¹⁵² No incluye en su análisis ni a los comportamientos criminales ni al incumplimiento fundado en la negligencia o la ignorancia, sino al comportamiento intermedio que puede ubicarse entre la intención y la causalidad.

¹⁵³ Legado colonial del espíritu épico del conquistador y de la organización social basada en el honor, en donde los españoles y blancos ostentaban posiciones de honor, que en aquella época se asimilaba a tener virtud y libertad, lo que a su vez significaba no tener que trabajar y no tener que obedecer a nadie o a casi nadie (GARCÍA VILLEGAS, 2011, pp. 166, 168 y 169).

¹⁵⁴ Entre las personalidades incumplidoras de naturaleza híbrida, menciona al Taimado, que combina la actitud estratégica propia del vivo con el desconocimiento de la autoridad

(1957, p. 255)¹⁵⁵ para describir la personalidad del incumplidor arrogante; así dice:

El gobierno cristiano era un gobierno templado por la virtud y dirigido por la gracia divina. Este ideal mesiánico sobrevivió a la llegada de las repúblicas, solo que esta vez encarnado en las elites dominantes. La defensa de la familia también suele estar por encima de la ley. O, en otras palabras, la familia suele someter a los individuos con mayor eficacia que el Estado.

La descripción que hace GARCÍA VILLEGAS de la personalidad arrogante, retrata en todo su talante al aristócrata criollo ecuatoriano, y de cualquier otro país Latinoamericano. Dice:

El progreso del mercado y el surgimiento de la burguesía a finales del siglo XIX no pudieron desterrar las estructuras económicas heredadas de la colonia ni el espíritu señorial que las acompañaba. Con la independencia de España rodó la cabeza del rey, pero no las de los caudillos, militares, caciques, curacas y cabecillas (CHARVET, 2005, p. 134). Muchos señores se transformaron en burgueses, pero conservaban los resabios de su orgullo nobiliario. En el siglo XX la población mestiza ganó terreno, incluso entre las elites dominantes. Sin embargo, el espíritu de superioridad moral y política de estas cedió muy poco. Los comportamientos burgueses e igualitarios se mezclaron entonces con actitudes señoriales e hidalgas. El estatus y los roles sociales terminaron siendo más fuertes que la ley y la ciudadanía. Desde entonces, en América Latina nos guiamos de manera mucho más sustancial por los roles que desempeñamos en la sociedad que por una identidad ciudadana frente a la ley (DA MATTA, 1987). El poder igualador de las leyes generales y abstractas nunca fue lo suficientemente fuerte como para desterrar las diferencias de una sociedad fundada en la jerarquía y los privilegios. Los ‘doctores’ sustituyeron a los comendadores, barones, viscondes y consejeros del imperio, dice FREYRE (1962). Quienes gozaban de posiciones de privilegio desarrollaron toda una serie de estrategias para que el propósito universalizador de la ley fuera compatible con el reconocimiento de los privilegios. El antiguo y el nuevo régimen terminaron conviviendo y alimentando una sociedad híbrida compuesta por espacios selectivos de modernidad y tradición (GARCÍA VILLEGAS, 2011. p. 170).

Para el caso ecuatoriano, AYALA (2008, p. 28) sostiene que aunque para el Ecuador la Independencia significó una seria ruptura y un rápido cambio político, muchos rasgos de la sociedad colonial pervivieron más allá de la fundación de la

del rebelde. El déspota, que cree en valores supraliberales –propia del arrogante– y el abuso de poder –propia del vivo (*Ibíd.*, 2011, p. 171).

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 2011.

República. El fuerte sentido corporativo y estamentario continuó sobre las fórmulas republicanas; se mantuvo la discriminación racial y la exclusión de la mujer de la vida política. Los rasgos aristocratizantes continuaron articulando las relaciones sociales, la cultura y la ideología. Tradiciones paternalistas siguieron rigiendo las relaciones sociales.

A las personalidades descritas por GARCÍA VILLEGAS, habría que añadir como característica de la personalidad arrogante, aquella actitud de desarraigo, tan marcada en el Ecuador no solo entre las élites económicas sino también en sectores medios. Al referirnos a los problemas del País es común escuchar decir: “es que en este país puede pasar cualquier cosa”, lo que demuestra el alejamiento que hace el interlocutor con el estado de cosas, asumiendo una posición de distancia, superioridad y no pertenencia. Este rasgo que también tiene orígenes coloniales, tiene que ver con el tipo de migración que vino al sur del Continente Americano. Así, mientras la migración inglesa llegó a América del Norte sin intención de retorno, a América del Sur llegaron conquistadores en busca de riquezas y glorias para su Reino. Mientras el migrante inglés siguió su camino sin devolver su mirada a la tierra que dejaba, el colonizador español siempre añoró el retorno a su tierra. El colono inglés llegó con su familia y su historia, aunque sin la carga de la monarquía, como lo asevera TOCQUEVILLE, mientras el colonizador español llegó íngrimo y de paso. Quedarse o morir en estas tierras era una señal de castigo; regresar era épico. Criollos, patriotas y afortunados mestizos iban y venían de España, y de Europa. Esto delineó un tipo de personalidad que mantuvo su mirada hacia afuera, siempre valorando al otro y desmereciendo lo propio. Esta personalidad tal vez podría denominarse arrogancia romántica.

Por último, al hablar de algunas de las formas híbridas de personalidad incumplidora, hay una que interesa resalta y es el incumplimiento velado o picaresca, una forma de incumplimiento de los débiles. GARCÍA VILLEGAS sostiene que:

El incumplimiento velado se convirtió entonces en el arma de los débiles contra los poderosos. Indios, pobres y marginados cultivaron una actitud social de desacato soterrado a las reglas impuestas por un orden social y político que consideraban ajeno e invasor. Pobreza e hidalguía engendraron –dice Romero (1999: 78)– un “tipo particular de picaresca que no podía resolverse en la humilde y vergonzante actitud del que zurcía sus calzas”¹⁵⁶.

Vale subrayar la importancia que tiene para el Estado constitucional identificar la manera cómo se configuran y se expresan estas tipologías de personalidades incumplidoras puesto que contribuye a entender ciertos comportamientos sociales que por lo general pasan desapercibidos o no son considerados con suficiente atención en los estudios sociológicos o politológicos, menos aún en los estudios del Derecho. Para GARCÍA VILLEGAS, por ejemplo, la personalidad arrogante, derivada de la defensa de los grandes valores heredados de la época colonial, ha sido un serio obstáculo para la formación del Estado y de lo público, así como para justificar los abusos de poder y para entender al derecho como instrumento de poder y no como su límite, así sostiene:

El abuso del poder y la manipulación de los valores familiares, religiosos y culturales por parte de las elites han dificultado la formación del Estado y de lo público en América Latina. El menosprecio de estas por el derecho, lo público y, en líneas generales, por las reglas sociales –salvo las de su propio grupo– suele traducirse no solo en una justificación del incumplimiento del derecho sino también en una justificación del abuso del derecho. Las elites negocian la aplicación de la ley; para lograrlo “hablan con las autoridades correspondientes” y acomodan su cumplimiento a sus propias necesidades e intereses....Para muchos gobernantes en América Latina,..., el derecho ha sido un instrumento de poder antes que un límite a este¹⁵⁷.

En consecuencia, sostiene:

Los personajes incumplidores no solo representan culturas y maneras de ver el poder, el derecho y las reglas sociales, sino también visiones y estructuras de clase relativamente estables. Las visiones del poder y del derecho, por un lado, y las estructuras de clase, por el otro, mantienen –según Pierre Bourdieu (1977, 1986)– una incidencia recíproca, de tal manera que la cultura es estructurada y la estructura es subjetivizada por la cultura.

¹⁵⁶ GARCÍA VILLEGAS, 2011, p. 170.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 170-171.

Cada una de estas mentalidades refleja una deficiencia básica del sistema político y jurídico. La viveza es producto de la ineficacia del Estado para imponer sanciones; la rebeldía es resultado de la falta de legitimidad del poder político, y la arrogancia es producto de la ausencia de una cultura de la legalidad (*Rule of Law*)¹⁵⁸.

La ineficacia de los derechos, en tal sentido, es concomitante con la importancia que ha tenido para las élites políticas el fortalecimiento de un aparato estatal e institucional que asegure el manejo del poder a su favor. Esto es, cuando el fin del Estado se ubica en el poder de los grupos gobernantes y no en el de los gobernados, toda división de poderes y reconocimiento de derechos serán ineficaz para la democracia real y para el ejercicio pleno de los derechos.

Es claro que la cultura del incumplimiento en sus diversas expresiones ha sido favorable al mantenimiento de determinados y definidos intereses de grupos y de clases, lo que hace no un problema de falta o falla del Estado sino un problema de tipo de Estado. Entender de tal manera, nos obliga a superar los enfoques centrados en la naturaleza ontológica y fatalista de aquella personalidad apocada y desarraigada a la que nos hemos referido anteriormente, para colocar el problema en el carácter histórico que tiene la lucha por un cambio de paradigmas que asuma, como lo dice FERRAJOLLI (1999), el imperativo jurídico de la sujeción de toda forma de poder al derecho, tanto en el plano de los procedimientos como en el del contenido de las decisiones; a lo que habrá que añadir, de la cultura. Lo que representa, a su vez, superar aquellas formas menguadas de democracia que la entienden sea como idea y práctica para una minoría cerrada (élite dominante, grupo numeroso como las fuerzas militares, o un grupo difuso como los propietarios), o como idea y práctica para una mayoría (los trabajadores, indígenas, grupos marginados por distintas causas y razones), y optar por formas democráticas encaminadas hacia la universalidad social en la diversidad.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 175.

Es la Constitución de 2008 la que finalmente coloca a los derechos en el centro del Estado, como el límite material del poder, cuya protección y garantía es razón y fin del Estado.

Comienza catalogando al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada (Art. 1 constitucional). Como se evidencia, definir el Estado de derechos y justicia, cambia el fin mismo del Orden Político: de un Estado cuyo fin era garantizar el formalismo procedimental del derecho, 'legicentrismo', se pasa a un tipo de Estado que tiene como fin último proteger y garantizar la sustancialidad de los derechos de los ciudadanos, 'garantismo'; derechos que pueden ser ejercidos de manera individual o colectiva y ante cualquier autoridad competente, por las personas naturales y jurídicas, comunidades, pueblos, nacionalidades y a la naturaleza, 'pluralismo'.

Define de manera expresa y explícita los principios de aplicación de los derechos (Art. 11 constitucional). Desarrolla los derechos no en una lógica de jerarquía de derechos -muy común en las constituciones de la postguerra-, sino otorgándoles la condición jurídica de inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Ordena los derechos a partir de las condiciones de realización de vida de las personas, comunidades y de la naturaleza, así: derechos del buen vivir; derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; derechos de la naturaleza; derechos de protección; responsabilidades.

Para los derechos reconocidos establece todo un sistema de garantías constitucionales compuesto por: garantías normativas; de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; garantías institucionales y garantías jurisdiccionales. Estas últimas están compuestas por diversas acciones: hábeas

corpus, acción de protección, acceso a la información pública, hábeas data, acción de incumplimiento y la acción extraordinaria de protección.

Esto hace que, tanto por la centralidad que tienen los derechos frente a los poderes públicos y privados –desplazando la centralidad que en su lugar tenía el derecho–, como por el propio reconocimiento de derechos, y por el establecimiento de instrumentos que los garantizan, la Constitución del 2008 hace una ruptura ideológica, doctrinaria y procedimental con la historia constitucional ecuatoriana. Cuestión que la veremos de manera más acotada en los siguientes acápite.

Para terminar, quiero hacer unas pocas referencias a los efectos sociales que ha tenido la implementación de esta visión central, estructural e integral de los derechos. Para ello apelaré a algunos estudios realizados y datos estadísticos.

En el estudio de MINTEGUIAGA & UBASAR-GONZÁLES (2013, p. 697), referente a los gobiernos llamados ‘progresistas o de izquierda’ que se constituyen en América Latina en cascada a partir del triunfo de Hugo Chávez en 1998, las autoras plantean la hipótesis de que con la irrupción de estos nuevos proyectos políticos, el mapa de los modelos de bienestar y cuidado podría haber cambiado de manera substantiva, lo que incluso podría suponer un replanteamiento mismo de las propias categorías de análisis que han venido siendo utilizadas para evaluar las políticas sociales en Latinoamérica.

La centralidad que ha tomado la agenda social en sentido extenso en los procesos de transformación, sobre todo de manera importante en los casos de Ecuador, Bolivia y Venezuela, sostienen las autoras, hace pensar que se podría estar abandonando la caracterización exclusiva de un régimen familiarista, por una esfera público-estatal asentada en un mayor gasto público, en concreto gasto social; una expansión de los servicios de salud, educación y protección social; mejoras en la calidad del mercado de trabajo; y, en parte como consecuencia de lo anterior, reducción de la pobreza y la desigualdad.

En el caso del Ecuador, en seis años de revolución ciudadana, las autoras identifican que la dinámica del período se expresa en: 1) la (re)apropiación de recursos para el Estado; 2) la recuperación de la autonomía (relativa) del Estado y su capacidad de planificación; 3) la fuerte inversión social y extensión de políticas de bienestar¹⁵⁹. Adicional a lo expresado por las autoras, cabe mencionar que los cambios constitucionales y de las políticas públicas a las que hacemos referencia, esto es, la centralidad los derechos, no solo está incidiendo en las categorías de análisis, sino también en la lectura misma de la pobreza, puesto que se relativizan las mediciones por índices de carencias para ser entendidas como potenciales violaciones de derechos.

Esto es particularmente importante dado que los pueblos indígenas se han ubicado secularmente en los quintiles más pobres de cada país, tanto que la incidencia de la pobreza extrema en los indígenas es más del doble que la incidencia en el resto de la población¹⁶⁰.

En Ecuador, por ejemplo, para 1998, solo el cincuenta y tres por ciento de la población indígena accedía a la educación primaria, quince por ciento a la secundaria y el uno por ciento a la universitaria o superior¹⁶¹. Para 2010, según datos del INEC, el setenta y cinco por ciento de la población indígena estaba en situación de pobreza. Para el caso de Bolivia, considerando que la población indígena en el 2001 llegaba al sesenta y dos punto dos por ciento de la población total, los índices de mortalidad infantil llegaban a setenta y tres punto nueve por mil nacidos vivos y el promedio de estudios entre la población adulta mayor de quince años era del seis punto cinco por ciento (UNESCO, 2012).

El Gobierno Nacional ecuatoriano ha sido particularmente dinámico en implementar políticas que remonten estas formas de postergación históricas. En el

¹⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 697 y 702.

¹⁶⁰ PSACHAROPOULOS y PATRINOS, 1994; PLANT, 1998, *citado en* BELLO, 2000, p. 17.

¹⁶¹ OPS, 1998, *citado en* BELLO, 2000.

2009, aprobó el Plan Plurinacional para Eliminar la Discriminación Racial y la Exclusión Étnica y Cultural (Plan PEDREEC, 2009), y encargó el seguimiento y coordinación de la ejecución al Ministerio de Patrimonio y a la Secretaría de Pueblos, entre otras instituciones. Este plan prevé tres años de aplicación, hasta 2012.

Para el 2013, la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT) y la Secretaría Nacional de Pueblos pusieron en marcha el Programa de Becas para Pueblos y Nacionalidades del Ecuador, para fortalecer el talento humano de pueblos y nacionales indígenas, afroecuatorianos y montubios. El programa buscó beneficiar a cerca de dos mil, con un presupuesto aproximado de más de cuatro millones de dólares, y cuyo objetivo fue formar a profesionales de tercer y cuarto nivel. Los postulantes podían escoger, de acuerdo a su interés, capacidad y realidad territorial, carreras en las mejores universidades del Ecuador y del mundo¹⁶². Para el 2015, la SENESCYT reporta que las políticas del Sistema de Educación Superior duplicaron la matrícula de los pueblos históricamente excluidos.

Para el 2015, el Gobierno reportó una inversión de doscientos millones de dólares en educación intercultural, lo que incrementó el número de estudiantes de noventa y cinco mil cuatrocientos setenta y un estudiantes en el 2006 a ciento cuarenta y ocho mil novecientos cincuenta y seis. Se incrementó también el número de profesores y se encuentran en funcionamiento mil novecientas doce instituciones educativas interculturales bilingües, a escala nacional, todo lo cual se implementa al amparo de la Ley Orgánica de Educación Intercultural (vigente desde el 2011), esto es, un solo sistema de educación intercultural¹⁶³.

¹⁶² La SENESCYT pone en marcha el programa de Becas para Pueblos y Nacionalidades del Ecuador, 2013.

¹⁶³ <http://educacion.gob.ec/inversion-en-educacion-intercultural-bilingue-supera-los-200-millones-de-dolares/>.

Estas, entre otro conjunto de políticas que se han implementado en los dos períodos de gobierno de Rafael Correa arrojan cifras alentadoras respecto de las condiciones de vida y las oportunidades que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas, afrodescendientes y montubias en el Ecuador, bajo estas nuevas políticas del Buen Vivir, según una abundante y diversidad de fuentes estadísticas y analíticas que llevan varios organismos internacionales y regionales como Oxfam, que en el último Foro Económico de Davos (Suiza) presentó su informe “Una economía al servicio del uno por ciento”, en el que destaca las políticas salariales de Ecuador para reducir la inequidad social. También se encuentran reportes acerca de los efectos de las políticas del Buen Vivir en informes de la CEPAL, la UNESCO, el Banco Mundial, los informes de los Objetivos del Milenio (ODM, 2009) entre otros. En este último, CUJI sostiene que:

Las políticas del Estado ecuatoriano en relación con la ES [Educación Superior] toman en cuenta la diversidad cultural de individuos y conocimientos, se puede leer en el Plan Nacional del Desarrollo (2009), el Plan Plurinacional para Eliminar el Racismo (2009), la LOES (2010), la SENESCYT, etc., pero la prioridad del Estado está puesta en la conversión del sistema de ES en un conjunto de instituciones de investigación científica que ayude al modelo de desarrollo propuesto por estos planes. No es prioridad del Estado impulsar la creación de iniciativas de ES de tipo experimental desde la diversidad cultural, ni desde ningún otro criterio. El modelo de sistema de ES corresponde al de los países centrales, el Presidente lo ha dicho en intervenciones públicas (CUJI, 2011, p. 306).

En efecto, como se deduce de las investigaciones y los datos estadísticos acá anotados, la política implementada por el Gobierno Nacional es de naturaleza universalista, pero con un claro enfoque que apunta a equilibrar las desigualdades sociales, esto es, no se trata de un universalismo que busca igualar a los ciudadanos en la ley, sino en los derechos, en sus condiciones de vida. Se ve también que el modelo de igualación que se encuentra planteado no es indiferente a las diferencias culturales y sociales, por el contrario, hacen parte del diseño de la política la diferenciación étnica y el relacionamiento intercultural, así como otras matrices de diferenciación social y cultural.

Este modelo es precisamente el centro de las confrontaciones entre los líderes y algunas organizaciones indígenas y el Gobierno, y viene determinando

muchas de las respuestas del movimiento social y de la clase política que busca cooptar -lográndolo en varios casos-, la simpatía de estos sectores de la población en miras a las próximas elecciones.

En consecuencia, el republicanismo contenido en el nuevo constitucionalismo de Bolivia y Ecuador, fundamentalmente, apunta a desarmar los factores supervivientes de su historia colonial y neoliberal, y emprende la recuperación del Estado y de la sociedad fortaleciendo la institucionalidad pública, asumiendo la centralidad que tienen los derechos como límites del poder público y promocionando la construcción de una ciudadanía activa y participativa. Este modelo también traza una nueva forma de relacionamiento entre Estado y pueblos indígenas que se distancia de los distintos modelos que han estado vigentes hasta el momento, y que contiene una apuesta por construir una igualdad en la diferencia, con nuevas e interesantes potencialidades sociales, económicas, políticas y culturales para dichos pueblos.

CAPÍTULO III

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS
DERECHOS INDÍGENAS EN LAS CONSTITUCIONES
DE BOLIVIA Y ECUADOR**

La importancia del estudio del modelo de constitucionalización de los derechos indígenas radica no solo en la necesidad de identificar la estructura conceptual y jurídica que permita comprender sus fundamentos y criterios de validez, sino también, en la necesidad de ubicar dicho modelo de reconocimiento en relación al derecho internacional de los derechos humanos y a los desafíos que plantea el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Para ello, en el presente Capítulo se abordará el tema desde tres perspectivas: 1) doctrinal, que identifica los fundamentos de los derechos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; 2) comparativa, que plantea un análisis de la de constitucionalización de los derechos indígenas contenidos en las Constituciones de Bolivia y Ecuador; y 3) crítica, que reflexiona acerca de las zonas grises y opacidades que surgen de la constitucionalización de los derechos indígenas, y de los límites y posibilidades de un constitucionalismo plural y democrático que opera en medio de ingredientes participativos, liberales y globales en continua tensión.

El análisis de las constituciones de Bolivia y Ecuador se justifica en tanto son las únicas constituciones en América Latina que reconocen, aunque cada quien a su modo, derechos indígenas de una manera amplia, integral y sistémica; reconocimiento que incluye al derecho propio de los respectivos pueblos y no solo el otorgamiento de facultades jurisdiccionales para las autoridades indígenas¹⁶⁴.

Este análisis abarca, necesariamente, cuestiones que representaron, y aún representan, tendencias regionales sostenidas ya sea por organismos internacionales como las Naciones Unidas; intercontinentales como diversas agencias de la Organización de Estados Americanos, OEA –incluida la

¹⁶⁴ Las demás constituciones hacen un reconocimiento limitado a determinados derechos y marcado por una visión sectorial o multiculturalista que, en la práctica, crea guetos étnicos dentro de la sociedad nacional.

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH; organismos de cooperación internacional como el Banco Mundial; y también, las respuestas regionales y global que lograron articular las organizaciones indígenas, junto con organizaciones sociales de diverso tipo (mujeres, ecologistas, movimientos antiglobalización, etc.), en defensa de sus derechos.

1. Debates y teorías que animaron la constitucionalización de los derechos indígenas

La constitucionalización de los derechos indígenas en Bolivia y Ecuador expresan ideas de sociedad, de Estado, de autoridad, de comunidad, de ciudadanía de economía y de ética, que fueron pensadas desde diferentes perspectivas teóricas y filosóficas y desde distintas aspiraciones sociales y humanas; pero fundamentalmente, que fueron tomando forma en los traumas de las dictaduras latinoamericanas, en las promesas incumplidas de los retornos democráticos, en la postergación histórica de las aspiraciones individuales y colectivas, en los déficits democráticos, en los desbordes del capitalismo y su promesa de desarrollo sin fin. Todo lo cual dio lugar al surgimiento de nuevas comprensiones, nuevas epistemologías y nuevas aspiraciones que se expresaron, entre otras formas, en la proclama de 'Otro Mundo es Posible'¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Esta consigna, desde los años noventa, identificó a un amplio movimiento antiglobalización, organizado globalmente con representantes sociales de todas las regiones del planeta y de muy variadas plataformas de reivindicación social. El 28 de enero de 2001, en Porto Alegre, Brasil, se reunió el Foro Social Mundial, con el objeto de rechazar el modelo neoliberal de globalización económica (expresado fundamentalmente en el Foro Económico de Davos). Más que una consigna bien lograda, representa la forma de resistencia social del siglo XXI, caracterizada por aglutinar a movimientos ciudadanos articulados sin referencia ni vínculo con la clase política (de izquierdas o de derechas) de sus respectivos países. Estos movimientos que se organizaban, por lo general, gracias al apoyo de organismos no gubernamentales y de la cooperación internacional, desarrollaron una importante capacidad de convocatoria a organizaciones ciudadanas que enarbolan una pluralidad de reivindicaciones propias, generando sinergias y redes

Esto ocurrió en un escenario de múltiples crisis que se manifestaron, esencialmente, en la pérdida de legitimidad de la acción gubernamental¹⁶⁶ y en el déficit de representación de la clase política frente a los intereses sociales. A esto se sumó una larga crisis económica¹⁶⁷ que venía afectando América Latina desde la

colaborativas para construir discursos y estrategias de resistencia. Su objetivo era crear comunidades de pensamiento alternativo al pensamiento neoliberal hegemónico, a la vez que impugnar al Estado en su lógica aperturista hacia el capital global y en su vocación de dominación. Este movimiento sostuvo la resistencia global a través de encuentros mundiales y regionales, y de redes sociales amparadas en las nuevas tecnologías de la comunicación. Este estilo de resistencia también caracterizó al movimiento indígena ecuatoriano y boliviano.

¹⁶⁶ Generados, fundamentalmente, por la inestabilidad política que vivió el Ecuador desde el retorno a la democracia (en 1979), y especialmente por la crisis política de los años noventa que significó tener siete presidentes en diez años. Igualmente en Bolivia, por la tumultuosa transición a la democracia entre 1978 y 1982, y la inestabilidad que provocaron las dos décadas de democracia pactada, estable y poco incluyente. En los años noventa se dio una fase de estabilidad política a raíz de una reforma del Estado para nuevamente entrar a una fase de desestabilización entre 1999 y 2005, año en el que gana las respectivas elecciones el líder cocalero Evo Morales (*En general*, WRIGHT, 2009).

¹⁶⁷ La crisis económica en Latinoamérica arranca en la década de los setenta, con la devaluación del dólar decretada por el presidente Nixon (1971), lo que generó un efecto dominó en las economías europeas pero también latinoamericanas; aunque para el Ecuador, el aumento del barril de petróleo que también se dio en aquella época, permitió un rápido crecimiento de la naciente industria petrolera, que favoreció las políticas reformistas de la dictadura de turno, pero también inauguró una nueva fase de endeudamiento externo. La década de los ochenta, estará marcada por la crisis de la deuda que afectó principalmente a México, Argentina, Venezuela, Brasil y Perú. En el Ecuador, el gobierno de Oswaldo Hurtado (1983), implementó la llamada 'sucretización', mediante la cual el Estado asumió la deuda privada en dólares de los empresarios, banqueros y particulares, mientras estos pagarían en sucres al Banco Central, dichas deudas. Para la década de los noventa, la economía mundial está marcada por un incremento espectacular del endeudamiento tanto de EE.UU., como de América Latina, que recibió ingentes recursos vía préstamos especulativos pagaderos a elevados intereses a corto plazo. Esta etapa se la conoce como la fase de 'mundialización' o imposición global de las leyes del mercado, y de 'deslocalización' o traslado de producciones con escaso valor añadido a países del Tercer Mundo, buscando bajar costos de producción. En este escenario, enero del 2000, el presidente ecuatoriano Jamil Mahuad, impuso la dolarización de la economía, como medida para enfrentar el endeudamiento externo que llegaba al ciento cuarenta por ciento del PIB, vía suscripción de una Carta de Intención y el canje de Bonos Brady por Bonos Global, con la obligación de recompra de deuda externa a tasas de interés superiores a las existentes en el mercado. La sucretización y posterior dolarización de la economía ecuatoriana derivó en una crisis de legitimidad política sin precedentes. Las recetas fondomonetaristas continuarán implementándose por los sucesivos y transitorios

década de los setenta, y que terminó provocando un desborde de la acción política ciudadana y la incapacidad de respuesta de los Estados y de la clase política tradicional.

A la movilización social¹⁶⁸ que acompañó a estas crisis, demandando cambios estructurales, hay que sumar el surgimiento de importantes perspectivas críticas que pusieron en cuestión determinadas doctrinas que servían de sustento para las políticas nacionales de exclusión y marginación social.

En lo que tiene que ver con los derechos indígenas, son importantes los debates y las críticas que se plantearon en torno a tres temas centrales: la doctrina hegemónica de los derechos humanos, las nociones liberales de los derechos y de la igualdad, y la noción hegemónica de cultura nacional. Estos debates, que enfrentaron a liberales, multiculturalistas, comunitaristas, etnicistas, feministas y ambientalistas, principalmente, influyeron en los nuevos enfoques que adoptaron los organismos internacionales de derechos humanos en el desarrollo de instrumentos y enfoques de derechos indígenas.

Estas cuestiones serán revisadas en el presente acápite, considerando que los elementos conceptuales que se aportaron alrededor de estos temas contribuyeron a la configuración de las constituciones de Ecuador y Bolivia, respeto de los derechos indígenas y del derecho indígena.

gobiernos, hasta la llegada de Rafael Correa al gobierno, que logró una reducción histórica de la deuda externa, declarando ilegítimas, odiosas e inconstitucionales tramos de deuda, y logrando el cese de pagos del setenta por ciento de la deuda del Ecuador y la compra por tres mil millones de dólares de su propia deuda.

¹⁶⁸ Que se expresó, básicamente, en una dinámica social manifestada mediante huelgas, paros, levantamientos indígenas, movilizaciones ciudadanas, foros ciudadanos, que exigían del Estado soluciones estructurales y sistémicas (rebasando la lógica gremial y sectorial), frente a las políticas neoliberales y al entreguismo de los gobiernos y de las clases políticas y económicas nacionales, a los intereses de las grandes transnacionales.

1.1. La doctrina de los derechos humanos y los derechos indígenas

Los fundamentos doctrinarios más sólidos para el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas y para delinear las distintas formas de constitucionalización de los derechos indígenas y del derecho indígena, lo encontramos en las doctrinas contemporáneas de los derechos humanos, específicamente, en aquellas que sostuvieron importantes críticas a la visión liberal de los derechos humanos y apoyaron los cambios de perspectiva que fueron adoptando con el tiempo los organismos internacionales de derechos humanos. Entre estas, cabe anotar brevemente las siguientes:

a) La doctrina que defiende la personalidad jurídica internacional de las personas para actuar en el ámbito internacional en defensa de sus derechos. Esta doctrina, cuestiona a aquella que solo reconoce la inmunidad de los Estados y que sustentan el concepto de límite al ejercicio de la jurisdicción territorial de los Estados, establecido por el Derecho Internacional.¹⁶⁹

b) La doctrina que desarrolla el concepto *jus cogens*¹⁷⁰, por el cual se fortalece la responsabilidad de los Estados y también de los particulares¹⁷¹ en la protección de los derechos humanos.

¹⁶⁹ BIDART CAMPOS (1991), sostiene que la doctrina que hacía que la jurisdicción esté reservada solo para los Estados, que significaba que solo el Estado podía interponer acciones por violación a los derechos humanos ante los órganos jurisdiccionales internacionales de derechos humanos, con el tiempo fue cediendo a favor de las personas, quienes terminaron siendo investidos de personalidad internacional, con la posibilidad de acceder a la jurisdicción supraestatal para reclamar por presuntas violaciones de derechos humanos cometidas por parte de los estados miembros (*ver también* ESPÓSITO, 2007).

¹⁷⁰ Más allá de quienes reconocen o no la existencia de normas imperativas y de que algunos autores identifiquen sus orígenes en el Derecho Romano o en los pandectistas, quien ha dado especial interés en delinear el concepto de normas *ius cogens*, es la Corte IDH, con una abundante jurisprudencia. La positivización de las normas imperativas se concretó en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1996. (*En general*, ABELLO-GALVIS, 2011)

c) También contribuyen las perspectivas que favorece una visión integral de los derechos y las que postulan una reparación integral de la violación de derechos¹⁷².

d) Así también, la amplia reflexión en torno al concepto de derechos fundamentales¹⁷³, principalmente las perspectivas que se desarrollaron después de la Segunda Guerra Mundial, y que sirvieron para sustentar el neoconstitucionalismo europeo y las discusiones contemporáneas de la Constitución como valor, principio y regla, así como contribuyeron en el desarrollo de particulares técnicas interpretativas de naturaleza pública, como la ponderación, el exámen del núcleo esencial de los derechos, el test de razonabilidad, etc.

e) Una doctrina que marca la particularidad del constitucionalismo ecuatoriano y boliviano, es la que postula la igualdad jerárquica de los derechos¹⁷⁴,

¹⁷¹ De acuerdo a ESPÓSITO, la responsabilidad frente a violación de derechos humanos se amplía a los particulares al menos desde dos perspectivas. Por un lado, a través de la doctrina de la *Drittwirkung*, una creación doctrinal relativa a los limitados efectos de los derechos fundamentales en el Derecho alemán, que luego ha sido predicada de los derechos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos CEDH, respecto de las relaciones horizontales entre sus Estados parte. Por otro lado, una forma distinta de modular la referencia exclusiva de los Estados como garantes de los derechos humanos proviene de las tendencias, apoyadas especialmente por organizaciones de defensa de los derechos humanos, que pretenden avanzar hacia la posibilidad de garantizarlos de forma directa frente a particulares y, en especial, frente las empresas multinacionales (CAPHLAM, 1993, citado en ESPÓSITO, 2007; también nota de pié de página no. 5, p. 16)

¹⁷² Doctrina a la que también ha contribuido la abundante jurisprudencia de la Corte IDH y de la Corte Europea de Derechos Humanos, recuperando las nociones de interrelación, indisponibilidad, irrenunciabilidad de los derechos humanos.

¹⁷³ En América Latina, las doctrinas más influyentes en este campo son las postuladas por FERRAJOLI (2001), ALEXY (2002), GARCÍA PELAYO (1990), PRIETO SANCHÍS (1990 y 2003), PECES-BARBA, (1991), este último especialmente en su lectura generacionista de los derechos fundamentales, la misma que fue planteada inicialmente por el jurista checo Karel VASAK, y que tuvo gran influencia hasta la Constitución de 1998 pero que fue superada en la Constitución ecuatoriana del 2008, y de manera más difusa, en la Constitución boliviana de 2009.

¹⁷⁴ La constitución boliviana establece que la clasificación de los derechos establecida no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros (Art. 13:III),

que en el constitucionalismo moderno tuvo su expresión en la Declaración de Derechos del Hombre, en la Revolución Francesa, y que fue olvidada en el desarrollo doctrinal posterior por poner el énfasis en los derechos de libertad y en el legicentrismo.

f) Están también aquellas doctrinas que reconocen la viabilidad de la protección colectiva de los derechos y critican el tratamiento clásico que se da a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales, en calidad de minorías¹⁷⁵. Estas doctrinas abogan su reconocimiento como pueblos.

g) Están también las concepciones que resaltan la dimensión étnico-cultural de los derechos humanos y que plantean, por un lado, superar el debate entre universalismo y relativismo cultural a favor del impulso de diálogos y coaliciones transculturales que destierren la carga eurocentrista y monocultural de los derechos humanos y favorezcan un entendimiento plural e intercultural de los mismos; y por otro lado, asumir el hecho de que todas las culturas tienen concepciones y versiones diferentes sobre la dignidad humana, así como que todas

mientras la constitución ecuatoriana abandona toda referencia a los derechos fundamentales y proclama que todos los derechos reconocidos en la constitución tienen igual jerarquía (núm. 6 del Art. 11 constitucional).

¹⁷⁵ Los pueblos indígenas han sido tradicionalmente considerados por el Derecho Internacional en calidad de minorías dentro del Estado, debido, en gran parte, a que sobre la materia existe un amplio desarrollo normativo. Entre algunos de los tratados internacionales que contemplaban protección a las minorías en siglos anteriores, tenemos: el Tratado de Westfalia (1648), el Tratado de Oliva (1660), el Tratado de Viena (1815), el Tratado de Londres (1864) y el Tratado de San Estéfano (1878). Otros mecanismos de protección de minorías se contemplaron en las constituciones del Siglo XVIII, entre ellas: el *Bill of Rights* británico de 1689, la Constitución norteamericana de 1787, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa de 1789, y las Constituciones de Bélgica y Austria. En el Siglo XX, la Sociedad de Naciones, organización creada en 1919 tras la finalización de la I Guerra Mundial, asumió una nueva forma de protección de las minorías. La Conferencia de Versalles se pronunció expresando que el problema de las minorías afecta a la paz y a la seguridad de los Estados; y para 1926, la Sociedad de Naciones aprobó un tratado sobre la esclavitud (FERNÁNDEZ PUYANA, *En general*, 2003).

las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones sobre dignidad humana (SÁNCHEZ BOTERO, 1998; SANTOS, 1998).

En este sentido, el planteamiento de SANTOS, de que al menos existen cuatro grandes sistemas de derechos humanos: el americano, el europeo, el africano y el asiático y que cada sistema trabaja sus propias nociones de dignidad humana y derechos humanos, contribuyó a problematizar las nociones occidentales de los derechos humanos, y abrió puertas para promover una interpretación intercultural de los derechos humanos dando cuenta de las diferencias de significados y asignaciones que entrañan las distintas nociones de dignidad humana, libertad, igualdad, sociedad, autoridad, comunidad, etc. Esto hacía ver que nada justifica, sino un ánimo de hegemonía cultural, que se pretenda un reconocimiento universal de la versión occidental de los derechos humanos.

Aunque no hacen parte de los derechos humanos, los debates sobre el desarrollo sustentable y sus críticas, también aportaron de manera significativa a configurar el reconocimiento de los derechos indígenas. En especial, cabe mencionar las críticas al discurso liberal del desarrollo sostenible, por su intento de mercantilizar la naturaleza, convirtiéndola en recurso natural y medio ambiente.

Desde una perspectiva culturalista que asume a la cultura como instancia fundamental de nuestra relación con la naturaleza, las críticas dan cuenta tanto de la cultura económica y científica occidental (que justifica el deseo ilimitado de consumo, la subordinación del hombre sobre la mujer y sobre la naturaleza, la explotación de los no occidentales por los occidentales), que lleva al mundo moderno a la destrucción sistemática de sus entornos biofísicos; así como, en la otra orilla, dan cuenta del valor intrínseco, esto es, del valor de la naturaleza como ente autónomo, fuente de vida no solo material sino también espiritual¹⁷⁶.

¹⁷⁶ *En general*, ESCOBAR, 1995. *También*: GARCÍA CANCLINI, 1990; LEFF, 1986; MARTÍNEZ ALIER, 1992; y SHIVA, 1993.

Este último planteamiento, revaloriza las formas de vida indígenas no solo para la conservación de la naturaleza sino, fundamentalmente, para repensar la economía y las relaciones sociales desde una perspectiva ecológica; esto es, capaces de plantear nuevas formas de relacionamiento entre seres humanos y naturaleza, mediados por una cultura del respeto, de la interconexión, de la integración y de la protección de los ciclos vitales de la naturaleza, más allá de los intereses propios de los individuos y de las comunidades.

Son, entre muchos otros, este conjunto de doctrinas, marcos teóricos y discursos que fueron surgiendo de las demandas y aspiraciones sociales, que la Constitución de Ecuador articuló la idea de Estado de derechos, y que en la Constitución de Bolivia, aunque no se mencione de manea expresa, también lleva implícito el concepto de 'centralidad' de los derechos humanos, no en sentido genérico, sino como derechos de las personas, colectividades, pueblos, naciones y nacionalidades. Centralidad de la que hacen parte los derechos indígenas.

Esto hace ver que, más allá del ejercicio de recepción de las novedades teóricas más progresistas en el campo de los derechos humanos, estos cuerpos constitucionales son sensibles a los planteamientos que surgen de las demandas sociales, lo que les lleva a incorporar a la dimensión étnico-cultural como elemento para redefinir la forma de Estado y para delinear el modelo de economía y de Buen Vivir o Vida Buena que adoptan.

El concepto de derechos humanos que contienen las Constituciones de Ecuador y Bolivia entiende a estos al menos en las siguientes dimensiones: integral y integrada con los derechos de la naturaleza¹⁷⁷; ejercibles dentro de comunidades sociales tanto genéricas como situadas y cuyos miembros están comprometidos con la comunidad política a la que pertenecen; amparables sobre criterios de

¹⁷⁷ Debe aclararse, sin embargo, que los derechos de la naturaleza están reconocidos explícitamente en la Constitución ecuatoriana, aunque también pueden entenderse de los elementos axiológicos de la Constitución Boliviana.

preponderancia y no de jerarquía; capaces de establecer límites legítimos a las aspiraciones individuales y colectivas y de amparar políticas intervencionistas socialmente justificadas.

Una concepción renovada sobre los derechos humanos y un concepto novedoso de derechos de la naturaleza configuran el constitucionalismo de Ecuador y Bolivia, con todas sus dificultades, posibilidades y límites.

1.2. Dilemas entre derechos individuales, derechos colectivos y derechos de pueblos

La Revolución Francesa de 1789 tomó distancias del orden monárquico constituido sobre colectividades, a partir de lo cual, el individualismo se erigió como la característica más definidora del tiempo moderno¹⁷⁸; con esto, el mayor compromiso de las democracias liberales consistirá en garantizar la libertad y la igualdad de sus ciudadanos, independientemente de su pertenencia de grupo.

Sin embargo, los reiterados fracasos del liberalismo clásico para resolver los problemas derivados de las cada vez más precarias condiciones de vida de amplios sectores sociales estimuló, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, una proliferación de discursos que planteaban una revisión del consenso liberal apelando a metas sociales, objetivos comunitarios, valores de los distintos, y aspiraban al reconocimiento de derechos en función del colectivo como tal, y no solo del individuo.

Las críticas y el debate en torno a la división tajante que hace el liberalismo entre individuo y colectivo, agrupó a diversas perspectivas de análisis que, en

¹⁷⁸ PECES-BARBA nos recuerda que el individualismo representa la forma propia de actuación del hombre burgués que quiere protagonizar la historia, frente a la disolución del individuo en las realidades comunitarias o corporativas medievales (PECES-BARBA, 1991, p. 115).

general, pueden ser identificadas como colectivistas, multiculturalistas y etnicistas, aunque no se observen posiciones homogéneas y unitarias en cada tendencia.

El planteamiento colectivista se fue apartando del paradigma liberal que entiende a los derechos tan solo como prerrogativas de los individuos y en donde los derechos humanos colectivos son considerados absurdos y los colectivos vistos como amenaza al principio de soberanía, a la supervivencia del Estado nacional, y como combustible de las tensiones domésticas.

El centro del debate entre comunitaristas y liberales en los años noventa, consistió en las críticas que hacían los primeros sobre la incapacidad de los liberales para dar cuenta de otro tipo de fenómenos que no sean los que atañen a los individuos, como la influencia de la comunidad en la conformación de la identidad individual. Por su parte, los segundos insistían en la incompatibilidad con los derechos humanos de la existencia de derechos de grupo que suponen colocar el interés de los grupos por encima de los derechos de los individuos (SOTELO, s/f).

Desde la teoría del lenguaje, SANDEL (2000) pone énfasis en la construcción de la identidad, que no está limitada solo a la experiencia individual sino que esta ocurre en el marco de una comunidad. En este sentido, ve que las formas modernas de identidad heredadas de la Ilustración no nos brindan lenguajes con los que podamos resolver nuestros conflictos y dilemas morales. El punto de vista que propone para el análisis es el contexto vital y social, las formas de vida concretas de quien obra moralmente y el de la comunidad a la que pertenece y que se expresa en usos, normas y leyes. Dado que cada tradición es un tipo de juego de lenguaje concreto, dice SANDEL, es imposible establecer una jerarquía universal de

verdades, como tampoco es posible separar al sujeto de la comunidad a la que pertenece¹⁷⁹.

TAYLOR (1993), por su parte, propone una ética de la autenticidad que reconozca los horizontes de valor dados en las 'creencias compartidas'. En tanto la justicia no es neutral como sostienen los liberales, dice TAYLOR, el reconocimiento de determinadas ideas de bien pueden explicar la formulación de alguna idea de justicia. Desde una postura que asume la diferencia en plano de igualdad, propugna el reconocimiento de 'identidades diversas'. Desde una perspectiva de defensa del bien común, sostiene, es posible la aplicación de políticas de la diferenciación capaces de constatar que a más de la existencia de desigualdades económicas, entre las personas efectivamente existen diferencias, y que en vista de estas diferencias se justifica que el Estado trate de manera diferente a los distintos, si es el caso, adoptando medidas de protección especiales que no toma respecto de otros grupos de la población.

WALZER (1997), por su lado, pone énfasis en la comunidad y en la interacción del individuo con esta en la creación de bienes sociales. Entiende que son las comunidades las que crean bienes sociales y les otorgan su significado, los mismos que dependen de la manera en que son concebidos por los miembros de esa comunidad en particular. A partir de la idea de justicia distributiva, el concepto de bienes sociales en WALZER tiene relación con el ser no con el tener, de ahí que considera que el orden social y la moral se basan en normas desarrolladas de acuerdo con la historia, y que las reglas morales son aceptables y correctas gracias al acuerdo social al que llega la comunidad.

¹⁷⁹ SANDEL (2000) sostiene que la construcción del yo no es algo previo a, sino que se encuentra constituido por sus fines, los cuales no son algo elegido, sino más bien descubierto a partir de la inclusión o pertenencia del yo a ciertos contextos sociales. La comunidad no es un medio sino el fundamento de la individualidad.

KYMLICKA (1996) planteará una propuesta conciliatoria entre la preocupación de los liberales y las aspiraciones de los comunitarios desde una visión multiculturalista que aboga por el tratamiento diferencial en función de grupo, como medida para superar las condiciones de desigualdad de las personas pertenecientes a colectivos étnicamente excluidos dentro de las fronteras estatales. El multiculturalismo liberal, admite que para desarrollar la autonomía individual, es preciso proteger la diversidad de valores ejerciendo derechos colectivos, y que las razones para proteger –tolerar–, derechos colectivos de grupos minoritarios en la comunidad multicultural, deben buscarse en el respeto de los derechos individuales¹⁸⁰ (KYMLICKA, 1996; *también* RAZ, 1999).

El dilema entre individuo y comunidad es resuelto por los multiculturalistas asumiendo la existencia de ‘bienes’ comunales que justifican derechos y deberes, con lo cual transforman valores comunes en bienes y a la comunidad en grupo.

El punto de vista multiculturalista, por esta vía, abre un campo instrumental para la protección de bienes comunales. En este sentido, DWORKIN sostiene que la forma de entender la relación individuo-comunidad supone que la unidad de agencia apropiada para algunas acciones que afectan al individuo no es este sino la comunidad a la cuál pertenece, y esto explica que decisiones comunales sobre la libertad, afectan la vida y carácter de esa comunidad y al mismo tiempo afecten a sus miembros por cuanto sus vidas se ven disminuidas al vivir en una comunidad injusta (DWORKIN, 1992, p. 223; *citado en* ZAMBRANO, 2009).

Estas posiciones, ampliamente influyentes en los últimos años del siglo XX, y compatibles con las doctrinas de protección de minorías, plantean la pertinencia de aplicar políticas de protección de grupos, sin afectar las libertades individuales

¹⁸⁰ RAZ sostiene que el realismo requiere que una sociedad política reconozca la igualdad de todas las comunidades culturales estables y viables que existan en ella, entendiendo siempre como un pluralismo cultural, puesto que el liberalismo pone énfasis en el papel de las culturas como presupuesto de la libertad individual (RAZ, 2001, p. 189).

y las opciones individuales de pertenencia al grupo. Los multiculturalistas, dice RAMÍREZ (s/f) admiten la posibilidad de reconocer derechos en función de grupos, esto es, en función del bien protegido, sin llegar a admitir la existencia de una 'agencia moral colectiva'.

Por otro lado, a la protección de grupos acompañarán las críticas al paradigma de la igualdad formal, buscando la viabilidad material de los derechos.

Los principales argumentos para defender la necesidad de definir nuevas formas de igualdad tenían que ver con: 1) que la noción liberal de igualdad –que representa igualdad ante la ley, igualdad de trato e interdicción de todo tipo de discriminación–, de naturaleza abstracta y formal, quedó superada por el Estado Social de Derecho que planteó la igualdad material, e implementó un amplio programa de políticas prestacionales y de beneficios económicos y sociales; 2) que el concepto de igualdad formal ha demostrado ser insuficiente para dar cuenta de las diferencias culturales que existen entre las personas y los grupos; y, 3) que una sociedad democrática y plural debe avanzar hacia el reconocimiento material de la igualdad, pero también hacia el reconocimiento de derechos de grupo, ofreciendo garantías y formas concretas para hacerlos efectivos. Pero además –y esto diferencia entre multiculturalistas y comunitaristas–, el derecho a la diferenciación y las políticas que implican su materialización, deben ser ejercible por parte de colectivos, en tanto titulares de derechos, esto es, en tanto entidades morales colectivas.

Las concepciones comunitaristas y multiculturalistas acompañarán los debates en el seno de las Naciones Unidas sobre minorías, en los años 80s. En aquel momento, el supuesto de aceptación del reconocimiento de los derechos colectivos consistía en que si se admite que hay colectividades que tienen derechos e individuos que tienen derechos, es posible el ejercicio colectivo de la defensa de

los derechos individuales¹⁸¹. En tanto, el planteamiento de ‘concepciones compartidas’ de TAYLOR, abría la posibilidad de incluir en la idea de ‘colectivo’ a una amplia variedad de expresiones minoritarias de naturaleza étnica, de género, religiosa, de diferenciación sexual, condición económica, etc.

Sin embargo, las posiciones etnicistas no se conformarán con esta apertura colectivista y, apoyados en discursos colonialistas y neocolonialistas, sostendrán persistentes críticas a la idea limitada de ‘colectivo’ que se había posicionado, en razón de que el reconocimiento como colectivos de interés no dejaba ver la dimensión histórica y el grado de diferenciación cultural que conlleva la idea de ‘pueblo’. Los postulados etnicistas, por lo tanto, se centraron en el reconocimiento de derechos en calidad de su pueblos, naciones o nacionalidades¹⁸².

Por mucho tiempo, para el sistema internacional de derechos humanos, la demanda de reconocimiento como ‘pueblo’ generaba conflictos en tanto, que los individuos se organicen de manera colectiva para defender sus derechos no acarrea problemas, pero que los individuos se organicen en pueblos creaba

¹⁸¹ KYMLICKA, ve que a pesar de que el compromiso fundamental de los liberales es con la igualdad y libertades individuales la aceptación de reivindicaciones de derechos diferenciados de minorías étnicas y nacionales es perfectamente posible (KYMLICKA, 1996, p. 57).

¹⁸² Los planteamientos indígenas sobre pueblo, nación o nacionalidad plantean, de partida, una crítica a la idea de Estado-nación, que pretende constituir la evidencia indiscutida de la nación misma como un yo colectivo, asentado en la elaboración del ‘Otro’ mediante una serie de códigos binarios (nación/Estado, propio/ajeno, amigo/enemigo, pureza/mestizaje, etc.). Con lo que la otredad no es sino un modo adicional de construir la ‘mismidad’ (*En general: MÁIZ, 2007*). Aunque los discursos indígenas sobre pueblos, naciones y nacionalidades apelan a nociones de pueblos preexistentes que *estuvieron ahí*, esperando ser reconocidos, advierto que sus planteamientos se acercan más a nociones históricas y políticas que a lecturas de historia arcaica. Esto porque el mismo hecho de autoidentificarse como pueblos, naciones o nacionalidades, significó un ejercicio de reinención y sobreinterpretación de las nociones estándar sobre el tema. En Ecuador, por ejemplo, la división entre nacionalidades y pueblos es práctica más que sustancial, y se la adoptó para responder a la actual composición de las comunidades etno-culturales y lingüísticas: catorce nacionalidades, en la que una de ellas, la nacionalidad Kichwa, se compone de dieciocho pueblos. La noción de pueblo también acogió a las comunidades afroecuatorianas y montubias.

problemas dado que el sistema no cuenta con normas de relación entre pueblos que no son Estados.

Este conflicto comenzará a resolverse en el ámbito de las Naciones Unidas con la aprobación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que en su Art. 1 establece:

1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Los conflictos que potencialmente acarrea el reconocimiento como pueblos, es resuelto en el Convenio, en el numeral 3 del Art. 1 que determina que: “El reconocimiento de derechos colectivos en calidad de pueblos, excluye las implicaciones internacionales que tiene el término”; esto es, excluye el derecho de dichos pueblos a la autodeterminación política.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada el 7 de septiembre de 2007, da un paso adelante respecto del Convenio 169, y reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, entendida esta como el derecho a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural (Art. 3). Así lo expresa el Artículo 4 del mismo Instrumento internacional, cuando establece que dicha autodeterminación tiene que ver con la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así

como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas. Esto es, reconoce una autodeterminación interna, más no, externa.

El ejercicio político de la autodeterminación está contemplado en el Art. 5 de la Declaración, al establecer: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

La dimensión colectiva de los derechos humanos abrió la legitimación procesal para los grupos o agrupaciones de personas, pero también abrió la legitimación para los pueblos. Esto fue posible, además, gracias al trabajo persistente que realizaron activistas, líderes sociales, organizaciones y agrupaciones de distinto tipo, a través de informes técnicos, foros internacionales o plataformas indígenas, en torno al desarrollo de criterios y conceptos de dimensión étnico-cultural de los derechos humanos, y que luego fueron asumidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos como por la jurisprudencia de las Cortes de derechos humanos, en especial de la Corte IDH, como ya fue mencionado en líneas anteriores¹⁸³.

¹⁸³ A nivel de Cortes nacionales, fue la Corte Constitucional de Colombia la que dio mayor vuelo a la interpretación étnico-cultural en los años noventa, con sentencias que fijaron importantes estándares de protección. Solo para dar dos ejemplos con relación al tema aquí tratado, la sentencia T-380 de 1993 establece que: “(...) los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales no se reduce a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que, como tal, aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural (...)”. En la sentencia T-001 de 1994, La Corte Constitucional colombiana, dirá: “(...) el interés defendido en calidad de sujeto colectivo no debe entenderse como colectivo sino de uno solo, de un sujeto colectivo de derechos fundamentales, por tanto puede recurrirse a la tutela (...). Las otras colectividades que comparten un mismo derecho o interés difuso o colectivo, pueden proceder a su defensa a través de acciones populares, y solo en el caso de los derechos ambientales y de los consumidores, de acuerdo a nuestra Constitución, pueden hacerlo por vía de amparo (citado en CHÁVEZ, 2007, pp. 99 y 100).

Con todo, las perspectivas comunitaristas, pluralistas y etnicistas coparon las reflexiones del pensamiento progresista de los años ochenta y noventa, incentivando la inclusión de dichas perspectivas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los marcos constitucionales de los Estados suscriptores del Convenio 169 de la OIT. El resultado fue que se incorporaron en los textos constitucionales los derechos colectivos y los derechos de los pueblos a la par de los derechos individuales y del ejercicio individual y colectivo de los derechos. La ruptura que provocan las perspectivas pluralistas respecto del consenso liberal sobre los derechos individuales tiene que ver con el reconocimiento de colectivos etno-culturales de carácter histórico, lo que convierte a la cultura en un bien primario, y a los grupos sociales portadores de dichas culturas, como entidades morales plenas. Esto transformó las minorías étnicas en pueblos.

1.3. El debate en torno a 'lo cultural' y a la plurinacionalidad

Como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la emergencia indígena de los años ochenta, puso una vez más en el debate la cuestión de la cultura nacional, esta vez impugnando abiertamente su existencia misma y proponiendo una reconstrucción histórica de los fundamentos culturales del Estado. Este ejercicio discursivo se extendió en toda Latinoamérica, y como en el caso del debate sobre la multidimensionalidad de los derechos humanos y la discusión sobre derechos individuales y derechos colectivos, el debate culturalista marcó el devenir de las constituciones de Bolivia y Ecuador.

La característica del debate cultural en esta época, y de ahí su desenlace expresado en el reconocimiento de derechos indígenas, tiene que ver con el énfasis que se puso en las dimensiones ontológicas de 'la cultura', esto es, en los elementos constitutivos de las creencias, las prácticas, los imaginarios y las manifestaciones

culturales, que más que un conjunto de acciones, hablan de comunidades de significado, de formas de vida, de modos de ser en sociedad, de tipos de sociedad.

Proclamando la falacia de la existencia de una cultura nacional, las alternativas políticas se plantearon en términos de multiculturalismo, interculturalidad, diversidad y pluralismo, como salidas democráticas para resolver los problemas derivados de un proyecto político liberal de carácter monocultural que solo alcanzó a concebir políticas tutelares, integracionistas, transculturalistas o desarrollista de carácter hegemónico, para los pueblos indígenas.

Los campos del debate teórico fueron la sociología, la filosofía política y los estudios culturales¹⁸⁴, fundamentalmente, lo que hizo del campo del derecho casi un mero receptor de dichos planteamientos¹⁸⁵. Esto apoya la tesis de CARBONELL (2003, pp. 841-842) de que:

(...) como en tantos otros temas, los estudios jurídicos sobre los derechos indígenas son bastante escasos; esto genera dos consecuencias inmediatas e importantes: por un lado, el analista no encuentra literatura suficiente para transitar sobre un camino que suele ser frecuentado por posiciones demagógicas y retóricas, muchas veces defendidas desde sectores del análisis social distintos al jurídico (fundamentalmente desde la antropología o desde la sociología); por otro lado, al no haber podido contar con el apoyo de ejercicios de control teórico, los políticos han operado los procesos de reforma constitucional para reconocer los derechos indígenas sin brújula y sin rumbo, dejándose llevar más bien por las señales que les enviaban los sondeos de popularidad y asumiendo actitudes que les pudieran redituar beneficios electorales en el corto plazo.

Siendo parcialmente ciertas las observaciones de CARBONELL, que están apoyadas en una visión autopyética radical del Derecho, no es menos cierto, como hemos dicho, que el debate se dio en otros campos de las ciencias sociales,

¹⁸⁴ DÍAZ-POLANCO, *Elogio a la diversidad*, 2006; SARTORI, 2001; ZIZEK, 1998; TAYLOR, 1993; KIMLICKA, 1996; SOTELO, s/f; SANTOS, 2010; entre muchos otros.

¹⁸⁵ El interés en el campo del derecho está relacionado con los estudios culturales del derecho: HÄBERLE, 2002; LUCAS VERDÚ, 1998; IBÁÑEZ, 2011; KAHN, 2001; y con los estudios del derecho penal: HÖFFE, 2000; y BORJA JIMÉNEZ, 2000.

filosóficas y politológicas, y que antes que reflexiones teóricas duras, estas disciplinas se planteaban explicar una efervescencia social que demandaba cambios sustanciales en la estructura del Estado y en el papel del derecho. Esto demuestra, por el contrario, que la deficiencia del debate interno del derecho no fue obstáculo para que se den transformaciones jurídicas como respuesta a concretas problemáticas sociales que demandaban una determinada adecuación normativa, y que finalmente fueron incorporadas en las nuevas constituciones por fuerza del poder constituyente que acompañó a las reformas, y que imprimió sus contenidos.

En términos generales, los debates entre multiculturalismo, interculturalidad, diversidad y pluralismo en torno a 'la cultura' y 'lo cultural', aportaron al constitucionalismo del Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009, para desechar la anterior caracterización del Estado como intercultural y multiétnico y optar por definirlo como plurinacional e intercultural; con implicaciones, al menos, en tres aspectos: 1) superar las visiones tutelares, integracionistas, parciales, sectoriales o puntuales ensayadas por el Estado hasta esos momentos en el tratamiento del tema indígena, y en su lugar, asegurar –al más alto nivel jurídico–, la aplicación de perspectivas estructurales e integrales respecto del tema; 2) diferenciar constitucionalmente la naturaleza de las distintas exclusiones (económicas, sociales, políticas o culturales) que en el multiculturalismo aparecían agrupadas en una misma categoría (feminismos, nacionalismos, colonialismos), y establecer modalidades y mecanismos distintos y pertinentes para su tratamiento y superación¹⁸⁶; 3) asumir la tesis de la insuficiencia de los derechos individuales, pero también de los derechos económicos y sociales para superar los problemas

¹⁸⁶ Que significa comprender el grado de transitoriedad que tienen unas y otras reivindicaciones (las aspiraciones de bienestar y justicia distributiva que tienen los discursos feministas, generacionales, de diferenciación sexual, etc., frente a las aspiraciones de identidad y de redistribución política que defienden los pueblos indígenas o las minorías nacionales), así como la naturaleza de las políticas que deben ser tomadas para superar cada una de ellas.

derivados de colonialismo y el neocolonialismo; lo que plantea una superación más radical de la dicotomía liberal entre libertad e igualdad.

Vale anotar que los cambios a los que hacemos referencia no irradiaron a las demás constituciones que en la década de los años noventa reconocieron derechos indígenas, las mismas que fijaron su techo constitucional en la formula de Estado multicultural y pluriétnico y en el reconocimiento de derechos colectivos puntuales¹⁸⁷.

En cuanto al debate teórico, la antropología social de la década de los setenta contribuyó con la idea de cultura como un conjunto de creencias y comportamientos que la gente adquiere, no a través de la herencia biológica, sino por participar de una sociedad concreta en donde la persona queda expuesta a una tradición cultural específica. En esta perspectiva la cultura es entendida como un complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, la costumbre y cualesquiera otros hábito adquirido por el hombre como miembro de la sociedad (TAYLOR, *citado en* KOTTAK, 1996). Como consecuencia, la cultura es aprendida, compartida, simbólica, integrada, adaptable¹⁸⁸.

Este concepto, si bien entienden que toda cultura es producto de la convivencia social, tiene el problema de que asienta su noción en lo que se denomina 'tradiciones culturales específicas'.

Una lectura desde la perspectiva de las 'tradiciones culturales específicas' nos da a entender, por ejemplo, que todos los ciudadanos ecuatorianos

¹⁸⁷ Con excepción de Colombia que, mediante una amplia e importante jurisprudencia constitucional, afinó la naturaleza pluricultural y multiétnica de la protección a una noción más intercultural e igualitaria entre diferentes.

¹⁸⁸ GEERTZ define a la cultura como ideas basada en el aprendizaje cultural y en símbolos. En este sentido, las culturas son conjuntos de "mecanismos de control; planos, recetas, reglas, construcciones, lo que los técnicos en ordenadores llaman programas para regir el comportamiento" (GEERTZ, 1973, p. 44, *citado en* KOTTAK, 1996).

compartimos los valores patrios o tenemos unos ideales patrios; lo que plantea una pregunta de partida: ¿cuáles son esos valores o ideales patrios? Como podemos intuir, las respuestas serán distintas y muy variadas si a esta pregunta responde un político, un funcionario público, un ciudadano de a pie, o un miembro de la fuerza pública, por ejemplo.

Pero, podemos plantearnos preguntas más complejas: ¿Si no podemos reconocer valores o ideales patrios únicos, quiere decir que no existe el Ecuador como cultura? ¿El Ecuador tiene una sola cultura? ¿Se resuelve el problema de la existencia de diferentes culturas en el concepto de Estado unitario¹⁸⁹, dada la virtud de esta denominación para zanjar el debate en la fórmula de una sola nación, un solo territorio, una sola cultura?¹⁹⁰.

La dificultad de definir esos elementos comunes: ideales, conocimientos, valores o comportamientos compartidos por un grupo, un pueblo o una sociedad, llevó a varios autores a proponer que lo que se observa en una ciudad, en un país o en una región es una situación de multiculturalidad¹⁹¹, esto es, una yuxtaposición de culturas y mezcla de distintos elementos culturales. Esta lectura ayudaba a entender la complejidad cultural de una sociedad, un pueblo o una región, sin

¹⁸⁹ El Art. 2 de la Constitución ecuatoriana de 1845 establece que: La República es una, indivisible, libre e independiente de todo poder extranjero, y no puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona. De aquí en adelante, todas las Constituciones aluden al unitarismo estatal.

¹⁹⁰ En Ecuador, el Estado monocultural estará vigente hasta la codificación de 1996 de la Constitución de 1978, cuando se define como unitario, pluricultural y multiétnico, con lo que comienza a configurarse como un Estado plural. Mientras que en Bolivia subsistirá hasta las reformas constitucionales de 1994 que establece: Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos. Para un estudio pormenorizado de la ola de reformas constitucionales de los años noventa *ver* YRIGROYEN, 2004.

¹⁹¹ KIMLICKA, 1996; RAZ, 2001. Una de las críticas más importantes al multiculturalismo es que el concepto es como un cajón de sastre en donde caben todo tipo de entidades colectivas (grupos sociales, minorías étnicas, inmigrantes, minorías nacionales, pueblos indígenas; feminismos, nacionalismos, etc.) (BELLO, 2004; *también ver* GARZÓN, 2013),

embargo, sigue viendo a los grupos culturales como bloques bien definidos, con fronteras muy precisas¹⁹².

El concepto de multiculturalidad, expuso la necesidad no solo de conocer la realidad cultural de las contemporáneas sociedades amplias y complejas, sino que también abrió la necesidad de diferenciación cultural.

Las nociones multiculturalistas traducidas en políticas estatales adquirieron, al menos, cuatro características: 1) el abandono, por agotamiento, del indigenismo¹⁹³ como modelo estatal integracionista; 2) el reconocimiento de la existencia de múltiples culturas lo hace la cultura hegemónica, la cultura dominante, mediante el ejercicio de ‘reconocimiento’ de la diferenciación de grupo o de la diferenciación étnico-cultural; 3) las relaciones de poder que se instauran tienen que ver con una suerte de ‘autocolonización’ en donde ya no se da la oposición clásica entre metrópoli y país colonizado, sino que se produce una colonización interna¹⁹⁴ del propio país; 4) en este proceso de ‘autocolonización’ no

¹⁹² SÁNCHEZ BOTERO (1998). *Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano*.

¹⁹³ Vale recordar que las políticas indigenistas y las relaciones interétnicas que estas propiciaban fueron diseñadas en América Latina por el Instituto Indigenista Interamericano (III), constituido en 1942, Las propuestas del Instituto se sustentaron teóricamente en el funcionalismo estructural representado por MALINOWSKI, RADCLIFFE-BROWN, a comienzos del siglo XX, y REDFLELD en los años treinta. Políticamente, el Instituto apuntalaba la concepción liberal de Estado-nación que entiende al ciudadano en condición de igualdad, lo que significa que quien no calza en dicha condición no participa de la calidad ni de ciudadano ni de igual. Para quien se encuentra en situación de excepción de la ciudadanía se requiere una acción diferenciada tendiente a integrar al excluido. De acuerdo a esto, la viabilidad de América Latina dependía de la construcción de una identidad de nación moderna, que solo era posible superando todo rezago del pasado tradicional que representaba el indio. La política impulsada por el Instituto se expresó en las matrices proteccionistas, etnicista o desarrollistas que aplicó el Estado ecuatoriano en el siglo XX (CHÁVEZ, 2006, p. 5).

¹⁹⁴ El colonialismo interno de mediados del siglo XX fue un planteamiento de la nueva izquierda de los años sesenta, como una crítica tanto a las concepciones dualistas de las teorías de la modernización (la co-existencia de lo tradicional y lo moderno), como al marxismo clásico que solo subrayaba en las relaciones de clase. Su vinculación a la lucha de clases y al poder del Estado apareció originalmente velada y utilizada sobre todo en el

actúa de manera exclusiva el Estado como agente central de dominación neocolonial sino que son empresas globales que tratan a su país de origen –y a otros lugares del planeta–, como territorios que debe ser colonizados; de esta manera, el poder colonizador no proviene más del Estado-nación, sino que surge directamente de las empresas globales¹⁹⁵.

El multiculturalismo hace de las políticas públicas una expresión de la tolerancia, del respeto a las diferencias y de la protección de espacios ‘culturalmente diferentes’. El problema del multiculturalismo es que esta invitación ‘respetuosa’ que hace el Estado a los grupos diferenciados a participar de las instituciones estatales favorece más a la generación de guetos y al surgimiento de intereses corporativos que a la transformación de la naturaleza del Estado, requerida para superar la opresión, la marginación o el desprecio que sufren estos grupos sociales.

Las políticas multiculturales¹⁹⁶, aunque fueron asumidas como beneficiosas para algunos sectores indígenas, pronto demostraron sus limitaciones para modificar las condiciones de vida de estas poblaciones, demostrando por el contrario, que el excesivo énfasis en la diferencia a la larga genera nuevas formas de segregación, atomiza la acción social, y lo que es peor, atribuye a la diferencia cultural toda desigualdad, ocultando otras matrices de discriminación como las de

marxismo académico, el pensamiento crítico y algunas investigaciones empíricas en América Latina y otras regiones. Muy cercanos a los teóricos de la dependencia que exploraban una compaginación de las variables externas con los apremios internos para el desarrollo, los teóricos del colonialismo interno intentaban explorar los vínculos entre relación de clase y etnicidad (GONZÁLEZ CASANOVA, 2003, *citado en* CHÁVEZ, 2006, p. 2).

¹⁹⁵ ZIZEK, 1998, p. 171.

¹⁹⁶ En términos generales, las políticas multiculturales en el Ecuador están representadas en la creación de la Dirección Intercultural Bilingüe DINEIB, en 1988, a la que siguieron políticas de reconocimiento de tierras y territorios indígenas, proyectos estatales de etno-desarrollo, la creación de numerosas instituciones indígenas de carácter estatal –el CODENPE y la Dirección Nacional de Salud Intercultural, por ejemplo–, y el reconocimiento constitucional del Estado intercultural y multiétnico que hicieron las Constituciones de 1996 y 1998.

clase o de género, por ejemplo, y pretendiendo un nuevo reduccionismo del conflicto social.

Frente a las propuestas multiculturalistas, la perspectiva de la 'diversidad étnico-cultural'¹⁹⁷ entiende que la identidad étnica no depende de la diversidad y de las diferencias culturales per se, sino, de la asignación de significados sociales particulares que hacen los distintos grupos a un limitado conjunto de actos; y que las categorías sociales que resultan de esta asignación de significados, proporcionan normas obligatorias para juzgar la propia conducta y la de otros. Desde esta perspectiva, las diferencias, más que listados de rasgos culturales, son visiones del mundo y valoraciones (SÁNCHEZ BOTERO, 2004, pp. 142, 145).

CLAVERO (2002), va más allá y coloca a la cultura en clave de derechos, considerando que el papel de la cultura –de las culturas– es central en la sociedad¹⁹⁸. Para este autor, el derecho a la propia cultura no es un derecho más, sino que compromete la misma personalidad humana y la propia construcción de comunidades, sean estados u otra cosa. Si hablamos del derecho a la cultura, sostiene, estamos hablando del derecho clave para la propia existencia de comunidades humanas como comunidades diferenciadas y como comunidades con crédito a derechos constitutivos propios. Afirma con contundencia que no hay comunidades sin cultura, sin una cultura particular.

¹⁹⁷ Desde la idea de centralidad de los derechos fundamentales, FERRAJOLI (2008) sostiene que está claro que la universalidad de los derechos fundamentales y su corolario de la igualdad no solo son compatibles con el respeto de las diferencias culturales reivindicado por el multiculturalismo, sino que representan su máxima garantía. En todo caso es absurda la idea, de que las culturas, cualesquiera de ellas, incluida la nuestra pueda prevalecer sobre el derecho de las personas.

¹⁹⁸ Tanto más a la hora de debatir respecto de la relación entre dignidad humana y cultura (HÄBERLE, 2002), o respecto de la responsabilidad penal en la sociedad plural (HÖFFE, 2000).

Para este momento, quedará claro que no es posible desarrollar sentidos del derecho y de la justicia independientemente de 'lo cultural', esto es, de la cultura a la que se pertenece, y de la participación que desde esa posición tienen los individuos en la comunidad. Así como que más allá del individualismo o de una ciudadanía diferenciada¹⁹⁹, se requiere asumir que la problemática social es mucho más compleja en la actualidad y que los problemas de reconocimiento y exclusión de los diferentes grupos (mujeres, desplazados, minorías) son problemas que atañen a todos, dado que del modo en que se resuelven, depende la sociedad que se construya.

Por tanto, ya no será suficiente concebir a la ciudadanía como estatus²⁰⁰, ni reconocer solamente a la persona como agente moral, sino que las colectividades también requerirán ser reconocidas como agentes morales, ya que son portadoras de concepciones de bien y de justicia, de la que los individuos son el reflejo.

Los enfoques etnico-culturalistas y las distancias con el multiculturalismo pronto derivaran en un debate sobre la interculturalidad. A diferencia del multiculturalismo, la interculturalidad pone el énfasis ya no en la yuxtaposición de distintas culturas, sino en su interrelación, en la existencia de fronteras culturales y subculturales dinámicas, en el traspaso cultural, el sincretismo, los prestamos y apropiaciones culturales, los juegos de poder, la transculturación y la aculturación.

¹⁹⁹ O ciudadanía multicultural como lo denominan autores como KYMLICKA, 1996; RAZ, 2001; PÉREZ LUÑO, 2006.

²⁰⁰ RAWLS, distanciándose del liberalismo que concibe a la ciudadanía como simple status, considera que el problema principal de un modelo de ciudadanía es conseguir la estabilidad social y política respetando el pluralismo razonable. Afirma que la visión liberal de ciudadanía como estatus legal o titularidad de derechos ha entrado en crisis en las sociedades contemporáneas en tanto no proporciona una base suficiente para mantener unida a la sociedad y para garantizar la convivencia política. El desafío contemporáneo, será entonces, construir un ideal de ciudadanía que no sea incongruente con la pluralidad de identidades (no-públicas) de las personas (HERNÁNDEZ, 2005). La perspectiva rawlsiana, sin embargo, no saldrá del marco del individualismo que solo ve a la persona como agente moral.

Como sostiene GARCÍA CANCLINI (2004), la interculturalidad remite a la confrontación y el entrelazamiento, a lo que sucede cuando los grupos entran en relaciones e intercambios²⁰¹, mientras que bajo las concepciones multiculturales se admite la 'diversidad' de culturas, subrayando su diferencia y proponiendo políticas relativistas de respeto, que a menudo refuerzan la segregación. El ejercicio intercultural no se orienta a poner énfasis en las diferencias culturales sino en la búsqueda de elementos que permitan la comunicación para el entendimiento intercultural.

La interculturalidad propone una búsqueda de espacios de convergencia entre personas y grupos, entre grupos y comunidades, identificando los vínculos de unión y no de distanciamiento, que pueden ser los derechos humanos vistos desde perspectivas interculturales, los valores compartidos, el diálogo entre culturas, los intereses sociales comunes, etc., por lo que dan énfasis a los principios de ciudadanía y de unidad en la diversidad. En esta perspectiva, GIMÉNEZ (2000), sostiene que para que una relación sea verdaderamente intercultural, debe cumplir con tres características: el reconocimiento mutuo, el intercambio positivo y la convivencia.

Los planteamientos de la plurinacionalidad y de la interculturalidad son concomitantes con la reivindicación del derecho a la diferencia étnico-cultural²⁰² y de los derechos territoriales, organizativos, lingüísticos, formas de vida, autoridades propias y formas propias de resolver los conflictos, que demandan las

²⁰¹ WALCH (2002) defiende que la interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre grupos, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones de poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales, la multi o pluriculturalidad simplemente parte de la pluralidad étnico-cultural de la sociedad y del derecho a la diferencia.

²⁰² DÍAZ-POLANCO (1997) sostiene que las diferencias culturales se han mantenido e inclusive los grupos construyen posturas políticas frente al intento de eliminación de este tipo de diferencias. Las posturas frente a la integración nacional, sobre la base de la cultura particular de un pueblo, es lo que se conoce como etnicidad o identidad étnica.

comunidades, pueblos y nacionalidades. Apelan a la interacción entre culturas, al respeto y el enriquecimiento mutuo; a abordar los conflictos, no a evadirlos ni encubrirlos; a institucionalizar mecanismos de diálogo que no signifiquen cerrar cualquier otra modalidad de participación que permita escuchar las distintas aspiraciones.

Específicamente, la plurinacionalidad apunta a un rediseño de las instituciones públicas²⁰³ para garantizar de manera efectiva la participación política de las personas, las colectividades y los pueblos; para asegurar la rearticulación orgánica (la reinención) de los pueblos, las nacionalidades y las comunidades²⁰⁴; para promover estrategias de coordinación y cooperación horizontales; para hacer del Estado un mecanismo de promoción y respeto de las decisiones autónomas y legítimas de las personas, colectividades y pueblos en el marco de sus espacios propios y de los diálogos interculturales que se instituyan.

La plurinacional promovida por los pueblos indígenas demanda la implementación de estilos de gobierno horizontales que, como proclamaron los zapatista en su momento, consiste en ‘mandar obedeciendo’²⁰⁵; lo que podría entenderse que significa gobernar sobre la base de los mandatos constitucionales y los mandatos que resultan de la interacción intercultural; o lo que es lo mismo, mandar no mediante la coacción sino mediante la construcción de significados. Significa apuntar a ‘lo político’, y no a ‘la política’. Como sostiene FRASER:

La solución para la injusticia cultural (...) es algún tipo de cambio cultural o simbólico. Esto podría implicar la revaluación cada vez mayor de las identidades

²⁰³ *En general*, Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, 2009. Para un análisis más amplio, ver Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, s/f; SANTOS, 2009; VARGAS, 2009.

²⁰⁴ Para una revisión amplia e interna, desde una lectura indígena, del proyecto político del movimiento indígena ecuatoriano de reconstrucción de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ver PACARI, 2009.

²⁰⁵ Para profundizar en la noción zapatista de ‘mandar obedeciendo’, que tuvo mucha influencia en los discursos étnicos de la década de los noventa, ver AGUIRRE, 2009.

irrespetadas y de los productos culturales de los grupos menospreciados. Podría implicar reconocer y valorar positivamente la diversidad cultural. De manera más radical aún, podría implicar la transformación total de los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación, creando cambios en la autoconciencia de todos (FRASER, 1997).

En esa interacción constante entre identidades, si las relaciones de poder que las atraviesan continúan siendo marcadamente desiguales, si ocurre entre los más débiles y los más poderosos sin intermediación de mecanismos de igualación previos, si la mirada de esos 'otros' es mayoritariamente negativa, de desprecio, de subestimación, no se producirá una auténtica relación intercultural porque se estará frente a una nueva manifestación de subordinación. Hablar de interculturalidad como política pública y espacio de relacionamiento social, es hablar de un estado de situación en el que los dialogantes, los interrelacionados, comienzan a cambiar, a transformarse, a modificarse, como resultado del encuentro.

En cuanto al pluralismo jurídico, es a no dudarlo, el tema que más suscitó el interés de juristas, aunque ya para la década de los ochenta, quedó claro que el tema solo podía ser abordado desde una perspectiva teórica interdisciplinaria.

Las contribuciones de la antropológica jurídica resultaron claves para el desarrollo del debate en esta época, dado que en más de un siglo de investigaciones, esta contaba con al menos tres grandes enfoques explicativos sobre el derecho y la cultura: 1) el paradigma normativo, que delimita el campo de lo jurídico al estudio de las instituciones gobernadas por normas dirigidas a mantener el orden y la armonía social; 2) el paradigma procesual, interesado en el análisis de las disputas y las relaciones que estas generan; 3) el paradigma histórico y del poder, que cuestiona la visión ahistórica y armónica de los paradigmas anteriores, e insiste en el papel del poder y el cambio como ejes estructurantes del derecho (CHÁVEZ & GARCÍA, 2004, p. 18).

Estos enfoques sirvieron para emprender estudios antropológico jurídicos en Latinoamérica, con el fin de brindar explicaciones acerca de las especificidades de las llamadas ‘culturas tradicionales’, y de las prácticas de justicia dentro de los pueblos indígenas y comunidades locales, así como de las relaciones que estas mantienen con las agencias e instituciones del Estado. En la actualidad se cuenta con un amplio número de investigaciones que describen los sistemas jurídicos de los pueblos en sus lógicas y sistemas de valores, así como estudios enfocados a reconstruir las estrategias y estilos de disputa en contextos de pluralismo jurídico.

En Ecuador, la preocupación teórica sobre el pluralismo jurídico se enmarcó en la línea de investigaciones que describen los sistemas jurídicos en sus lógicas y sistemas de valores, aunque dentro de estas se puede ver, al menos, dos vertientes: la una, que aborda las investigaciones haciendo un ejercicio de analogía con el Derecho del Estado central, buscando de algún modo justificar que los procesos jurisdiccionales indígenas cumplen con los estándares procedimentales del Derecho (conocimiento de causa, autoridad competente, notificación, investigación, contradicción y sanción)²⁰⁶; la otra, que asume la imposibilidad de aplicar una lógica analógica con el derecho ordinario para entender el derecho indígena, dado que se trata de tradiciones jurídicas distintas; por lo que el estudio del derecho indígena y de los procesos jurisdiccionales que se realizan a su amparo, requieren del desarrollo de propios y complejos ejercicios conceptuales. Tesis a la que adscribo y que ha sido poco desarrollada hasta los actuales momentos, aunque ya quedó esbozada en CHÁVEZ & GARCÍA (2004).

Como últimos elementos a dejar sentado de manera breve, por tratarse de cuestiones extrajurídicas y contextuales, es que las constituciones de Ecuador del

²⁰⁶ Aunque son numerosos este tipo de estudios, para efectos del presente trabajo, ver TIBÁN & ILAQUICHE, 2004; GARCÍA, 2002; BALLÓN, 2004; SALGADO, 2002; LLÁSAG, 2012; Y BORJA, 2000.

2008 y de Bolivia del 2009, comparten un mismo patrón de origen; a saber: el compromiso de campaña que supieron cumplir los presidentes Rafael Correa y Evo Morales, de cambiar la constitución para reformar el Estado; la activación de un poder constituyente encargado de delinear el Nuevo Estado y refrendar el nuevo modelo constitucional; la composición atípica de las respectivas asambleas constituyentes, del proceso de elaboración de cuerpo constitucional y de los resultados que arrojaron dichos procesos constituyentes, que en medulares aspectos rompen con el pasado colonial y neoliberal, anclándose, a su vez, en el pasado de los pueblos ancestrales –originarios²⁰⁷, de las luchas libertarias anteriores y contemporáneas y de la sabiduría de todas las culturas. Temas sobre los cuales volveremos en el siguiente Capítulo.

Sobre una estructura constitucional que recepta, redefine, muta e inventa teorías, doctrinas y postulados filosóficos y jurídicos, las constituciones de Ecuador y Bolivia asumen el reconocimiento del derecho indígena²⁰⁸ (derecho propio, derecho consuetudinario, derecho indígena originario campesino, como también se le denomina), en su calidad de ‘derecho’.

Este nuevo constitucionalismo, puso en evidencia que conceptos sobre culturas superiores e inferiores, desarrollados y subdesarrollados, modernos y tradicionales, responde a necesidades políticas y no a realidades esenciales. Es un problema ideológico, no ontológico ni jurídico, que puede ser resuelto dentro de

²⁰⁷ El protagonismo de organizaciones indígenas en Ecuador, pero sobre todo en Bolivia, con la participación de pueblos indígenas rurales junto con población mayoritariamente indígena urbana, participante en el complejo proceso constituyente de 2006-2009 (MARTÍNEZ DALMAU, 2013, p. 269).

²⁰⁸ Es importante resaltar que para MARTÍNEZ DALMAU (2013, p. 273), el reconocimiento de este pluralismo jurídico se lo hace sobre bases ampliamente reconocidas en los ordenamientos constitucionales occidentales, esto es, sobre la posibilidad y legitimidad propia del federalismo: es la Constitución la que reconoce la vigencia y establece los límites de cada uno de los ordenamientos existentes en el marco del poder del Estado. Este tipo de pluralismo es lo que HOEKEMA (2002) entiende como pluralismo jurídico formal de tipo igualitario.

un Estado que tiene como fin primordial organizar su estructura para la protección de los derechos de las personas, las comunidades y los pueblos que lo componen; enfocado a superar todos los obstáculos que impiden resolver las injusticias históricas y las dificultades contemporáneas para garantizar la felicidad y el buen vivir de las personas, en comunidad, en sociedad.

2. La constitucionalización de los derechos indígenas en las Constituciones de Bolivia y Ecuador

Un acercamiento a la constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas que se encuentran diseñados en las Constituciones de Bolivia y Ecuador, requiere de un doble ejercicio: el uno, orientado a ubicar los contenidos normativos que se encuentran en dichas Constituciones en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente, el que reconoce derechos de los pueblos indígenas y tribales; el otro, dirigido a identificar los fundamentos doctrinales y jurídicos, propiamente dichos, de los derechos de pueblos indígenas reconocidos en las dos Constituciones.

Como se dijo al inicio del presente Capítulo, la motivación para adelantar un análisis de las Constituciones de Bolivia y Ecuador tiene que ver con la amplitud e integralidad que estos cuerpos normativos tratan los derechos de los pueblos indígenas, aunque cada uno lo hace a su manera.

En este sentido, el presente acápite se desarrolla en tres partes: la primera, que realiza un compendio general de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen derechos de pueblos indígenas, dando cuenta de la evolución que el tema ha tenido en la Comunidad Internacional; la segunda, que analiza las principales características de la constitucionalización de los derechos indígenas en las Constituciones de Bolivia y Ecuador, principalmente en sus dimensiones doctrinal y jurídica; la tercera, que se preocupa de resaltar las zonas grises y opacidades del modelo de constitucionalización, y los límites y las

posibilidades que tiene el constitucionalismo plural para resolver los problemas históricos de los pueblos indígenas, para contribuir a la consolidación de sociedades democráticas y para brindar salidas a la pluralidad de opciones morales en confrontación, propia de las sociedades contemporáneas.

2.1. Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La revisión de la estructura de los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁰⁹ resulta clave para identificar el marco normativo y doctrinal sobre el que se sustenta el reconocimiento de estos derechos en el ámbito nacional, su grado de reconocimiento y los compromisos que asume el Estado frente a la comunidad internacional derivados de dichos instrumentos.

En términos generales, la Comunidad Internacional se muestra activa frente a las demandas de reconocimiento de derechos de pueblos indígenas, organizando eventos, conferencias y convenciones internacionales y regionales; elaborando estudios de la situación, creando instancias de trabajo y adoptando un amplio número de instrumentos internacionales que comprometan o vinculen a los Estados en la vigencia de tales derechos.

²⁰⁹ El Derecho Internacional de los Derechos Humanos comprende, hoy en día, el conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos que a raíz de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dieron paso a la conformación de un Orden Internacional vinculante para los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, sobre la base del reconocimiento de los derechos humanos. Más adelante, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada 'Carta Internacional de Derechos Humanos', a estos se suman otros instrumentos adoptados desde 1945, confiriendo una base jurídica a los derechos humanos y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. (*En General*, GÓMEZ-ROBLEDO, s/f).

Pese a que la doctrina de los derechos humanos ha dado varios giros interpretativos desde el momento de su positivización²¹⁰, para el caso de los pueblos indígenas y tribales –a favor de quienes se han aprobado un número significativo de instrumentos internacionales–, el tratamiento común ha sido entenderlos en calidad de minorías étnicas al interior de los Estados nacionales.

La concepción de minoría nacional hace alusión a los pueblos, naciones o comunidades étnico-culturales que quedan ubicadas en las unidades político jurídicas que terminan conformándose luego de confrontaciones bélicas o como efecto de estas. Al finalizar una guerra, pueblos y naciones se encuentran siendo parte de otro imperio, colonia, federación de naciones o país distinto al suyo, convirtiéndose en una minoría cultural, lingüística o étnica, respecto de la nueva entidad política a la que acababan de ser incorporados²¹¹.

La protección internacional de minorías nacionales, de acuerdo a FERNÁNDEZ PUYANA (2003, p. 125), ha atravesado tres períodos claramente definidos: el primero, caracterizado por la existencia de tratados internacionales que buscaban proteger a aquellas minorías que habían sufrido un cambio de su *status quo* tras los cambios de fronteras producidos como consecuencia de algún conflicto bélico.

²¹⁰ La positivización de los derechos humanos comienza con la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia en 1776; la Constitución de los Estados Unidos en 1787; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el contexto de la Revolución francesa; y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el seno de la Organización de Naciones Unidas, ONU, así como los tres pactos que la dan operatividad: el Pacto Internacional de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²¹¹ En Europa, por la intensa movilidad de las fronteras nacionales, la organización confederada, federativa y autonomista hace parte de su historia y sus formas de organización jurídico-política. Distinto es el caso de los países de Centro y Sur América en donde la relativa estabilidad de sus fronteras y los liderazgos políticos de corte militarista –en buena parte de la historia de estos países–, oligárquico y caudillista, configuraron los Estados presidencialistas de naturaleza unitaria y monocultural, aun en los Estados federados como Venezuela y Argentina, de los que se afirma mantienen federaciones de papel (CHÁVEZ, 2011, p. 65).

En esta etapa las potencias antes beligerantes negociaban entre sí la nueva posición de aquellos habitantes que quedaban dentro de las nuevas fronteras; el segundo, correspondiente a la época de la Sociedad de Naciones, en donde se reconoció explícitamente derechos colectivos de las minorías que podían ser reclamados internacionalmente; el tercero, que corresponde a la época de las Naciones Unidas, en donde se descartó toda clase de reconocimiento de derecho grupal y se optó por hacer de los derechos individuales el fiel de la balanza.

La Sociedad de Naciones, organización creada en 1919 tras finalizar la Primera Guerra Mundial, confirmó su compromiso internacional de ofrecer protección a las minorías étnicas y culturales en el pronunciamiento de la Conferencia de Versalles²¹², expresando que el problema de las minorías afecta a la paz y a la seguridad de los Estados.

Su aporte respecto de etapas anteriores tiene que ver con la institucionalización de mecanismos de protección a minorías, reconociendo el principio de no discriminación y el respeto a la identidad propia, conjuntamente con el derecho a la vida, a la libertad personal y a la libertad religiosa, el derecho de nacionalidad e igualdad civil y política, y otros derechos individuales y colectivos. Adicionalmente, reconoció a las nacionalidades el derecho a ejercer acciones legales por posibles violaciones de sus derechos, dotando a estas de reconocimiento internacional.

Tras finalizar la Segunda Guerra Mundial y con la creación de la Organización de Naciones Unidas en 1945, el problema de las minorías vuelve a aparecer fruto de los nuevos acomodos de fronteras que supuso la resolución de dicha confrontación, sin embargo, la respuesta de las Naciones Unidas será diferente de la que dio la Sociedad de Naciones.

²¹² Que selló la paz al final de la Primera Guerra Mundial, suscribiendo un tratado de paz firmado por más de cincuenta países.

Dado que las Naciones Unidas nacieron con el requerimiento de establecer nuevas reglas internacionales que superen los traumas de la Segunda Guerra Mundial, que impidan el surgimiento de nuevos brotes de fascismo y nazismo, que detengan el avance del comunismo e impulsen la reconstitución de la economía mundial devastada por la guerra, el tema de las minorías étnico culturales fue visto como un problema menor. El desafío que se planteó entonces fue el de instaurar un sistema universal basado en la idea de dignidad humana atinente a cada individuo miembro de un Estado, y que, a la vez que reconozca la inmunidad jurisdiccional de los Estados genere obligaciones internacionales por violación de derechos humanos. Nació así el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, como marco de relacionamiento internacional entre los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Instaurar un sistema de protección de derechos humanos individuales significó el abandono de la tesis de los problemas territoriales y de las nacionalidades para optar por la aplicación del principio de la autodeterminación, como principio de reconocimiento de un Estado independiente. La tesis liberal de la dignidad humana que fue asumida por Naciones Unidas, entiende que a través de la protección de derechos individuales y la vigencia de principios fundamentales –no discriminación, igualdad ante la ley, libertad religiosa, libertad de expresión–, el problema de las minorías podrá ser resuelto.

Con el propósito de afinar el mecanismo de protección de derechos individuales, el Secretario General de la Organización encargó un estudio acerca de la extinción de obligaciones derivadas del sistema de la Sociedad de Naciones. Fruto de este estudio, la ONU desconoció los instrumentos de protección de las minorías, entre otros argumentos, basándose en el principio *rebus sic stantibus*, o cambio sustancial en las circunstancias. Así, la Carta de las Naciones Unidas no contempla ninguna disposición que trate el problema de las minorías (FERNÁNDEZ, 2003, p. 127).

Sin embargo, como los problemas relacionados con las minorías no cesaron, en 1947 se creó la Subcomisión de Prevención de la Discriminación de las Minorías²¹³ dentro de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En esta época, el evento internacional de mayor relevancia para el tema fue la realización, en 1948, de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, instrumento que fue concebido para brindar protección contra el exterminio de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos.

En los primeros tiempos, la Subcomisión centró su trabajo en la prevención de las discriminaciones, dejando al margen la protección de las minorías. Para 1965, los problemas de discriminación racial a nivel mundial se hicieron más evidentes, y para tratarlos, se convocó a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

En 1966 se adoptan dos Pactos vinculantes, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entran en vigencia en 1976. En el Artículo 27 de Pacto de Derechos Civiles y Políticos se habla de las ‘minorías étnicas’, en el sentido de que les corresponde un derecho en común para practicar su cultura, su religión y su idioma.

Por su parte, la Organización Mundial del Trabajo, OIT, arrancó una investigación relacionada con trabajos forzados, que incluía la experiencia de ‘poblaciones nativas’. Este estudio concluyó con la aprobación, en 1957, del Convenio 107. Este instrumento abandona el término minorías, para referirse a las poblaciones indígenas y tribales que se encuentran empobrecidas y sometidas a

²¹³ La Sub-comisión de Prevención de la Discriminación de las Minorías fue creada por iniciativa de la URSS, no obstante, la perspectiva central de la ONU en este tema, durante mucho tiempo, fue dar mayor atención a la protección de la no discriminación y a los procesos de descolonización que a la protección de minorías. Aunque en el ambiente de descolonización se volvió a hablar de pueblos, esto duró muy poco debido a la fuerza que asumió el concepto *jus cogens*.

injustas condiciones de vida, frente a lo cual se debe brindar facilidades para una transición.

Hasta ese momento, había mucho cuidado de no hacer una referencia de estas poblaciones en términos de pueblos, debido a que los instrumentos internacionales habían fijado, para los pueblos, el derecho a la autodeterminación²¹⁴, sin embargo, ya en estos momentos comenzaron a darse insistentes demandas de parte de indígenas de todo el mundo exigiendo su reconocimiento en calidad de pueblos.

El creciente interés en la protección de los derechos de pueblos indígenas y tribales hizo que en 1977 la ONU realice en Ginebra, por primera vez, una Conferencia Internacional a la que fueron invitados representantes de pueblos indígenas a exponer sobre los problemas que sufren. Dos años más tarde, en 1979 se realiza la Convención de los Derechos de la Mujer, en donde se contemplan metas para superar las condiciones de triple marginalidad que enfrentan las mujeres indígenas: como mujeres, como pobres y como indígenas.

Frente a las innumerables y constantes denuncias sobre violaciones a los derechos humanos de 'poblaciones nativas', la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas, aprobó la realización de un estudio sobre la situación de los pueblos indígenas. El Informe Capotarti (ministro italiano) en 1979, es el primer informe sobre minorías. Un siguiente estudio se encargará al ecuatoriano José Martínez Cobo, Relator Especial, quien presentó su informe en cinco volúmenes, entre 1981 y 1984. En ellos se hace

²¹⁴ Una vez que quedó superado el principio de las nacionalidades como principio conformador de los Estados-nación, los procesos de descolonización y de resistencia al fascismo incentivaron para que al interior del Sistema de Naciones Unidas se adopte el concepto de autodeterminación como criterio para conformar Estados. De esta manera, el concepto de autodeterminación quedó ligado al concepto de independencia política. Es en los instrumentos de protección de los derechos indígenas de la década de los ochenta, que empieza a trabajarse el concepto de autodeterminación ligado al concepto de autonomía, y el concepto de pueblo ligado al concepto de sujeto internacional de derechos.

un llamado a la comunidad internacional para actuar con decisión a favor de los pueblos indígenas.

Dichos informes sirvieron para iniciar en el seno de la OIT una revisión del Convenio 107, buscando responder a las frecuentes críticas que se hacían a dicho instrumento por las limitadas posibilidades que brindaba para garantizar los derechos laborales de los pueblos indígenas y tribales, que terminó con la aprobación del Convenio 169 de la OIT.

Estas acciones de la OIT se conectaron con las que adoptó el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU en 1980, que autorizó la creación de un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas dentro de la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías, la misma que concluyó en 1982, con el mandato de elaborar nuevas normas y examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. En 1985, el Grupo de Trabajo comienza a elaborar el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, con amplia participación indígena.

En 1981, en la Conferencia de los Pueblos y el Territorio, se adopta la Declaración de San José, que enfatiza sobre el pernicioso y constante peligro de etnocidio que enfrentan los indígenas, y habla de la función que deberían desempeñar los gobiernos e instituciones intergubernamentales para impedir que se siga deteriorando el patrimonio cultural e intelectual de los pueblos indígenas.

Esto, finalmente, derivó en 1989, en la aprobación del Convenio 169 de la OIT. La importancia de este instrumento internacional de derechos humanos, radica en dos aspectos fundamentales: 1) la incorporación de la noción de "pueblos", como entidades titulares de derechos fundamentales, sujetos internacionales para la

protección de su vida y su supervivencia²¹⁵; 2) el reconocimiento de un abanico amplio de derechos de pueblos indígenas y tribales que posibilitan, precisamente, su existencia como pueblos.

Este reconocimiento permite la irrupción de un nuevo tipo de sujeto de derechos en el escenario internacional: los pueblos indígenas que en calidad de pueblos se encuentran dotados de singularidad y de personalidad internacional para actuar en defensa de sus derechos y propender a la realización plena de sus metas colectivas. Este reconocimiento hace de los pueblos indígenas y tribales sujetos colectivos activos de derechos y obligaciones, provistos de autonomía de voluntad (SÁNCHEZ BOTERO, 2004).

En 1989 se adopta la Convención de los Derechos del Niño, en la que se consideran recomendaciones especiales para el caso de los niños pertenecientes a pueblos indígenas.

Tras el fin de la Guerra Fría y con el aumento de las tensiones de las minorías al interior de los Estados, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad el 18 de diciembre de 1992, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. La Declaración obliga a la protección de la existencia y la identidad de las minorías, la igualdad formal entre minorías y el resto de la población, y la necesidad de que las minorías participen en la adopción de decisiones a nivel estatal o subestatal.

²¹⁵ Para TAYLOR (1993) las 'políticas de supervivencia' representan el establecimiento de grandes metas colectivas, tales como crear miembros de la comunidad comprometidos con el aseguramiento de que las generaciones futuras continúen identificándose como lo que son hoy en día. Sostiene que quienes adscriben a las políticas de supervivencia plantean que una sociedad con poderosas metas colectivas puede ser liberal siempre que también sea capaz de respetar la diversidad, especialmente al tratar a aquellos que no comparten sus metas comunes, y siempre que pueda ofrecer salvaguardias adecuadas para los derechos fundamentales.

En las distintas actividades realizadas por el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, se observa una activa participación de líderes y lideresas de organizaciones indígenas de todo el mundo haciendo públicas sus demandas específicas. En el caso de las mujeres indígenas, en 1995, mujeres indígenas de todo el mundo participaron en la IV Conferencia Beijing de Mujeres Indígenas, sentando las bases de sus reclamaciones como mujeres y como indígenas. A partir de esto, se han propiciado encuentros periódicos de mujeres indígenas en distintos países, impulsando pronunciamientos y acciones a favor de sus derechos.

Entre otros mecanismos de protección de las minorías dentro del sistema de Naciones Unidas, están: el Comité de Derechos Humanos, que ha hecho pronunciamientos sobre limpieza étnica en varios Estados; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que identifica prácticas de discriminación racial en varios Estados; el Comité de los Derechos del Niño, que se ha pronunciado sobre problemas sanitarios y educativos de niños indígenas; el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha expresado preocupaciones sobre la situación de minorías en varias regiones del planeta.

Aunque no se trata de un instrumento de derechos humanos, en el esfuerzo por crear compromisos internacionales de los Estados para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, se puede mencionar la realización de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo 'Cumbre la Tierra' de 1992, que aprobó la Agenda 21 y el Convenio de Diversidad Biológica. En estos instrumentos se reconocen derechos de los pueblos indígenas al acceso, uso y redistribución de beneficios sobre los recursos biológicos y genéticos ubicados en tierras indígenas, así como los conocimientos tradicionales asociados a ellos. La Comisión de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible ha impulsado varios estudios acerca de los mecanismos de aplicación de las disposiciones del Programa 21 relacionados con los pueblos indígenas.

Para 1994, la ONU declaró el Primer Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas, y en el 2005 declaró el Segundo Decenio. Al amparo de estas

declaraciones se fortaleció la cooperación internacional dirigida a pueblos indígenas en las esferas de la cultura, la educación, la salud, los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo social y económico. Así también, en el marco de estos instrumentos internacionales, se propiciaron eventos de debate internacional de gran trascendencia así como se impulsaron políticas y programas nacionales de atención, participación y desarrollo de los pueblos indígenas.

Las declaraciones, convenciones, conferencias internacionales e informes técnicos, también jugaron un papel importante en el avance de la discusión sobre los derechos de los pueblos indígenas. Entre ellas podemos citar: la Declaración del Año Internacional de las Naciones Unidas de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1992), la Declaración de Nassau (Haiti, 1992), la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994).

En cuanto a la elaboración de estudios de situación, y bajo una lectura multiculturalista, es relevante el Informe de Naciones Unidas sobre Desarrollo Humano 2004²¹⁶, por la evaluación global que realiza de las democracias basadas en las diferencias culturales, étnicas, religiosas y lingüísticas.

Dicho Informe pone de manifiesto cómo el resurgimiento de estas demandas van reflejándose en cambios de políticas internas, entre ellas, por ejemplo, se menciona el caso de Turquía que en 1928 propició una sola lengua y un solo alfabeto, sin embargo, con la diseminación de una cultura de derechos humanos universales, estas condiciones comienzan a desaparecer con celeridad, lo que sugiere que no hay necesariamente una contradicción entre un compromiso con una identidad nacional y el reconocimiento de diversas identidades basadas en las etnias, las religiones y las lenguas. Por otro lado, pone en claro que las constituciones que reconocen identidades múltiples y complementarias, como la

²¹⁶ Programa de Naciones Unidad para el Desarrollo, 2004, *citado en* CHÁVEZ, 2011, pp. 74-75.

de Sudáfrica, permiten el reconocimiento político, cultural y socioeconómico de los distintos grupos.

Para el Informe, un Estado puede ser multiétnico, multilingüe y multireligioso. Puede ser explícitamente binacional (Bélgica) o multiétnico (la India); pueden ser una federación 'multi-nacional' como Malasia y Suiza; pueden mantener una única identidad nacional sin embargo reconocer aspectos plurales de su sistema de gobierno heterogéneo al acoger a diversos grupos que se identifican por su lengua (India y España); así como que, países desde Australia y Canadá, hasta Guatemala y Sudáfrica han reconocido el pluralismo jurídico.

Respecto de las políticas que los Estados vienen tomando para integrar el reconocimiento cultural dentro de sus estrategias de desarrollo, el Informe sostiene que se pueden verificar cinco áreas de intervención: políticas que aseguran la participación política de grupos culturales diversos; políticas sobre religión y prácticas religiosas; políticas sobre derecho consuetudinario y pluralismo jurídico; políticas sobre el uso de múltiples lenguas; y, políticas de rectificación de la exclusión socioeconómica.

En este largo y complejo proceso de discusión en el seno de las Naciones Unidas, los derechos de los pueblos indígenas llega a su punto más alto el 13 de septiembre de 2007, cuando en la sesión plenaria 107^a, la Asamblea General adopta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde reconoce sus derechos como pueblos y como individuos, su igualdad frente a otros pueblos y comunidades, su derecho a la libre determinación (entendida como autonomía o autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales). Reconoce también el derecho de conservar y reformar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales y participar en la vida nacional; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la integridad personal y como colectivos; derecho a no ser asimilados, a no ser desplazados y a recibir indemnizaciones por los daños causados a su integridad como pueblos; y

más derechos desarrollados en cuarenta y seis Artículos que componen la Declaración.

Un proceso de discusión igualmente importante se dió en el seno de la Organización de Estados Americanos OEA, abriendo foros, creando grupos de trabajo especializados, realizando visitas *in locu* a varios países que enfrentan conflictos con poblaciones indígenas, y preparando instrumentos internacionales de reconocimiento de derechos, tales como el proyecto de Declaración de los Derechos de Pueblos Indígenas de la OEA. En el sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, ha sido muy activa tanto impulsando espacios de debate y discusión sobre derechos de los pueblos indígenas, así como trasladando a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, causas que involucran la protección de sus derechos.

En este sentido, solo en el año 2005 destacan las siguientes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en asuntos sometidos a su conocimiento: Resolución medida provisional del 'Caso pueblo indígena de Sarayaku' de fecha 15 junio 2005; Sentencia de fondo y reparaciones en el 'Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname' de fecha 15 de junio de 2005; Sentencia de fondo y reparaciones en el 'Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay' de fecha 17 de junio de 2005 y; Sentencia de fondo y reparaciones en el 'Caso YATAMA vs. Nicaragua' de 23 de junio de 2005. De aquí para adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido un marco jurisprudencial sobre derechos indígenas que sirve para que las organizaciones y pueblos indígenas activen la defensa internacional de sus derechos.

Esta revisión de las principales acciones e instrumentos adoptados por la Comunidad Internacional de los Derechos Humanos para la protección de los derechos de pueblos indígenas, pone en evidencia que el debate planteado por los indígenas tiene que ver con superar el concepto genérico de 'minorías nacionales' o 'minorías étnicas', y pasar a ser considerados como 'pueblos' y 'nacionalidades',

para quienes se demanda que los Estados brinden garantías para una convivencia en igualdad de condiciones y de dignidad humana, a nivel individual y colectivo.

Desde una mirada evolutiva, vemos que la comunidad internacional de los derechos humanos en el siglo XX, pasó de un marco de protección individual de la dignidad humana, a proteger la vida y el derecho de sobrevivencia de las colectividades indígenas vistas no tanto como minorías étnicas, sino como pueblos. Avanzó en el reconocimiento y protección de derechos económicos sociales y ambientales, para luego poner un énfasis importante en el reconocimiento de derechos culturales (identidad colectiva) y políticos (autogobierno, participación y representación).

Las preocupaciones de la Comunidad Internacional respecto de las condiciones de vida de las minorías étnicas, la discriminación racial, los trabajos forzosos, la limpieza étnica, las condiciones de discriminación de las mujeres indígenas o los problemas sanitarios y educativos de los niños indígenas, se fueron concretando a través de políticas públicas y de diversos mecanismos de protección, incluyendo cambios normativos a nivel constitucional, no obstante, la incidencia de la pobreza al interior de estos grupos continúa siendo elevada, así como los índices de analfabetismo, desnutrición y baja o precaria instrucción. Si no falta por instrumentos internacionales, nos preguntamos, ¿qué falta entonces para asegurar y garantizar la dignidad de la vida de los pueblos indígenas?

2.2. La reforma del Estado y el reconocimiento de derechos indígenas en Latinoamérica

El particular reconocimiento de derechos indígenas que consagran las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), tiene como antecedente las reformas constitucionales que varios países latinoamericanos emprendieron en la

década de los 80 y 90, en un impulso multiculturalista²¹⁷ que entusiasmó al movimiento social e indígena para emprender acciones en defensa de sus derechos basadas en nuevas estrategias de lucha y renovadas aspiraciones sociales, con la particularidad de que todo esto ocurrió al margen de la clase política y gremial tradicional.

Como respuesta a las múltiples crisis y múltiples conflictos, en el tema indígena, desde la década de los setenta, pero principalmente en los años 80s., los Estados latinoamericanos asumieron reformas constitucionales orientadas a reconocer determinados derechos de pueblos indígenas, que hasta entonces les estaba vedados. Entre estos Estados destacan: Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992, 2001), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994²¹⁸), Ecuador (1994, 1998) y Venezuela (2000). Estos países, a la vez, son firmantes del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes²¹⁹.

Además de los mandatos del Convenio 169 de la OIT, este ciclo de reformas también se inspiraron en acciones y documentos emanados por distintos grupos de trabajo de las Naciones Unidas, foros indígenas, proyectos de ONGs y de

²¹⁷ Que respondía, no tanto a un espíritu democratizador cuando sí a requerimientos emergentes del capitalismo global.

²¹⁸ Aunque la Constitución de 1938, ya había reconocido el gobierno comunal autónomo (art. 148 constitucional) y la existencia legal de las comunidades indígenas (art. 165 constitucional). La Constitución de 1961 abandonará nuevamente toda referencia al indígena y se referirá a los campesinos en términos de protección agraria y educativa. La Constitución de 1967 será más restrictiva aún, limitándose a reconocer un régimen agrario y campesino que reconoce la propiedad campesina, cooperativa y privada, reconociendo a la alfabetización como una necesidad social pero limitando el derecho al voto a los mayores de veintiún años o dieciocho años siendo casados, a quienes tienen grado de instrucción, ocupación o renta; y el derecho a ser elegido, limitado a quienes sepan leer y escribir.

²¹⁹ Con excepción de Panamá y El Salvador. Este convenio fue ratificado por Ecuador en mayo de 1998, meses antes de que se apruebe la Constitución de ese mismo año.

organismos de cooperación internacional, así como en directrices dictadas por el Banco Mundial en aquel período, relacionadas con los efectos de la cooperación multilateral en las poblaciones locales ²²⁰. Esa sincronía entre agencias internacionales de protección de derechos, sociedad civil, cooperación internacional y organismos multilaterales de financiación económica, permitió no solo la emergencia de los pueblos indígenas como actores políticos en el ámbito internacional, regional y nacional, sino también concretar cambios en las políticas públicas y los cuerpos legales y constitucionales de los países de nuestra Región.

En términos generales, las reformas constitucionales hasta el año 2000, establecieron un conjunto de normas que no solo tenían que ver con el reconocimiento de derechos sino que incluyeron una redefinición del Estado. Así, se incorporaron a las distintas constituciones: (1) el carácter multiétnico y pluricultural de los Estados, incluyendo la protección y desarrollo de sus lenguas y culturas; (2) el reconocimiento de las comunidades indígenas, incluyendo su personería y capacidad legal como pueblos; (3) el establecimiento de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales²²¹ y derechos colectivos como pueblos, incluidos derechos de acceso a la tierra –en algunos casos incluyendo el

²²⁰ Hacemos referencia a la Directriz Operativa 4.20 del Banco Mundial Concerniente a los Pueblos Indígenas, aprobada en 1998, y su evolución, al amparo de la cual se implementó el Fondo Mundial para los Pueblos Indígenas, que busca propiciar la participación de estos pueblos en las decisiones que les afecte. La Directriz 4.20 plantea un conjunto de medidas y procedimientos para facilitar la aplicación de la política del Banco a la hora de abordar aspectos sociales y culturales, el proceso de consulta y la participación de pueblos indígenas en la implementación de sus proyectos, con el fin de evitar perjuicios a la seguridad de los pueblos indígenas con respecto a sus tierras y territorios y a sus derechos consuetudinarios de uso y acceso a los recursos naturales, *ver* Banco Mundial. <http://www.bancomundial.org/temas/resenas/indigenas.htm>.

²²¹ El artículo 171 de la Constitución reformada de 1994, reconoce derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando su uso y aprovechamiento, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El reconocimiento incluye el ejercicio de funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes. Remitiendo a la ley la compatibilización con las funciones de los poderes del Estado.

acceso a territorios-, y a sus formas de vida y de uso de los recursos naturales, junto con un variado y en algunos casos amplio catálogo de derechos; (4) la facultad de las autoridades indígenas para resolver conflictos al interior de las comunidades, siempre que estos no sean contrarios a los derechos humanos²²²; (5) en algunos casos también se reconocieron derechos de autonomía en sus asuntos internos (Nicaragua, Colombia, México, Bolivia, Ecuador); 6) en otros casos se reconocieron derechos políticos, sea por vía de cuotas electores o por medio de reconocimiento de sus formas tradiciones de designación de sus representantes (Colombia, Bolivia y Ecuador).

En las reformas de los años 90, especialmente de las constituciones de Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), se observa un mismo patrón²²³ de constitucionalización de los derechos indígenas, a saber: 1) reconocimiento de derechos colectivos desde una visión

²²² Es importante anotar que con este reconocimiento quedó claro que la jurisdicción indígena no es una justicia de menor cuantía, sino un sistema jurisdiccional pleno. La Constitución ecuatoriana de 1998, reconocen a los pueblos indígenas, derechos lingüísticos, el fomento a la interculturalidad, la educación intercultural, la protección del conocimiento ancestral colectivo. Los artículos 83 y 84, reconocen un amplio catálogo de derechos colectivos de pueblos indígenas, mientras el artículo 85 reconoce a los pueblos afroecuatorianos los derechos colectivos que sean aplicables. El cuarto inciso del artículo 191, reconoce a las autoridades indígenas el ejercicio de funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. Remite a la ley la compatibilización de aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

²²³ Dicho patrón debemos ubicarlo en contexto político y económico que vivió Latinoamérica a partir de la década de los ochenta, en donde se comenzó a aplicar políticas neoliberales centradas en la liberalización de mercados, la reducción del aparato del Estado, la privatización de empresas públicas, la desregulación de la fuerza laboral, la descentralización y el autonomismo de regiones, todo ello al amparo de los acuerdos de Bretton Woods y del Consenso de Washington, y que más tarde, con la suscripción del Consenso de Santiago, en 1998, se intensificaron dichas políticas, poniendo énfasis en las reformas del sector financiero, judicial, educativo y de la administración (*En general*, MARTÍNEZ & REYES, 2012).

multiculturalista²²⁴, esto es, poniendo el énfasis en la identidad étnica (que supera la dimensión de clase), en la autonomía comunitaria, en la inclusión de sus derechos en la agenda social de los respectivos países, y en el reconocimiento de derechos en calidad de pueblos; 2) las Constituciones de Bolivia y Ecuador incluyen la redefinición del Estado como multiétnico e intercultural; 3) los derechos de pueblos indígenas constitucionalizados, dieron pié al desarrollo de políticas sectoriales buscando hacer ejercibles –con distintos énfasis en cada país–, sus derechos de participación, de acceso comunitario a la tierra, derechos lingüísticos, educación intercultural, salud intercultural, organización propia y participación en instancias estatales creadas para su representación; 4) Permitieron el diseño y la implementación de políticas regionales como el Fondo Indígena o líneas de cooperación levantadas por la cooperación internacional –fundamentalmente europea–, el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo, que facilitaron la canalización de recursos económicos vía proyectos étnico culturales. También alentaron para que los censos poblacionales trabajen en el desarrollo de indicadores que reflejen la composición étnica de los países; 5) La constitucionalización de los derechos de pueblos indígenas fue el resultado de un singular proceso de articulación de acciones²²⁵, de organizaciones y de discursos

²²⁴ Se habla de sociedades multiculturales (KYMLICKA, 1996), repúblicas multiculturales (SOTELO, s/f), o estados multiculturales (SANTOS, 2010), para referirse a los Estados que han incluido la pluriculturalidad y la multiétnicidad en su texto.

²²⁵ En Bolivia, la propuesta de convocatoria a Asamblea Constituyente se concretó a raíz de la ‘Marcha por la Asamblea Nacional Constituyente y Defensa de los Recursos Naturales’ del año 2002, mediante la promulgación en el 2004 de la Ley 2650 que reformuló quince artículos de la Constitución, incluyendo la posibilidad de llamar a la Asamblea Constituyente (MOLINA & VADILLO, 2007, p. 8 y 22). En Ecuador, las demandas indígenas de los años noventa incluían el llamado a conformar una Asamblea Constituyente que incorpore la definición del Estado como plurinacional y reconozca sus derechos como pueblos. Diez años más tarde, el nuevo llamamiento a conformar una Asamblea Constituyente de plenos poderes, hecha por el flamante presidente de la República Rafael Correa Delgado, también se conectará con las demandas que el movimiento indígena ecuatoriano hiciera de manera constante, de llamar a una Asamblea Constituyente para reformular el Estado reconociendo la plurinacionalidad, la interculturalidad y los derechos en calidad de pueblos.

centrados en la identidad étnica²²⁶, que adicionalmente lograron conectarse con las aspiraciones generales de cambio de la sociedad; 6) La juridización de la relación entre Estado y pueblos indígenas no modificó sus condiciones de marginalidad y exclusión como grupo social, así como tampoco provocó la despolitización ni neutralizó la movilización indígena.

En el campo judicial, el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas amparó, por primera vez en Latinoamérica, el desarrollo de una importante jurisprudencia constitucional. Específicamente, hablo de la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia en los años 90, fundamentalmente, que hizo posible la eficacia de los derechos tras asumir que los intereses de los pueblos indígenas dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que logran radicarse en la comunidad misma que, como tal, aparece dotada de singularidad propia²²⁷; lo que dio pie a otros importantes ejercicios interpretativos que siguen influenciando la labor de las cortes y tribunales constitucionales de nuestra Región, así como animaron a plantear rupturas de los moldes doctrinarios tradicionales para emprender nuevas retóricas argumentativas a favor de la vigencia material de los derechos.

²²⁶ En el caso de Bolivia con la Marcha por el Territorio y la Dignidad de 1990, y en el caso del Ecuador con el Levantamiento Indígena de 1990, arrancaron un período de movilizaciones y demandas que motivaron la adhesión de otros sectores sociales que no solo se identificaban con las demandas indígenas sino que vieron la oportunidad para incluir en dicha plataforma reivindicativa otras demandas sociales postergadas.

²²⁷ Sentencia T-380 de 1993, de la Corte Constitucional de Colombia. Se trata de una sentencia fundante dado que a partir de ella se derivaron importantes líneas jurisprudenciales sobre derechos indígenas que siguen inspirando el desarrollo jurisprudencial en América Latina. Para mayor ilustración *ver* LÓPEZ MEDINA, 2001; y SÁNCHEZ BOTERO, 2004.

2.2.1. El giro plurinacional e intercultural del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Aunque en la mayoría de países latinoamericanos esta ola de reformas quedaron estancadas en el reconocimiento de derechos colectivos puntuales y en la implementación de políticas sectoriales de naturaleza corporativista y multiculturalista, Ecuador y Bolivia emprendieron una nueva fase de cambios constitucionales en el 2007 y 2006²²⁸, respectivamente, cuyos resultados significaron dar un nuevo giro tanto a la naturaleza de los cambios, así como a la misma naturaleza de los procesos constituyentes²²⁹.

La denominación de Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural, en el caso del Ecuador, y de Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, en el caso de Bolivia²³⁰, no responde a un dislate populista o a una invención folklórica, sino que expresa las opciones

²²⁸ Si el contexto de las reformas constitucionales de la década del noventa fue el proyecto político y económico neoliberal, el contexto de las reformas del Nuevo Siglo serán los proyectos progresistas impulsados por gobiernos de izquierdas que fueron surgiendo en varios países latinoamericanos. Un momento clave fue la suscripción del Consenso de Buenos Aires, firmado entre Brasil y Argentina, en el 2003, que planteó una agenda antineoliberal de veintidos puntos, con énfasis en la cooperación e integración regional, el crecimiento sostenido, la distribución equitativa de recursos, disminución de las tasas de desempleo y la pobreza y respetuosas de la diversidad cultural y del entorno. La ola progresista latinoamericana incentivó la organización social y las demandas de transformación del Estado, así como los discursos antineoliberales, antiglobalizadores y anticolonialistas, más allá de los discursos antiimperialistas que venía sosteniendo las izquierdas hasta esos momentos. De aquí surge la articulación de proyectos políticos de cambio asentados en una idea fuerte de ciudadanía y de Estado, en la integración regional, en renovados conceptos de desarrollo con equidad social y en una revalorización de la diferencia, de la diversidad y de la interculturalidad.

²²⁹ Tiene razón MARTÍNEZ DALMAU (2013, p. 259) cuando afirma que [la] categorización como 'nuevas Constituciones' no alude simplemente a un orden cronológico regional, sino que va más allá: busca ofrecer una explicación teórica a lo que en la práctica ha sido, sin ninguna duda, un punto y aparte en la de por sí poco significativa evolución del constitucionalismo 'anterior'. A lo que hay que añadir, el originalismo que comportan estos textos constitucionales, que de por sí, revisten importancia teórica.

²³⁰ Aquí resalto solo los elementos que tienen relación con las dimensiones étnico culturales de la definición de Estado que hacen las constituciones de Ecuador y Bolivia.

políticas que fueron tomadas por asambleas constituyentes ampliamente legitimadas, tanto en la fase de su conformación como poder constituyente, como en la fase de referéndum de los cuerpos constitucionales que resultaron de dichos procesos²³¹.

Lo plurinacional y lo intercultural implica no solo establecer nuevas formas de relacionamiento entre Estado y pueblos indígenas, sino plantearse ambiciosas metas de transformación del Estado y sus instituciones, y de la sociedad en su conjunto.

Si tenemos que caracterizar la plurinacionalidad de las Constituciones de Bolivia y Ecuador diremos que implica, entre otros aspectos: el diseño de un Estado comprometido en la aplicación de nuevas formas de gobernabilidad²³²; el diseño de una nueva institucionalidad pública que atienda, promueva y garantice el cumplimiento de metas sociales, generales y específicas, orientadas a generar equidad social por fuera de moldes corporativistas²³³; la creación de mecanismos concretos y efectivos de participación ciudadana y control social de la gestión

²³¹ MARTÍNEZ DALMAU (2013) plantea un importante análisis acerca de las novedades, rupturas e invenciones doctrinales que suponen las últimas constituciones latinoamericanas, así como de las novedades teóricas que traen las formulaciones que las constituciones de Ecuador y Bolivia hacen del Estado, demostrando que responde a una lógica jurídica que es coherente con el proyecto político que estas conciben.

²³² Basadas en el apego a la Constitución, o en el postulado zapatista de ‘mandar obedeciendo’, por ejemplo, que no es otra cosa que gobernar para los intereses comunes y no para los intereses particulares, como es común.

²³³ En este tema las opciones son variadas. La Constitución ecuatoriana crea los Consejos de Igualdad –de Género, Intergeneracional, de Pueblos y Nacionalidades, de Discapacidades y de Movilidad Humana–, crea también las circunscripciones indígenas –aunque estas no han podido concretarse como unidades territoriales en nueve años de vigencia de la Constitución. En política pública, se han construido Escuelas del Milenio Guardianas de las Lenguas, y se viene implementando un ambicioso programa de becas, con componentes de acción afirmativa, que permite acceder a los indígenas a estudios de tercer y cuarto nivel, por ejemplo. La Constitución boliviana, por su parte, opta por las representaciones funcionales de indígenas en los principales órganos del Estado, o por las autonomías indígena originaria campesinas que tienen fijadas en el texto constitucional las competencias exclusivas y concurrentes, entre otras.

pública ²³⁴ ; la instauración de procedimientos institucionales eficaces y vinculantes²³⁵. Y lo que resulta más complejo y difícil, los cambios constitucionales apuntan a una transformación cultural que revalorice las culturas irrespetadas, menospreciadas y negadas, y que a su vez, sea capaz de cambiar los patrones de representación, interpretación y comunicación de la sociedad en su conjunto.

Como sostiene GARCÍA LINERA, se trata de un proceso –una apuesta, diría yo– de descolonización política, cultural y económica del Estado, y de la sociedad, que logra penetrar el armazón institucional: [En el caso boliviano] presidente indígena, senadores indígenas, diputados indígenas, canciller indígena. Las polleras, la whipala, que había estado marginada, escondida, muchas veces sancionada, perseguida, castigada durante décadas y siglo, dice, asumía y llegaba donde debiera haber estado siempre: el Palacio de Gobierno (*En general*, GARCÍA LINERA, 2010, y también p.77).

El reconocimiento de derechos indígenas en Latinoamérica siguen, al menos, dos estrategias: 1) el reconocimiento de derechos puntuales ejercibles de forma individual o colectiva por personas, comunidades y pueblos indígenas; 2) el reconocimiento estructural, integral y transversal de derechos, que apunta a incidir en la forma de Estado. Modelo al que responden las aludidas Constituciones de Ecuador y Bolivia.

En Ecuador, todos los derechos se ejercen, promueven y exigen de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, quienes están obligados a garantizar su cumplimiento (núm. 1 del Art. 11 constitucional)²³⁶. Todos los

²³⁴ Que convierta a los ciudadanos –los indígenas como ciudadanos plenos–, de actores en autores de lo público (RAMÍREZ, 2016)

²³⁵ Concebidos para garantizar la vigencia material de los derechos indígenas, la coordinación y cooperación entre Estado y pueblos indígenas, o la consulta informada, previa y de buena fe, por ejemplo.

²³⁶ La Constitución boliviana, por su parte, estipula que: El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los

derechos reconocidos están protegidos por el conjunto de garantías institucionales, normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales establecidos en el cuerpo constitucional, y son ejercibles por las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades²³⁷.

En Bolivia, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, aunque sigue la lógica de transversalidad, integralidad y sustantividad y brinda las mismas garantías para todos los derechos reconocidos, asume la clásica lectura generacionista de los derechos²³⁸, aunque, bien es cierto que se cuida de reconocer igualdad jerárquica entre todos los derechos.

En cuanto a la autonomía judicial, las Constituciones de Ecuador y Bolivia reconocen el derecho propio²³⁹, en tanto derecho, no solo como facultad o habilitación²⁴⁰.

derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos (Artículo 13:III constitucional).

²³⁷ Indígenas, afrodescendientes y montubios, para el caso de Ecuador; indígenas originario campesinos y afrobolivianos, para el caso de Bolivia.

²³⁸ Reconoce derechos fundamentales, derechos civiles y políticos, derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, derechos sociales y económicos, derechos culturales y de comunicación social.

²³⁹ El artículo 30:14 de la Constitución boliviana reconoce: El ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. Mientras que el artículo 57:10 de la Constitución ecuatoriana establece el derecho a: Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de los mujeres, niñas, niños y adolescentes.

²⁴⁰ Recordemos que desde la perspectiva de KELSEN, la autoridad es un órgano jurídico –un órgano habilitado para emitir tal o cual especie de norma jurídica, esto es, un órgano habilitado para crear derecho–. En la perspectiva de KELSEN, no se trata de una facultad jurídica (*legal ability*) sino de una habilitación (*empowerment*). KELSEN entiende que existen dos tipos de habilitación: 1) la que la norma jurídica otorga a los funcionarios para imponer sanción bajo ciertas condiciones; y, 2) la que otorga para emitir la norma. Entender la autoridad como habilitación significa sostener una lectura débil de la autoridad, en la cual el sujeto de derecho brilla por su ausencia y el derecho es orden jurídico (*En general y específicamente*, PAULSON, 2012, pp. 8 y 28).

El reconocimiento de la justicia indígena que hace la Constitución de Bolivia se distingue del reconocimiento que hace la Constitución del Ecuador, en los siguientes aspectos: 1) mientras la Constitución boliviana establece ámbitos competenciales de naturaleza personal, material y territorial para la jurisdicción indígena originario campesina, siguiendo la lógica de ejercicio de competencias del derecho ordinario (Art. 91:II constitucional), la Constitución ecuatoriana se cuida de imponer ningún esquema competencial que pueda incidir en la naturaleza propia del derecho indígena; 2) en lo que tiene que ver con el modelo garantista, aunque todos los derechos están garantizados por vía constitucional, la Constitución ecuatoriana contempla, además, el control constitucional de las decisiones de las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales²⁴¹; 3) la Constitución boliviana pone énfasis en la composición intercultural de todas las Funciones del Estado, y en especial de las listas de postulación para las Altas Cortes de Justicia como son el Tribunal Agroambiental²⁴² y el Tribunal Constitucional Plurinacional²⁴³, cuyos magistrados son elegidos por voto popular por un período de seis años, sin derecho a reelección; mientras la Constitución de Ecuador se cuida de establecer representaciones funcionales de cualquier tipo y

²⁴¹ Eventualmente, la acción de amparo constitucional en Bolivia, podría amparar la violación de derechos constitucionales en el ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígena originaria campesinas. El artículo 128 determina que: La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

²⁴² Máximo tribunal especializado en materia agroalimentaria, regido por principios de función social, integridad, inmediatez, sustentabilidad e interculturalidad, para cuya preselección de las candidatas y los candidatos al Tribunal se establece como requisito que sea plural, considerando criterios de plurinacionalidad.

²⁴³ Se componen por magistradas y magistrados elegidos mediante sufragio universal. Así también se contempla la representación funcional de los pueblos indígenas originario campesinos en otras estructuras estatales.

para la conformación de órganos del Estado, prefiere seguir el modelo de concurso público de méritos y oposición con veeduría ciudadana²⁴⁴.

Ambas Constituciones siguen un esquema garantista de derechos, interrelacionado e interdependiente, compuesto de: garantías normativas²⁴⁵, garantías institucionales²⁴⁶, garantías jurisdiccionales²⁴⁷ y garantías frente a las políticas públicas²⁴⁸; siendo este último uno de los avances teóricos más importantes del constitucionalismo latinoamericano, por cuanto rompe con las visiones tradicionales de que las políticas públicas se encuentran exentas del control judicial dado que se las entiende como acciones de gobierno encaminadas a cumplir objetivos públicos que no tienen que ver con los derechos humanos²⁴⁹.

²⁴⁴ Esta fórmula responde al principio democrático y procura la equidad de género más que la equidad interétnica, como sí ocurre en Bolivia. El artículo 434 de la Constitución ecuatoriana establece que en la integración de la Corte Constitucional, por ejemplo, se procurará la paridad entre hombres y mujeres. En todo caso, mediante este mecanismo, entre mayo de 2007 y noviembre de 2012, hizo parte una jueza indígena de la Corte Constitucional para el Período de Transición, así como también han integrado jueces indígenas la Corte Nacional de Justicia.

²⁴⁵ Que implica que todas las actuaciones del Estado, particularmente de los órganos con potestad normativa, tienen la obligación primordial de adecuar formal y materialmente sus actuaciones a las disposiciones constitucionales, esto es, limitados por el contenido y la eficacia de los derechos humanos (art. 84 constitucional).

²⁴⁶ Consagrada en la conformación de la Corte Constitucional como órgano jurisdiccional especializado y de cierre del sistema judicial interno, que impide al poder público, incluido el Legislador, irse en contra de la Constitución. Están también los jueces constitucionales que conocen de las garantías jurisdiccionales, así como la Defensoría del Pueblo encargada de promocionar y defender los derechos humanos.

²⁴⁷ Garantías ligadas a la acción judicial de defensa de derechos, compuesta por la acción de protección, la acción extraordinaria de protección, el Habeas Corpus, el Habeas Data y la acción de acceso a la información. Las decisiones de las autoridades indígenas cuando ejercen funciones jurisdiccionales están sujetas a la acción extraordinaria de protección.

²⁴⁸ La Constitución del 2008 se preocupa de sujetar también la formulación, ejecución y evaluación de las políticas y servicios públicos y los presupuestos públicos, a la eficacia de los derechos, particularmente de los derechos del buen vivir (art. 85 constitucional).

²⁴⁹ La sujeción constitucional de las políticas públicas implica asumir que los derechos humanos establecen, a la vez, objetivos y márgenes de acción que deben ser tenido en cuenta también por las políticas públicas, que por lo general no son tomados en cuenta a la

El carácter plurinacional, intercultural y anticolonial es más intenso en la Constitución boliviana, mientras la Constitución ecuatoriana pone más énfasis en la equidad social, en los mecanismos de participación ciudadana, en la descorporativización del Estado y en la interculturalidad de las relaciones sociales e institucionales.

La particularidad de las últimas constituciones de Bolivia y Ecuador está en la transversalidad, la intensidad y el grado de especificidad que alcanza la dimensión colectiva del ejercicio de los derechos; en su capacidad de incidencia en la naturaleza del Estado, del derecho, de la sociedad, de la política y de lo político; así como en las garantías aplicables a la protección de todos los derechos, en los que están incluidos los derechos indígenas.

Como puede suponerse, estas reformulaciones constitucionales y jurídicas no son del agrado de quienes consideran al Derecho centrado en la ley, de quienes entienden que solo los derechos de libertad y debido proceso son verdaderos derechos, que la seguridad jurídica es el único elemento que articula el Estado de Derecho y que la labor del juez es ser la boca muda de la ley.

En un editorial del diario *El Comercio* de Quito, publicado el 18 de diciembre de 2008 –recién aprobada la Constitución de Montecristi–, el conocido jurista ecuatoriano Fabián Corral, no tardó en alertar que “un país no puede salir de las reglas jurídicas sin consecuencias para los derechos individuales, para la seguridad de la gente y del propio Estado, para la democracia y para la inclusión del Estado entre los países civilizados”. Más adelante, al hablar del Estado de derechos y justicia, dice: “Pese a lo equívoco de este último del concepto, la idea que inspira tal cambio es evadir los preceptos esenciales propios [d]el ‘Estado de Derecho’ y articular un sistema de poder discrecional y, a la vez, concentrador. Con la

hora su diseño, implementación o evaluación (*En general*, QUINCHE-RAMÍREZ & RIVERA-RUGELES, 2010).

supresión del Estado de Derecho, el principal principio que se evade es el de la sujeción general del poder a la ley, lo que significa transformar a las 'reglas', y a la propia Constitución, en una carátula formal e ineficaz. Otra consecuencia es que la seguridad jurídica tan reclamada, habrá desaparecido. Otra más, que los ciudadanos quedarán sujetos a las potestades de la administración, a su arbitraria decisión, sin posibilidad real de enfrentar al Estado, por medio de la impugnación judicial de sus decisiones”.

Por su lado, el también conocido jurista ANDRADE (s/f), al ofrecer sus aportes al anteproyecto de 'Ley de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador', alerta que “(...) la discusión sobre el tema de la administración de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas debe tenerse muy en cuenta de no atentar contra la unidad del Estado y de hacer un modo positivo de vida el respeto a la pluriculturalidad y la multietnicidad, tornando realidad el pensamiento del Libertador de construir la unidad en la diversidad”. Advertía también que no pueden ser las mismas autoridades de los pueblos indígenas las que decidan sobre esta materia [la determinación de indemnizaciones], por tener conflictos de intereses. Lo lógico sería que su determinación esté a cargo de la justicia estatal”. Así también sugería –con respecto la justicia de paz y administración de justicia por las autoridades indígenas– que: “debería disponerse (...) que en las comunidades indígenas, la justicia de paz se administre por las autoridades de las mismas, debiendo en su actuación someterse a lo que dispone la ley de la materia, ya que [la justicia de paz y la justicia indígena] no son contrapuestas sino más bien son instituciones que se complementan y deben desarrollarse juntas.

Aunque dicho anteproyecto de ley se presentó al amparo de la Constitución de 1998, se puede decir que los argumentos a los que apelan quienes hacen objeciones a la justicia indígena siguen la misma lógica argumentativa. Así se advierte en distintas opiniones de actores políticos, asambleístas y autoridades públicas que ven como amenaza para la vigencia del Orden constitucional y de los derechos constitucionales consagrado, un ejercicio jurisdiccional distinto al de la

justicia ordinaria, así como ven la falta de seguridad jurídica que genera el desconocimiento sobre lo que constituye conflicto interno, sobre cuales son las normas consuetudinarias que se aplican para reprimir los actos y sobre los abusos que pueden darse de parte de las autoridades que administran justicia indígena. A esto habrá de sumarse la confusión que generalmente se tiene de entender a la justicia indígena como justicia por mano propia.

Los temores frente al Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural, centrados en supuestos riesgos de desarticulación del Estado de Derecho, en los ocho años de vigencia de la Constitución ha demostrado ser errónea, frente a la evidencia de que el sistema jurídico viene operando y que tanto las personas como los actores sociales y políticos han podido acceder a la justicia constitucional para resguardar tanto los derechos como el Orden constitucional vigente. Como se verá en el Capítulo que sigue.

Más allá de la legitimidad que tienen quienes expresan preocupaciones y objeciones frente al nuevo esquema constitucional, están las potencialidades que tienen los derechos indígenas en las Constituciones tantas veces mencionadas, tal y como están diseñadas y redactadas en los 97 Artículos de 411 de las Constitución de Bolivia, y los 91 Artículos de los 444 de la Constitución de Ecuador, que hacen una referencia a los pueblos indígenas, a la plurinacionalidad, la interculturalidad y a la diversidad étnica. Otras son, sin embargo, las transformaciones que han podido materializarse y que, de manera evidente, se han dado en un ambiente de disputa de los sentidos del cambio, en donde los actores indígenas participan de posiciones a favor y en contra, y en donde los cambios han ocurrido en el marco de procesos de estabilidad política poco comunes en América Latina.

En los años que tienen de vigencia las constituciones aludidas, las prevenciones más comunes en torno al reconocimiento de los derechos colectivos, relacionadas con los temores frente a la vulneración o limitación a los derechos individuales, viene siendo desmontadas, ya que por el contrario, han abierto

importantes posibilidades de alcanzar justicia social para las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

2.3. Constitucionalismo plural y derechos indígenas: límites y posibilidades; zonas grises y opacidades

Visto el estado de la cuestión, y por el análisis aquí realizado, hay tres aspectos que dificultan, limitan o condicionan el potencial democratizador del constitucionalismo plural, en especial a la hora de garantizar la integridad étnico-cultural de los pueblos y nacionalidades, de generar un relacionamiento intercultural transformador entre Estado y pueblos y nacionalidades, y de asegurar su participación como ciudadanos plenos, esto es, exentos de exclusión, marginación o desprecio. Estos aspectos son, a mi juicio: I. Contextuales, relacionados con el estado social y las condiciones políticas y económicas del Ecuador en la realidad de las sociedades globalizadas contemporáneas; II. Teóricos, relacionados con las concepciones jurídicas de raigambre liberal, positivistas y formalistas que permanecen arraigadas en los actores sociales y operadores jurídicos; III. Instrumentales, relacionados con las dificultades de transformación de las instituciones, los procedimientos y los mecanismos sobre los que se asientan el carácter hegemónico y coercitivo del Derecho y el monismo jurídico. Desarrollamos estas ideas.

I. Un condicionante para la vigencia material del constitucionalismo plural es el contexto en el que este opera, y que se compone de factores internos –como las creencias, los imaginarios y el marco cultural e intelectual de la sociedad respecto del derecho y de los pueblos indígenas–; y de factores externos –como el lugar que ocupa el Ecuador en el mapa geopolítico de la actual sociedad globalizada, y específicamente, con relación al proceso de reestructuración del capitalismo global y su incidencia en las redefiniciones del derecho y de los sujetos de derecho en el marco de las relaciones sociales intra e interestatales globalizadas.

Respecto de los factores internos, aunque la sociedad ecuatoriana demostró ser sensible frente a las demandas y aspiraciones indígenas de las décadas de los años noventa y dos mil, el racismo es difícil de ser desterrado y permanece en la raíz cultural de la sociedad, y aunque no se exprese abiertamente de la manera como antes lo hacía, aún legitima ciertos 'modales'²⁵⁰ hacia los indígenas, que continúan desfigurando su dignidad humana y comunitaria. La tolerancia multicultural instrumental como forma de indiferencia, de distanciamiento, o peor aún, como forma de penetración autoritaria en la vida comunitaria; o el desconocimiento de parte de los operadores jurídicos frente a los mandatos constitucionales sobre justicia indígena, por ejemplo, reproducen formas de racismo y hablan de la persistente falta de valoración del mundo indígena, contribuyendo a la reproducción de aquellos espacios de exclusión que el constitucionalismo plural busca superar.

En cuanto a los factores externos, la reestructuración del capitalismo global tiene una importancia central en las condiciones de realización material del constitucionalismo plural debido al tipo de relaciones económicas, sociales y políticas desterritorializadas que este proceso genera, dentro del cual, el pluralismo jurídico es visto como nuevo mecanismo de producción de legitimidad

²⁵⁰ Las relaciones de dominación y de dependencia basadas en formas precarias de producción e intercambio, así como las interrelaciones locales e interregionales entre mestizos e indígenas, siempre sobrepasaron el ámbito económico y se proyectaron en todos los órdenes de la vida social. Hasta los años noventa, las relaciones sociales entre indígenas y mestizos se expresaban en una serie de actitudes y conductas que denotaban el grado de cortesía o etiqueta que se observa en la relación entre diferentes grupos sociales (MEMMI *citado en* BURGOS, 1977). El racismo colonial estaba tan impregnado en las actitudes, que se manifestaba expresa y públicamente en una forma de humillación que deshumanizaba al indígena. El uso de expresiones como rocoto, indio vago, indio bruto, era una forma ampliamente admitida de trato al indígena, hasta hace muy poco tiempo (BURGOS, 1977 *citado en* CHÁVEZ, 2006, p.5). En la actualidad, el racismo de palabra es 'políticamente incorrecto', mientras la falta de valoración y respeto hacia el mundo indígena continúan expresando el racismo que yace en las profundidades de la conciencia social.

y forma de consenso de la sociedad capitalista²⁵¹. El pluralismo jurídico de naturaleza estatal, advierte RODRÍGUEZ:

(...) pretende abrirse paso mediante una reconceptualización de los derechos sociales, económicos y culturales de la población adecuándose a las formas más actualizadas de la autogestión y participación como modalidades novedosas de reorganización de las relaciones capital-trabajo. Aquí se comienza a dibujar una redefinición entre lo público y lo privado en la medida en que la sociedad civil se estatiza o, en otras palabras, el Estado se mimetiza dentro de la denominada sociedad civil. En este sentido, puede decirse, constituye un movimiento de desjuridización juridizante de las relaciones sociales de producción. Desjuridización en la medida en que se tiende a desmontar parte de la estructura jurídica anteriormente existente. Juridizante en el sentido en que se tiende a formalizar las estructuras comunitarias que se producían de manera informal con el propósito de proveerlas de una estructura de obligatoriedad y coerción que permitan la copresencia del funcionamiento estatal dentro de su circuito y lógica de funcionamiento. Esta institucionalización de la informalidad aparece como un movimiento que a través de su formalización pretende reactualizar al Estado y al derecho no solo como mecanismos idóneos de ejercicio del monopolio de la fuerza (recuperando la legitimidad de su ejercicio) sino como intentos por construir nuevos mecanismos sintéticos que permitan la vigencia plena de la existencia mercantil de la propiedad y, por tanto, del trabajo (1991, p. 104).

Los riesgos que ve el autor en el pluralismo estatal es que lejos de ser una herramienta idónea para garantizar el poder real y efectivo de la comunidad sobre las condiciones materiales de su existencia se constituya en un mecanismo de expropiación de su poder comunitario, un mecanismo de desnaturalización y penetración de las relaciones capitalistas dentro de la comunidad; por lo que llama a pensar a fondo sobre los mecanismos de producción y circulación de esa juridicidad como, al mismo tiempo, interrogarse sobre el impacto y significación

²⁵¹ RODRÍGUEZ, 1991, p. 103. Posiciones a las que abonaron perspectivas jurídicas y filosóficas muy influyentes como el liberalismo igualitario de RAWLS (2002), que aboga por el respeto de un pluralismo razonable como medio para conseguir la estabilidad social y política. La idea de pluralismo razonable (esto es, la disposición humana de actual moralmente) se plantea como límite y restricción de lo racional (capacidad de formar una concepción de bien), e implica la superación de la idea de ciudadanía como estatus –que permite atender a la fragmentación y pluralidad de identidades y de concepciones de buena vida–, y asumir una idea de ciudadanía como equidad o reciprocidad. Los nuevos puntos de referencia para el acuerdo, según MILLAR, 1997 (*citado en* HERNÁNDEZ, 2005) serán los principios que todos puedan aceptar, sin otorgar valor a una particular concepción de bien (HERNÁNDEZ, *En general*, 2005).

social y política de la formalización de su derecho comunitario (RODRÍGUEZ, 1991, pp. 100 y 110).

Ahora bien, si consideramos que las demandas pluralistas contemporáneas – al menos las de los pueblos y nacionalidades del Ecuador– no han puesto en cuestión la idea misma del Estado y que, antes que aspirar a una autodeterminación política –esto es, constituirse ‘en’ un nuevo Estado–, buscan constituir ‘un’ nuevo Estado, que reconozca y garantice la integridad étnico-cultural de los pueblos y nacionalidades, la estatalización de las relaciones Estado-pueblos y nacionalidades son una consecuencia lógica de la búsqueda de nuevas formas de convivencia política en el espacio del Estado nacional.

Otra, sin duda, es la problemática que se deriva de la capacidad que tiene el Estado plural para brindar las condiciones generales que garanticen la integridad étnico-cultural, entre ellas, la capacidad de impedir la penetración de intereses foráneos –sean de raigambre nacional o multinacional–, que vulneren su voluntad, sus aspiraciones y sus intereses como pueblos, o los intereses comunes de la sociedad nacional. Aquí es donde las evaluaciones arrojar balances demasiado parciales aún, debido básicamente, al corto tiempo de vigencia de la Constitución de Montecristi (ocho años a esta fecha), que impiden ver resultados más consolidados en cuanto a los efectos sistémicos de las políticas sociales en salud – para reducir los índices de anemia o de mortalidad infantil en pueblos y nacionalidades, por ejemplo–; en educación –para evaluar el fortalecimiento de la identidad étnico cultural²⁵², a la vez que garantizar el acceso a una educación de

²⁵² En este punto, las principales organizaciones indígenas del Ecuador vienen sosteniendo una permanente y sostenida oposición a la construcción de Escuelas del Milenio, incluso a aquellas que se constituyeron como Guardianas de las Lenguas, por considerarlas inconsultas, por introducir elementos pedagógicos extraños a los pueblos (nuevas tecnologías de la educación), y por sustituir el antiguo modelo de educación intercultural que venía aplicándose para comunidades rurales e indígenas. En esto, las políticas gubernamentales han sido inflexibles y, por ejemplo, para educación inicial, primaria, básica y bachillerato, viene aplicándose el Modelo de Educación Bilingüe (Moseib)

calidad en todos los niveles, incluido el nivel superior; en oportunidades de empleo o trabajo autónomo, por ejemplo; o para comprender las limitaciones que enfrenta este modelo para reducir la pobreza en pueblos y nacionalidades.

Aunque el constitucionalismo plural ecuatoriano se cuida de brindar importantes espacios de autonomía para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, los riesgos persisten, sea por el poder de penetración que tienen las multinacionales, no solo en la estructura institucional de los Estados sino también en la sociedad descentralizada y en los espacios autónomos; sea por la capacidad que tenga la sociedad contemporánea de imprimir un sello soberano, democrático y de justicia social a las relaciones desterritorializadas, así como de readecuar los mecanismos del derecho a la pérdida del monopolio estatal de la producción del derecho.

II. En lo que tiene que ver con el marco teórico en el que transita el constitucionalismo plural ecuatoriano, el balance también es relativo aunque, sin duda, resulta importante que por efectos del reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, esto es, de derechos diferenciados en función de la identidad étnica que son portadoras las personas que hacen parte de colectividades entendidas como pueblos, naciones o nacionalidad, algunas de las tradiciones jurídicas positivistas y formalistas más arraigadas en el Derecho se vieran relativizadas; entre ellas: 1) el sujeto individual, la autonomía personal y la dignidad humana, como medida única, exclusiva y excluyente del Derecho, y de protección de los derechos; 2) la centralidad de los derechos de libertad; 3) el

-elaborado con la participación de pueblos y nacionalidades, al margen de las organizaciones indígenas tradicionales-, orientado a potenciar el usos de las lenguas y saberes propios para construir un país diverso y pluricultural en el que nos reconozcamos todos. Para enero de 2016, existían ciento noventa circuitos interculturales bilingües, veintiún directores distritales y la meta prevista para este año es la construcción de catorce Unidades del Milenio, una por cada nacionalidad indígena del Ecuador (El Modelo de Educación Bilingüe de Ecuador se tradujo para las catorce lenguas del país, 2016).

monismo jurídico; y, 4); el monopolio de la producción del derecho por parte del Estado.

Así, las nociones de sujeto individual, autonomía personal y dignidad humana, centrales en la noción liberal de Derecho y sobre las cuales está armado todo el andamiaje jurídico, aparecen en el constitucionalismo plural relativizadas por la obligación que adquiere el Estado de protección de entidades morales colectivas de pleno derecho. La eficacia de dicha protección, y de ahí también su dificultad, requiere poner en marcha mecanismos y procedimientos de protección adecuados a la naturaleza colectiva del resguardo, esto es, tanto relativos a la legitimación activa de los sujetos colectivos, como relativos a la protección negativa de parte del Estado²⁵³, esto es, la abstención de intervención que este debe observar para garantizar el ámbito colectivo en el que operan las instituciones políticas de los pueblos y las nacionalidades.

La centralidad de los derechos de libertad se ve relativizada por la igualación jerárquica que el constitucionalismo plural hace con los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos, con lo cual, la interpretación se desplaza del principio jerárquico hacia el principio de preponderancia de los derechos. Un aporte adicional del constitucionalismo plural ecuatoriano es el desarrollo de mecanismos propios para garantizar aquella dimensión colectiva como pueblos y nacionalidades, entre ellos: el control constitucional de la justicia indígena que se

²⁵³ La distinción entre ‘abstención y prestación’ fueron desmontadas teóricamente demostrando que ha servido, sustancialmente, para privilegiar los derechos de libertad frente a los derechos sociales, así como para afianzar el concepto de derechos fundamentales ligados a los derechos civiles y políticos. PISARELLO entiende como errónea dicha concepción considerando que tanto la satisfacción de derechos civiles y políticos exige la asignación de subvenciones, ayudas, espacios públicos y recursos financieros, humanos y técnicos que permitan a las personas expresarse, asociarse o practicar sus creencias religiosas, como que garantizar derechos sociales requiere que el Estado se abstenga de intervenir en aspectos propios de la vida social (PISARELLO, *En general*, 2007; ver también ABRAMOVICH & COURTIS, 2004).

realiza mediante acción extraordinaria de protección²⁵⁴; la informalidad de procedimientos y la asistencia de traducción en sus propios idiomas; la obligatoriedad de incorporar la dimensión intercultural en el diseño, elaboración e implementación de la política pública; la aplicación de medidas de acción afirmativa que contribuyan a la igualdad material de las personas pertenecientes a pueblos y nacionalidades, etc.

El monismo jurídico se relativiza por el reconocimiento de la existencia –más allá de los debates teóricos de si es o no adecuada la denominación– de ‘otro Derecho’ en pie de igualdad del Derecho ordinario, esto es, el derecho propio de los pueblos y nacionalidades; lo que pasa por reconocer, y sobretodo, asumir, que se trata de otra tradición jurídica; y que en ese sentido, debe ser cuidadosamente estudiada, comprendida e interpretada.

El monopolio de la producción del Derecho por parte del Estado se relativiza por el reconocimiento constitucional de que es el Estado el que produce Derecho pero también lo hacen los pueblos y nacionalidades en el ámbito de sus sistemas de vida comunitarios. Esto, a su vez, implica una modificación al mecanismo de concentración de poder normativo y coactivo en el Estado nacional que, recordemos junto con BOBBIO, es el producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad feudal. BOBBIO nos recuerda que:

Esta sociedad [la feudal] fue pluralista, es decir formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban: por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en el pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en si misma un

²⁵⁴ A mi juicio, este representa uno de los más importantes avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, ya que, al someter las decisiones de la justicia indígena al control constitucional, esto es, a la instancia de cierre del sistema, coloca a esta en igualdad jerárquica que la justicia ordinaria, lo excluye del control de legalidad, y consagra el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario del que habla HOEKEMA (2002).

ordenamiento. El Estado moderno -así- se fue formando a través de la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de *monopolización de la producción jurídica*. (BOBBIO, 1978, p. 9)

Con todo, una dificultad de magnitud que enfrenta el constitucionalismo plural es el arraigo teórico, filosófico y moral que tienen los actores sociales al derecho estatal liberal positivista y formalista, y a los conceptos de Estado, derecho, autoridad o comunidad que en él se conciben. Los mecanismos de desarticulación de la cultura constitucional y legal arraigada han demostrado ser insuficientes, por muy estructurales, integrales y novedosos que estos demuestren ser. Cambiar las raíces teóricas, filosóficas y morales de una sociedad, esto es, cambiar los imaginarios letrados y populares sobre la seguridad que brinda para la persona y para la sociedad el poder hegemónico y coercitivo del Estado, es una empresa de gran envergadura, que en los años que tiene de vigencia la Constitución de Montecristi apenas se ha podido provocar ligeros y superficiales rasguños en su estructura.

III. En cuanto a los aspectos instrumentales, tanto tienen que ver con las limitaciones para transformar y consolidar instituciones plurinacionales, como con las limitaciones metodológicas que se tiene a la hora de abordar los asuntos de pueblos y nacionalidades, y en especial, los relacionados con la justicia indígena.

La centralidad que tiene para el proyecto político desmontar el Estado corporativo en el Ecuador han restado prioridad a la plurinacionalidad, con lo que esta aparece como el ámbito de menor desarrollo post constituyente.

A esta percepción abona la perspectiva universalista integral e interconectada que se imprime al diseño, desarrollo y aplicación de las políticas públicas, donde el componente indígena es uno más entre los otros²⁵⁵, no obstante

²⁵⁵ Esta falta de visibilidad del componente indígena, incomoda a los actores sociales, en especial al movimiento indígena, quienes en contraposición, apelan al mantenimiento de

que se han desplegado importantes acciones gubernamentales y estatales para desarrollar institucionalidad plurinacional.²⁵⁶

Pero, la mayor dificultad que a mi juicio enfrenta el constitucionalismo plural es la opacidad (CÁRCOVA, 1998) que cubre la comprensión y el entendimiento respecto de lo que significa la vida comunitaria, la institucionalidad comunitaria, las relaciones de poder comunitario y sus sistemas de justicia.

las instituciones y políticas multiculturalistas que se implementaron al amparo de la Constitución de 1998.

²⁵⁶ No solo que ahora se cuenta con una 'banca indígena', conformada por cooperativas de crédito integradas y dirigidas por indígenas, o con un "equipo de fútbol indígena", sino que en el ámbito legislativo tenemos: la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucional (Título II, Capítulo IX, Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena) y el Código Orgánico de la Función Judicial (Título VIII, Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria) que contemplan normas para el tratamiento de los asuntos judiciales en el ámbito constitucional y de la justicia ordinaria. El 7 de julio de 2014 se promulgó la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, y el 25 de mayo de 2015 se expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales de la Igualdad. En el ámbito educativo, están las Escuelas del Milenio Guardianas de las Lenguas, como se mencionó en líneas anteriores, y también políticas de becas y de cuotas que se aplican en todos los niveles educativos. En el ámbito de la salud, hay programas de salud intercultural que promueven las prácticas de salud indígena. En el ámbito de la comunicación, la Ley Orgánica de Comunicación expedida en el 2013 (Título II, Capítulo II, Sección II, Derechos de igualdad e interculturalidad), establece derechos de creación de medios de comunicación social, de acceso a frecuencias y a tecnologías de la información y comunicación, y a la comunicación intercultural y plurinacional. Mientras en la Ley de Medio establece la redistribución de frecuencias de radio y televisión en treinta y tres por ciento para el Estado, treinta y tres por ciento para el sector público y treinta y cuatro por ciento para el sector comunitario; aunque hasta la fecha no se llegue a concretar tal redistribución, como tampoco se ha concretado la conformación de ninguna circunscripción territorial indígena, pese a que el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización COTAD, así lo contemple. En el ámbito económico, la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y su Reglamento, contempla un régimen propio para el sector comunitario, que actúa como parte de las otras modalidades de economía existentes en el ámbito nacional. En el ámbito de la participación ciudadana, la Ley Orgánica de Participación ciudadana establece el principio de plurinacionalidad como principio de participación para el ejercicio de los mecanismos de democracia directa, para la conformación de organizaciones sociales propias, para la participación ciudadana en los diferentes niveles de gobierno, para la elaboración de los presupuestos participativos, para el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana y de la consulta previa, libre e informada; así como relativos a la rendición de cuentas y el libre acceso a la información pública.

No se trata solamente de la opacidad o desconocimiento derivado del alcance geográfico del derecho que hace que el mensaje jurídico estatal no llegue a la periferia de la estructura social, o de la complejidad de los procedimientos simbólicos –los jurídicos entre ellos– en las sociedades contemporáneas, o de la *ignorantia iuris*²⁵⁷. Se trata de la no comprensión histórica y dialéctica del mundo indígena, que en términos dogmáticos tienen que ver con la distinción entre conocimiento y comprensión²⁵⁸ de las normas. Para CÁRCOVA, la no comprensión es un subproducto de la marginalidad, la anomia y la aculturación.

En términos generales, la falta de comprensión respecto tanto de los mandatos constitucionales sobre derechos, facultades y autonomías de pueblos y nacionalidades, como del mundo indígena, trae como consecuencias cuestiones como: la falta de observancia por parte de jueces y fiscales, por ejemplo, de las normas constitucionales que los excluyen del conocimiento de las ‘causas indígenas’; la falta de compromiso de la legislatura ecuatoriana para desarrollar las normas secundarias que establezcan los espacios de coordinación y cooperación entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena; el pobre ejercicio interpretativo que hacen los jueces y fiscales en causas sometidas a su conocimiento que involucra a indígenas en una o en ambas partes del litigio, que ignoran el elemento de diferenciación étnico-cultural en la evaluación jurídica que realizan²⁵⁹.

²⁵⁷ CÁRCOVA (1998, pp. 38-42) distingue la *ignorantia iuris* de la opacidad o el desconocimiento. Este último que hace habitual en la población general, aun en los sectores altos y con instrucción calificada, dice el autor, una idea muy difusa acerca del derecho y una muy lábil comprensión respecto de la lógica interna de su funcionamiento. Esto, con excepción de los transgresores habituales que transgreden la norma con voluntad y conciencia, y de los ‘grupos de interés’, grupos de iguales, nuevos movimientos sociales, etc., que enarbolan una lucha por los derechos.

²⁵⁸ Entender la naturaleza de esta falta de comprensión le permitió al juez ZAFFARONI (1989, p. 529, citado en CÁRCOVA, 1998, p. 45) desarrollar la categoría dogmática del ‘error condicionado culturalmente’.

²⁵⁹ Para lo que el concepto jurídico de error culturalmente condicionado, por ejemplo, puede contribuir como técnica interpretativa para construir una decisión más sustentada y justa, al momento de evaluar la juridicidad de una conducta infractora o delictiva,

En otro grupo de anomías y opacidades podemos mencionar el poco entusiasmo que provoca entre la población indígena el uso de mecanismos institucionales y legales para avanzar en la concreción de sus propias políticas étnico-culturales, lo que deja un espacio vacío en la disputa de sentido que es llenado por el oficialismo, desde su propia perspectiva de la plurinacionalidad e interculturalidad.

Por fin, no se puede dejar de mencionar que un proyecto político de igualdad social que busca concretarse por medio del ejercicio de derechos y autonomías, demanda de ingentes recursos económicos para hacerse realidad (instituciones, inversión pública, amplias políticas sociales, acciones afirmativas, etc.), que en un país con una economía primaria –aunque vienen dándose pasos hacia el cambio de la matriz productiva y hacia un economía de servicios y del conocimiento–, resulta una paradójico que una buena parte de los recursos naturales que sustentan la economía del país (petróleo, minería, recursos forestales, biodiversidad) se encuentran en territorios indígenas. Asunto que mantiene en un alto grado de incertidumbre el destino de, al menos, algunos derechos de pueblos y nacionalidades.

Lo señalado, no agota los ámbitos en los que queda poco claro el rumbo que tomará el Estado como efecto de la plurinacionalidad e interculturalidad, dado el nivel de consolidación en que se encuentra el proceso de transformación del Estado, vinculado con la Constitución del 2008. No obstante, conviene también advertir que el poder de convocatoria que tuvieron en su momento las demandas indígenas ahora han perdido fuerza y significación, no solo porque las principales reivindicaciones del movimiento indígena se constitucionalizaron, sino también porque no han sabido reinventarse en sus discursos y sus estrategias de lucha.

cuando no corresponda directamente la excusa judicial por tratarse de causas que atañen al conocimiento de la correspondiente autoridad indígena. En este tema, los avances también han sido escasos y han pecado de prudentes.

Como sostiene RAWLS, al ejercer su identidad y poder político²⁶⁰, deben ser capaces de justificar públicamente su actitud con ayuda de los valores políticos que están presentes en la constitución (RAWLS, 2002, *citado en* HERNÁNDEZ, 2005).

Los movimientos indígenas que dieron coherencia y sentido a las transformaciones del Estado, parecen haberse debilitado discursiva y simbólicamente, lo que también abona a la incertidumbre y la opacidad del constitucionalismo plural emergente.

²⁶⁰ Aunque hace referencia a los deberes de civismo de los ciudadanos, es perfectamente aplicable a los deberes de civismo que deberían ejercer las organizaciones y pueblos indígenas para asegurar la vigencia del Estado plurinacional e intercultural, sus derechos, facultades y espacios de autonomía propios.

CAPÍTULO IV

DERECHOS INDÍGENAS Y GARANTÍAS

JURISDICCIONALES: EL AMPARO CONTRA

DECISIONES DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Una vez que la definición del marco teórico y la identificación de los principales fundamentos históricos y doctrinales del constitucionalismo plural nos permitió vislumbrar la conexión histórica entre las corrientes teóricas, ideológicas, culturales y jurídicas subyacentes en el constitucionalismo tradicional ecuatoriano y las rupturas que la Constitución de Montecristi hace con el objeto de superar aquellas –costumbres, imaginarios, prácticas– que prolongan estructuras sociales y políticas de dominación y exclusión, cabe centrar el estudio en la estructura de los derechos indígenas reconocidos constitucionalmente, en las garantías de protección de dichos derechos, y dentro de estas, en el amparo contra decisiones de la justicia indígena, que en la Constitución de Montecristi se denomina acción extraordinaria de protección contra decisiones de autoridades indígenas.

De modo que, una vez concluido el trabajo de contextualización externa, se procede en el presente Capítulo a realizar, en primer lugar, una revisión del marco constitucional y convencional que reconoce y norma los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; en segundo lugar, un análisis del sistema de garantías jurisdiccionales en el cual se inscribe la figura de la acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales; en tercer lugar, se procederá a estudiar la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad de la justicia indígena a través de la garantía de la acción extraordinaria de protección contra la justicia indígena; y en cuarto lugar, se realizará el análisis de los medios jurisdiccionales que han sido utilizados por actores sociales y políticos, así como por comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para defender los derechos indígenas o el orden constitucional relacionado con tales derechos; se estudiará el primer caso de acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador; y, finalmente, se adelantará una reflexión acerca de las particularidades y desafíos que enfrenta el control de constitucionalidad de la justicia indígena. Todo lo cual se desarrollará en cuatro subsecciones.

Con las indagaciones que se realizan en este Capítulo, se pretende completar el universo analítico y doctrinario que hace parte y determina la labor de control de constitucionalidad que está supuesto a realizar el Órgano de cierre del sistema jurídico nacional respecto de las actuaciones de la autoridad indígena cuando cumple funciones jurisdiccionales, entendiendo que la Constitución de Montecristi al emitir normas tipo principios, reglas, adjudicaciones, prerrogativas o habilitaciones, lo hace en diálogo con la historia que requiere superar y la que busca rescatar, con la voluntad en el presente y con la mirada en el futuro.

1. Estado constitucional y derechos indígenas: de tradiciones y revoluciones

La Constitución de Montecristi define al Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada (Art. 1 C.R.E).

La naturaleza social, democrática, soberana, independiente, unitaria y laica, vienen de la tradición constitucional ecuatoriana y expresa los compromisos republicanos y democráticos que se fueron asumiendo en distintas épocas; pero la naturaleza constitucional de derechos y justicia, es una novedad no solo en el constitucionalismo latinoamericano sino también en el constitucionalismo clásico, y en el neoconstitucionalismo europeo surgido en la Segunda post Guerra Mundial, aunque se inspira en este último, como en otras muchas corrientes teóricas, sociales y filosóficas que acentúan las dimensiones democráticas del Estado contemporáneo.

Al catalogar al Estado constitucional de derechos y justicia, la Constitución de Montecristi toma distancias de todas las posturas teóricas y doctrinales que convierten al Estado de Derecho en categoría esencial, y en su lugar adopta un concepto instrumental finalista del mismo, poniendolo al servicio de 'todos' los

derechos, de la justicia y del buen vivir. Cuando define al Estado como plurinacional e intercultural, rompe con muchos pasados –el pasado colonial, el pasado oligárquico, el pasado neoliberal, el pasado multicultural–, y rescata otros pasados –nuestras raíces milenarias forjadas por hombres y mujeres, la sabiduría de todas las culturas, las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo–, colocando la mirada hacia el futuro²⁶¹, para con ello proclamar la construcción de:

Una nueva convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra (Preámbulo de la Constitución).

Ciertamente no se trata de folcklor latinoamericano o demagogia constitucional –lo que se puede verificar a lo largo del texto constitucional en la manera como articula estos principios con los derechos, las instituciones, los procedimientos, la división de poderes, etc.–, sino de una arriesgada apuesta por conjugar todos los elementos articuladores que pueden hacer de un Estado, un proyecto democrático, plurinacional e intercultural de sociedad.

Si a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX se dio una ‘revuelta contra el formalismo’²⁶², podemos decir que el nuevo constitucionalismo

²⁶¹ ZAGREBELSKY sostiene que las constituciones de nuestro tiempo mantiene la mirada al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Incluso se puede decir, sostiene, pasado y futuro se ligan en una misma línea y, al igual que los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional que viene del pasado y por tanto a una incesante redefinición de los principios de la convivencia constitucional (ZAGREBELSKY, 2005)

²⁶² Se identifica como ‘revuelta contra el formalismo’ al movimiento no homogéneo que a desde finales del siglo XIX planteó sistemáticas críticas al formalismo positivista de la época. TREVES, identifica tres principales corrientes: a. La escuela sociológica-jurídica francesa liderada por GÈNY; b. El movimiento de derecho libre alemán, impulsado por EHRlich y KANTOROWICZ, y, c. El realismo jurídico norteamericano del juez Wendell HOLMES, LLEWELLYN y POUND; y el realismo jurídico europeo de OLIVECRONA y ROSS (TREVES, 1988).

latinoamericano ha provocado una ‘revuelta contra el pensamiento hegemónico’, que implica tomar las riendas de la construcción de una forma propia –acorde a las necesidades sociales y a las circunstancias históricas– de Estado y de sociedad.

Si como se dijo en el Capítulo II de este trabajo, en el constitucionalismo latinoamericano tradicional, –el ecuatoriano en particular– el Estado se erigió sobre una particular noción de cultura nacional asociada a un centralismo político-presidencialista, un modelo de democracia elitista y una economía de base patrimonialista, que marcaron los conceptos de dignidad humana, libertades fundamentales y división de poderes. El nuevo constitucionalismo latinoamericano –el ecuatoriano en particular–, asume la centralidad de ‘todos’ los derechos y de la justicia como ejes articuladores de las relaciones sociales, con lo que se aleja de la noción abstracta de dignidad humana, de la separación artificial entre derechos fundamentales y no fundamentales, de la hegemonía de unos derechos sobre otros, y de la dictadura de la razón instrumental.

Definiendo al Estado como plurinacional e intercultural, asume al unitarismo como noción abarcadora de la dinámica del pluralismo social, político y jurídico existente en sus fronteras, dejando atrás la ideología monista que tenía como única virtud reducir la realidad compleja, a costa de vaciarla.

Para SOLAR, las críticas a la ortodoxia jurídica compartían básicamente una actitud relativista, un método empirista y un enfoque funcional. Lo que ha sido definido como ‘revuelta contra el formalismo’ (WHITE, 1949), implicaba una decidida voluntad de pasar “de las formas a la función, de los conceptos a las actividades, de la estática a la dinámica, de los fines individuales a los fines sociales, de la satisfacción de ideales intelectuales a la satisfacción de necesidades humanas” (PAUL, 1959, p. 17, *citado en* SOLAR, 2012). Para efectos del presente estudio vale resaltar que SOLAR (2012, p. 180), considera que la perspectiva pragmática o funcional del Derecho permitió entender a esta ya no como algo preexistente, que el jurista debe descubrir, sino como un producto de la cultura forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades y circunstancias históricas. Y, sobre todo, dice, como un poderoso instrumento de transformación social en manos de un individuo que comenza a sentirse protagonista de su propio destino. La mirada del jurista se vuelve así hacia el futuro, sentencia (para mayor ilustración, *ver* LÓPEZ, 2008; y para revisar las críticas sobre el antiformalismo contemporáneo, especialmente el de DWORKIN y ALEXY, *ver* GARCÍA AMADO, 2012).

Esta recomposición de los elementos articuladores del Estado sustenta, a mi juicio, un programa finalista orientado, entre otros aspectos, a: recuperar al Estado para consolidar la cohesión social desagregada por el patrimonialismo, el elitismo y el corporativismo; rescatar lo público para reconstruir una nueva dialéctica entre espacios público-privados; resignificar la soberanía popular para domesticar al poder político y al poder económico a través de nuevas formas de control social de la gestión pública; conjugar la democracia directa con la democracia representativa para desligar a esta de los valores del capitalismo; redefinir el desarrollo para alcanzar el buen vivir; en fin, constitucionalizar el Orden jurídico-político para institucionalizar la transformación social.

La institucionalización de la transformación social opera a través de los mecanismos de participación ciudadana, que no solo democratizan el espectro político abriendo al control ciudadano todos los espacios y los niveles de acción pública, sino que al mismo tiempo, y como bien lo dice RAMÍREZ (2016), transforma a los ciudadanos de actores en autores de la gestión pública y del cambio social. Mediante esta coautoría del Estado, se recomponen los vasos comunicantes entre Estado y sociedad, facilitando una permanente actualización y rediseño de los mecanismos institucionales y jurídicos para el cambio.

En el ámbito jurídico, la institucionalización del cambio opera no solo a través de la constitucionalización del Orden jurídico-político, sino también a través del activismo judicial que la Constitución manda expresamente a ejercer a los jueces constitucionales a la hora de garantizar los derechos.

Las decisiones que toma el Órgano de cierre del sistema jurídico nacional, la Corte Constitucional, que sabemos tiene un efecto irradiador en todo el Sistema Jurídico, cumplen una doble función: la de preservar el Orden constitucional (con la expulsión de última *ratio* de las normas o con la corrección que hace de los actos del poder público y de las decisiones jurisdiccionales); y la de garantizar los derechos, esto es, asegurar la eficacia material de los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Al hacerlo, también actúan –las decisiones

del órgano constitucional de cierre del sistema– como dispositivos jurídicos para generar la transformación social, puesto que la evaluación de los derechos y la justificación jurídica de las decisiones ya no opera en el balance que hace el juez entre distintos derechos individuales sino en el balance de estos con los derechos económicos, sociales y culturales, los colectivos y los de la naturaleza. En este sentido, la labor que le corresponde hacer al juez activista en el orden de los derechos tiene que ver, antes que nada, con la determinación del marco hermenéutico, argumentativo, evaluativo y justificativo de naturaleza jurídica que asegura la dialéctica entre los distintos niveles, dimensiones y tipos de derechos.

El efecto irradiador de la Constitución en el sistema jurídico-político, por tanto, no se da en términos abstractos, sino concretamente en los mecanismos, procedimientos e instituciones diseñadas para el cambio social. Las decisiones de cierre del sistema no solo empoderan a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y disciplinan al poder público en el ejercicio de sus funciones, sino que inciden en la actualización constante de aquellas instituciones garantistas que hacen posible la materialización de los derechos.

Pero, como se puede deducir de lo expresado, un proyecto constitucional como el aquí analizado depende fuertemente de una ciudadanía activa, de unas instituciones públicas al mismo tiempo sólidas y dinámicas, y de un poder político fuertemente comprometido con la transformación social. Esta dependencia de factores tan altamente contenciosos es, probablemente, el Talón de Aquiles del nuevo constitucionalismo latinoamericano, ya que más allá de los errores, vacíos, antinomias o contradicciones que se pudieran advertir en los cuerpos constitucionales, la debilidad está –y también su potencial fortaleza–, en que requieren de una revolución cultural, ya que siempre dependerá de que los proyectos políticos se sujeten a esta, de que los líderes políticos y sociales se inspiren en ella y de la apropiación que de ella hagan los ciudadanos activos.

Como bien pone en evidencia MARTÍNEZ DALMAU (2013), estas Constituciones, cuya estructura tienen como fundamentos a los derechos tanto para la

organización del poder como para la democratización de la sociedad sobre la base de la participación ciudadana, se enfrentan a un problema de aplicación que dificulta su funcionamiento como instrumentos de transformación social, dado que requieren de un contexto de implementación que implica factores que van más allá de las reglas regales²⁶³.

1.1 La lucha por los derechos indígenas y el proteccionismo tradicional

La revisión de los fundamentos históricos, teóricos, ideológicos, sociológicos, jurídicos y culturales que hemos hecho a lo largo del presente trabajo valen para analizar, en este punto, el camino que transitaron los derechos indígenas en el constitucionalismo ecuatoriano, hasta llegar a la actual formulación constitucional.

Lo que hemos denominado como la ‘revuelta contra el pensamiento hegemónico’, esto es, la ‘revolución de los derechos’, representa un pensamiento que asume que la dignidad humana no encuentra sus límites en los derechos individuales, en la igualdad formal, en la democracia representativa, en la economía capitalista, en la cultura nacional, en la descentralización del Estado, o en la producción hegemónica del derecho en manos del Estado central.

Esto lo entendieron las organizaciones indígenas y sociales que en la década de los años 80, articularon un cambio de fondo en sus aspiraciones y demandas. La

²⁶³ MARTÍNEZ DALMAU (2016) desarrolla un importante análisis acerca de las dificultades que enfrentan las constituciones que desde la renovación del poder constituyente en la Constitución colombiana de 1991, implementaron importantes cambios estructurales tanto en la organización de los poderes públicos, la legitimidad democrática, y la regeneración constitucional de los derechos. En lo que se refiere a la Constitución ecuatoriana de 2008, resalta la originalidad y avances teóricos que esta contiene, especialmente con la inclusión del concepto del *sumak kawsay* (buen vivir) como su base ideológica. Sostiene, además, que las críticas que se hacen a una supuesta violación de los principios de separación de poderes, el hiper-presidencialismo y la constitucionalización de un proyecto partidista, no son suficientes tomando en cuenta la legitimidad democrática que tienen de dichos textos constitucionales.

CONAIE, como organización nacional de representación de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, lideró la defensa de un proyecto político (CONAIE, s/f) que incluyó, más allá de reivindicaciones gremiales o sectoriales, la reformulación del Estado ecuatoriano como Estado plurinacional e intercultural; propuesta que traía implicaciones no solo en la estructura de los derechos –con la demanda de reconocimiento de derechos colectivos–, sino también en las nociones de participación política y social, de organización territorial, de economía y del desarrollo, de cultura y del derecho.

Dicho proyecto político implicó también un cambio sustancial de la naturaleza de las reivindicaciones indígenas. En este sentido, de proponer la legalización de sus organizaciones gremiales pasaron a demandar el reconocimiento de sus propias organizaciones en calidad de pueblos y nacionalidades; de exigir créditos agropecuarios y mejoras en su calidad de vida optaron por demandar la capacidad de manejo autónomo de sus espacios de vida; de exigir acceso a la justicia pasaron a demandar el reconocimiento de sus formas propias de justicia.

En otros ámbitos, de reivindicar el acceso a la tierra pasaron a exigir el reconocimiento de territorios, y con ello, la correspondiente autonomía y autodeterminación que les permita recrear la relación que tiene con la tierra, que más que un medio de subsistencia, en la cosmogonía indígena representa el espacio de conexión con sus dinámicas culturales, autogestionarias, políticas, económicas y espirituales. De aquí que el concepto de interrelación tenga un carácter normativo, no solo metodológico, en el pensamiento indígena.

Respecto de la identidad étnica, las demandas indígenas exigían dejar de hacer referencia a ellos como grupos étnicos y pidieron referirse como pueblos y nacionalidades.

Este conjunto de reivindicaciones étnico-culturales de nuevo tipo comenzaron a tener eco en las reformas constitucionales de la década de los

noventa, que poco a poco fueron revasando la tímida protección tutelar que el constitucionalismo tradicional²⁶⁴ mantenía frente a estos grupos sociales, y que, desde la Constitución de 1979, consistía en: el reconocimiento del quichua y demás lenguas aborígenas como integrantes de la cultura nacional; la condena a toda forma de colonialismo, neocolonialismo y discriminación racial; la utilización de lenguas propias en los procesos educativos que se realicen en zonas con predominio de población indígena; el reconocimiento del voto optativo de los analfabetos; el reconocimiento del sector comunicario y de las empresas comunales como parte del sector económico; la eliminación del minifundio y la promoción de la producción comunitaria; así como el funcionamiento de defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los tabajadores y de toda persona que no dispusiere de medios económicos.

La reforma constitucional de 1996 va un poco más allá, y manteniendo las anteriores prescripciones, declara al Estado ecuatoriano multicultural y multiétnico, proclama al castellano como idioma de relación intercultural, y al quichua y las demás lenguas indígenas como parte de la cultura nacional.

La opción multiculturalista de estas reformas constitucionales se asentó en la Constitución de 1998, elaborada en Asamblea Constituyente, cuyo texto comienza definiendo al Estado como social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, plicultural y multiétnico²⁶⁵.

²⁶⁴ En el constitucionalismo decimonónico y el de los primeros cincuenta años del siglo XX, solo cuatro constituciones contemplaron alguna disposición referente a los indígenas: la de 1830, 1906, 1945 y 1946, con disposiciones tutelares y proteccionistas de la 'raza indígena'.

²⁶⁵ Vale recordar que la Asamblea Constitucional instalada el 20 de diciembre de 1997 en la ciudad de Sangolquí, funcionó paralelamente al Congreso Nacional, con el encargo de elaborar una nueva Constitución que sustituya la de 1979. Su conformación fue decidida mediante referéndum y una vez instalada se autodenominó Constituyente; no obstante, al mismo tiempo, y por acuerdo político de las fuerzas democristianas que tenían mayoría, se autolimitó en sus poderes constituyentes. Fruto de ello surgió una Constitución con importantes avances garantistas, especialmente en temas de objeción de conciencia y

En esta Constitución, la diferencia entre derechos y garantías es más clara, así como se consolida la organización de los derechos bajo el criterio de generación de los derechos, enfoque teórico que tuvo mucha influencia en aquel momento. Así, establece primeramente como principios generales de aplicación de los derechos: el deber del Estado de respetar y hacer respetar los derechos humanos garantizados; garantizar el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos, adoptando planes y programas que garanticen el efectivo goce; la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, la interpretación más favorable a la efectiva vigencia de los derechos, la prohibición de restricción de derechos y garantías por parte de la ley; la obligación de indemnización del Estado, sus delegatarios y concesionarios, por los perjuicios que irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos en el desempeño de funciones, con derecho de repetición; la responsabilidad civil del Estado por error judicial, con derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.

A continuación pasa a reconocer los derechos bajo el siguiente esquema: derechos civiles y derechos políticos, o de primera generación; derechos económicos, sociales y culturales, o de segunda generación; y derechos colectivos, o de tercera generación.

Si bien se dan algunos cambios en los contenidos de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, la gran novedad de esta Carta constitucional está en el reconocimiento expreso a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, a los derechos al medio ambiente y a los derechos de los consumidores. Estos derechos, como sabemos, nacen a favor de una pluralidad de

derechos ciudadanos plenos desde el nacimiento, pero a la vez, mancadamente neoliberal. Como es fácil suponer, la dimensión neoliberal tuvo mayor peso en la políticas gubernamentales que se implementaron al amparo de esta Constitución, que la dimensión garantista. Un último aspecto a resaltar es la movilización social que acompañó a este proceso y que para ese momento contó con la presencia activa del movimiento indígena.

personas que por su naturaleza no pueden ser satisfechos individualmente. Se caracterizan porque frente a un daño, todos son titulares de derechos, no como individuos aislados sino como miembros de una colectividad.

En lo que tiene que ver con los derechos indígenas, en la sección de los derechos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, comienza la Constitución por aceptar la autodefinición de nacionalidades de raíces ancestrales que hacen los pueblos indígenas, a la par que establece derechos de varias categorías que le son reconocidos en el marco de la Constitución, la ley y los derechos humanos.

Los derechos de identidad reconocen la potestad de los pueblos indígenas para mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico; conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad; así como el derecho a no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras, y a usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

Los derechos económicos y de propiedad están relacionados a la conservación de la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, las mismas que son inalienables, inembargables e indivisibles; a mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita; y el derecho a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo.

Los derechos de participación en la planificación y el desarrollo mandan a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras; ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. Así también, permite formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y

mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales con un adecuado financiamiento del Estado.

Los derechos culturales garantizan las acciones para mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico; conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural; acceder a una educación de calidad, y contar con el sistema de educación intercultural bilingüe; a sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluida la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

Los derechos de representación garantizan la participación de los pueblos indígenas, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.

Para dar viabilidad al derecho a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad, en la sección de la Función Judicial se reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas y su derecho de ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. Esta disposición deberá ser aplicada mediante el desarrollo de una ley o un estatuto de las comunidades indígenas que compatibilice el ejercicio de la autoridad indígena con el sistema judicial nacional.

Para hacer viables los derechos de identidad, culturales, de planificación y participación, la Constitución de 1998 incluye en la división política y administrativa del Estado a las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, dejando para la ley el establecimiento de las formas de administración, organización, competencias y facultades de estas circunscripciones, las mismas que son parte de la jerarquía de los gobiernos seccionales autónomos. En materia económica y social, se contempla la obligación de fijar metas de

desarrollo a corto, mediano y largo plazo y tomar en cuenta, entre otros aspectos, los étnico-culturales, locales y regionales.

Como se puede observar, el reconocimiento de derechos de pueblos indígenas que hace la Constitución de 1998 es exponencial con relación al escueto cuadro de prerrogativas que hace parte del constitucionalismo ecuatoriano tradicional²⁶⁶. En esta, dichas prerrogativas aparecen de manera transversal e integral y bajo las nuevas concepciones sobre titularidad de derechos que habían surgido con el Convenio 169, esto es, derechos en calidad de pueblos, auto-identificados como nacionalidades. Pero, como también puede advertir, se trata de derechos corporativos que inducen: 1) a una lógica de gestión pública de naturaleza corporativa (creando programas o proyectos de beneficio para el grupo de intervención); 2) a una lógica de representación corporativa (ante los organismos públicos creados para atender diversas necesidades del grupo de intervención); 3) a una lógica de autonomismo que por un lado favorecía a la recomposición histórica y política (la reinención) como pueblos y nacionalidades²⁶⁷, pero por otro les exponía a las reglas del mercado global²⁶⁸.

²⁶⁶ Para revisar otras lecturas acerca de los contenidos del reconocimiento de derechos de pueblos y nacionalidades indígenas, ver PACARI (2009).

²⁶⁷ Tras la vigencia de la Constitución de 1998, el movimiento indígena, a través del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODENPE, entidad estatal de representación indígena, impulsó un proceso denominado de 'reconstitución de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador', con el cual se pretendía superar el concepto general, unificador y peyorativo de 'indígena', dando identidad a los pueblos que ancestralmente habitaron los territorios que hoy conforman el Ecuador. La distinción entre pueblos y nacionalidad fue más de naturaleza práctica que histórica, puesto que había que encontrar una forma para resolver el problema de los kichwas cuyas comunidades se asientan a lo largo del callejón interandino y en una parte de la amazonia, cada quien con sus propios matices culturales derivados de una misma tradición lingüístico-cultural, mientras los demás pueblos mantienen tradiciones culturales más homogéneas y se encuentran agrupados en zonas geográficas más delimitadas. Me parece importante dejar sentada esta nota debido a que en otros casos dicha distinción ha respondido a criterios de naturaleza más compleja. Por ejemplo, en la Constitución de 1946 de la Federación Yugoslava se hacía una distinción entre 'pueblos' y 'nacionalidades'. Los 'pueblos' eran los elementos constitutivos, que disponían de 'hogares nacionales' en

Como es harto conocido, la parte orgánica de la Constitución de 1998 fue escasamente atendida tanto en lo que tiene que ver con el desarrollo de legislación secundaria –asunto que era fundamental en ese modelo constitucional ya que había una amplia remisión de las normas constitucionales a la ley–, como en políticas que redunden en mejores condiciones de vida de los pueblos y las nacionalidades indígenas y afroecuatorianas. Lo que sí se atendió con celeridad y organicidad fue la legislación secundaria –que sobre todo flexibilizaba la capacidad regulatoria de la norma general y favorecía la capacidad regulatoria del reglamento y el contrato–, que apuntalaba las políticas desregularizadoras neoliberales. A su vez, esto aceleró la crisis económica y política de la que en notas anteriores nos hemos referido.

1.2. Los derechos indígenas en el constitucionalismo plural

Una vez que hemos revisado la manera como se positivizaron los derechos de los pueblos indígenas en el constitucionalismo tradicional ecuatoriano, pasamos a

una o varias de las repúblicas federadas: los eslovenos, los croatas, los serbios, los montenegrinos y los macedonios, quienes formaban parte de los Eslavos del Sur y no poseían un Estado-nación de referencia fuera de la Federación. Otros grupos constituían ‘nacionalidades’, como los italianos de Istria, los húngaros de la Voivodina y los albaneses de Kosovo, Macedonia, Serbia y Montenegro, toda vez que disponían de un Estado-nación fuera de la Federación. Todos los ‘pueblos’ y ‘nacionalidades’ poseían la ciudadanía federal, la yugoslava (CASANOVA, 2003, p. 172, *citado en* CHÁVEZ, 2011, nota a pie de página número 12).

²⁶⁸ Me refiero a que, al amparo de estos mandatos constitucionales se implementó, por ejemplo, la política de relacionamiento comunitario que consistió en delegar, por parte del Estado, a las empresas públicas o privadas que actuaban en territorios comunitarios, la relación –negociación– con las respectivas comunidades y ‘resolver’ en ese nivel los posibles conflictos que pudieran surgir por efecto de las actividades empresariales (hidrocarburíferas, mineras, forestales, de biodiversidad o turísticas) que se realicen en el territorio. Los efectos de este tipo de relacionamiento se tradujeron en el debilitamiento de las estructuras internas de las comunidades indígenas y afroecuatorianas, al punto que en poco tiempo, las mismas organizaciones indígenas y afroecuatorianas denunciaban la perversidad del mecanismo.

analizar la forma como reconoce la Constitución de Montecristi tales derechos y las facultades que se adjudican a las comunidades, pueblos y nacionalidades.

De partida, una de las primeras cuestiones que se advierte es la distancia que toma el texto constitucional de 2008, en forma y fondo, respecto del proteccionismo a los pueblos indígenas, brindado por el constitucionalismo tradicional.

Siendo la propia Carta de Montecristi un texto *sui generis* en la historia constitucional –por su contenido y forma, por la manera como articula la parte dogmática y la parte orgánica, por el detalle al que llega en el tratamiento de algunos temas, por la ruptura que hace con instituciones y dogmas tradicionales y por las novedades constitucionales que trae–, los asuntos indígenas hacen parte de los temas que atraviezan el preámbulo, los once títulos y las disposiciones transitorias del texto constitucional, con excepción de los capítulos que se refieren a las funciones del Estado: Legislativa, Ejecutiva, de Transparencia y Control Social y Electoral; y el capítulo que se refiere a la administración pública. Se trata, entonces, de una formulación que abandona el modelo de proteccionismo, tutelaje, asimilacionismo y transculturización del indígena.

No es un simple reconocimiento de derechos y facultades sino de una forma de relacionamiento entre el Estado y pueblos indígenas basada en la igualación política de la diferencia étnica y cultural –que revasa la óptica del Estado providencia enfocado en atender aspectos específicos como la educación, la cultura o el crédito, o del multiculturalismo que propicia una tolerancia étnica y un autonomismo instrumental–. No tiene que ver con dispositivos temporales o transitorios de acción afirmativa o discriminación positiva, aunque también los contempla, sino de mecanismos institucionalizados de manera permanente, orientados a garantizar la pervivencia de los pueblos dentro del Estado.

Para ilustrar las afirmaciones anteriores, pasamos a revisar el esquema de principios, reglas, facultades y dispositivos jurídicos que contempla la Constitución en el tema indígena; así:

I. En lo que tiene que ver con la estructura y elementos constitutivos del Estado: define al Estado como intercultural y plurinacional (Art. 1), concibe al territorio como una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales (Art. 4); entiende a la nacionalidad ecuatoriana como el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional (Art. 6); y asume de manera explícita que las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible (Art. 57).

Como se ve, la fórmula Estado, territorio, nacionalidad y pueblos, estructura la unidad de la República ecuatoriana, en una dimensión histórica y política, intercultural y plurinacional.

II. En cuanto a la interculturalidad: junto con la plurinacionalidad, representa un principio organizador del Estado Ecuatoriano que es asumida, al menos, en cuatro dimensiones, a saber:

a) Una dimensión estructural, que asume que el Estado ecuatoriano, en su totalidad, es intercultural (Art. 1 CE). Determina al castellano como idioma oficial del Ecuador y al kichwa y demás idiomas ancestrales como parte del patrimonio cultural del país, los que serán de uso oficial para las nacionalidades y pueblos indígenas, en los términos que determine la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso (Art. 2).

b) Una dimensión axiológica que la entiende como principio de optimización de los derechos a la comunicación e información (Art. 16:1), a la educación (Art. 27

y 28), a la salud (Art. 32), y, del derecho de participación (Art. 95); así como de la organización y gestión del territorio, en el caso de las circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas que ejercen competencias de gobierno territorial autónomo (Art. 257); de la educación, por la cual el sistema nacional de educación está obligado a integrar una visión intercultural acorde con la diversidad geográfica, cultural lingüística del país, y el respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (Art. 343, inciso 2); y de las relaciones internacionales (Art. 416:10).

c) Una dimensión responsiva que define como deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: Artículo 83: (2) Ama killa, ama llulla, ama shwa (no mentir, no ser ocioso, no robar, principios de la cosmovisión kichwa). (10) Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales. (14) Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género y la orientación e identidad sexual.

Igualmente reconoce la obligación y responsabilidad del Estado de promover la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales (Art. 83:10); de garantizar la educación intercultural bilingüe que utilice como lengua principal de educación la de la nacionalidad respectiva y el castellano como idioma de relación intercultural (Art. 347:9); la rectoría del sistema a través del órgano competente, con respeto a la libertad de creación y expresión, a la interculturalidad y a la diversidad... (Art. 378); y de velar, mediante políticas públicas permanentes, por la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza histórica, artística, lingüística y arqueológica, de la memoria colectiva y del conjunto de valores y manifestaciones que configuran la identidad plurinacional, pluricultural y multiétnica del Ecuador (Art. 380:1).

d) Una dimensión regulativa, que establece a la interculturalidad como elemento de evaluación del desempeño de las políticas públicas (Art. 156), del desempeño institucional de la Función Electoral (Art. 217, 2^{do} inciso), y del desempeño del régimen de desarrollo (Art. 275, inciso 3), del régimen del buen vivir en educación, salud y vivienda (Art. 340 inciso 2, Art. 358 y Art. 375, p. 3); y, de las relaciones internacionales (Art. 423, p. 4).

Como se puede apreciar, el peso que da la Constitución de Montecristi a la interculturalidad, lejos de ser superficial o formal, es sustancial. La transversalidad que adquiere la interculturalidad²⁶⁹ no deja espacio en la gestión pública que no deba ser abordado desde tal perspectiva, lo que le convierte en un claro criterio de evaluación de la política pública.

III. En cuanto a los derechos de los pueblos y las nacionalidades: la Constitución organiza el tema en tres niveles: a) los principios de aplicación de los derechos, b) el reconocimiento de derechos y, c) la garantía de los derechos.

a) Los principios de aplicación de los derechos atinentes de manera particular a los pueblos y nacionalidades indígenas tienen que ver con la no discriminación por razones de etnia, identidad cultural e idioma y con la obligación del Estado de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. (Art. 11:2 y 7). Tiene que ver también con la cláusula abierta que establece que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no

²⁶⁹ Para SANTOS (2012) el nuevo Estado plurinacional emergente y su componente intercultural no exige simplemente un reconocimiento de la diversidad, sino más bien la celebración de la diversidad cultural y el enriquecimiento recíproco entre las varias culturas en presencia. La opinión de SANTOS ratifica la idea de que la interculturalidad es un espacio de relacionamiento entre el Estado y los pueblos y nacionalidades sobre la base de la diversidad cultural que determina la manera como debe hacer política pública el gobierno.

excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas²⁷⁰, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento (Art. 11:9).

b) En lo que tiene que ver con los derechos, se reconoce una amplia variedad de tipos, los mismos que se desarrollan no solo en el Título correspondiente, sino a lo largo del texto constitucional, relacionados con otros derechos, o a través de principios o instituciones jurídicas, concebidas para hacerlos efectivos. Así:

Derechos del buen vivir: Dentro de esta categoría de derechos se reconoce:

a) Vinculado al derecho humano al agua, en el Régimen de Desarrollo se establece que: la gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria, que los servicios de abastecimiento saneamiento, abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias, y que el Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos (Art. 318).

b) El derecho a la comunicación, por medio del cual, en el Artículo 16 se estipula que todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

- 1) Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.
- 3) La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias. El Artículo 17 manda al Estado a

²⁷⁰ La cláusula abierta no es del todo extraña para el constitucionalismo ecuatoriano puesto que el artículo 158 de la Constitución de 1929, ya establecía que: “La enumeración de garantías y derechos determinados por la Constitución no limita ni excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan del principio de la soberanía y de la forma republicana de gobierno”.

fomentar la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y para el efecto efecto:

- 1) Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias.
- 2) Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación (...). El Artículo 384 determina que el sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana. El sistema se conformará por las instituciones y actores públicos, las políticas y la normativa; y los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él.

c) Derechos culturales: por los cuales se reconoce el derecho de las personas a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia o no a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a ellas. Y como dispositivo jurídico de garantía de los derechos, establece que no se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución (Art. 21). Por otro lado, el Estado reconoce, de manera general, el derecho de las personas a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad (Art. 23). Mientras tanto, el Artículo 25 reconoce el derecho de las personas a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales.

d) Derecho a la educación: Otro derecho de especial relevancia para la Constitución es el de educación, para lo cual, en el Artículo 27 establece que la educación se centrará en el ser humano y deberá garantizar su desarrollo holístico, el respeto a los derechos humanos, a un medio ambiente sustentable y a la

democracia; será laica, democrática, participativa, de calidad y calidez; obligatoria, intercultural, incluyente y diversa. En el Artículo 28 se determina que es derecho y obligación de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus dimensiones étnicas, de género, generacionales, físicas, sexuales y geográficas. En el Artículo 29 se prescribe que la educación potenciará las capacidades y talentos humanos orientados a la convivencia democrática, la emancipación, el respeto a las diversidades y a la naturaleza, la cultura de paz, el conocimiento, el sentido crítico, el arte, y la cultura física. Preparará a las personas para una vida cultural plena, la estimulación de la iniciativa individual y comunitaria, el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. El Artículo 57 reconoce el derecho a: (núm.14) Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna; la administración será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y la rendición de cuentas. El Artículo 343 estipula que el sistema nacional de educación tendrá como finalidad el desarrollo de capacidades y potencialidades individuales y colectivas de la población para la realización del buen vivir, que posibiliten el aprendizaje, y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura. El sistema tendrá como centro al sujeto que aprende y funcionará de manera flexible y dinámica, incluyente, eficaz y eficiente. El sistema nacional de educación integrará una visión intercultural y multiétnica acorde con la diversidad geográfica, cultural y lingüística del país, y el respeto a los derechos de las comunidades, los pueblos y las nacionalidades. El Artículo 348, mientras tanto, determina que la educación pública será gratuita y el Estado la financiará de manera oportuna, regular y suficiente (...) El Estado financiará la educación especial y podrá apoyar financieramente a la educación fiscomisional, artesanal y comunitaria, que

cumplan con los principio de gratuidad, obligatoriedad e igualdad de oportunidades, rindan cuentas de sus resultados educativos y del manejo de los recursos públicos, y estén debidamente calificadas en los términos que señale la ley. Las instituciones educativas que reciban financiamiento público no tendrán fines de lucro.

e) Derecho a la salud: El derecho a la salud se garantiza mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva; el derecho a la salud se rige por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, y enfoque de género y generacional (Art. 32). Mientras tanto, el Artículo 38 manda a que el Estado establezca políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, pueblos y nacionalidades. El Artículo 358, por su lado, establece que el sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional.

f) Para el cumplimiento del derecho al trabajo de las comunidades, pueblos y nacionalidades, el Estado asume la obligación de adoptar medidas específicas a fin de eliminar discriminaciones que les afecten, reconocerá y apoyará sus formas de organización del trabajo, y garantizará el acceso al empleo en igualdad de condiciones (Art. 329).

Los derechos del Buen Vivir representan una noción de constitucionalismo posneoliberal de carácter contrahegemónico, que confrontan las nociones

economicistas hegemónicas del desarrollo centradas en los mercados, en la producción y en las mediciones macroeconómicas, desentendiéndose del desarrollo a escala humana y del desarrollo humano, esto es, desarrollo con calidad de vida, orientado a satisfacer necesidades de diversa índole, como subsistencia, afecto, entendimiento, participación, libertad, identidad, creación, etc. De este modo, el acento está puesto en lo que la gente puede ‘hacer y ser’ más que en lo que puede ‘tener’ (LARREA, 2010, p. 19, también DÍAZ 2010 y ROITMAN, 2010).

Comprendiendo que las sociedades son restricciones y pre-compromisos que se imponen las sociedades para conseguir objetivos deseados –al igual que la soga y la cera demandadas por Ulises para no dejarse seducir de los cantos de sirena–, RAMÍREZ (2010), ve en la noción constitucional de *sumak kawsay* o buen vivir, una constitución posrawsiana y posutilitaria, que añade a las libertades la igualdad de trato, la inclusión social y la igualdad de oportunidades, que sustancialmente propone edificar un bio-igualitarismo republicano que se sustenta en: garantizar los derechos de la naturaleza construyendo una ética biocéntrica, romper las distancias indignas, eliminar el racismo y formas de exclusión, buscar una libertad positiva no dominada –a más de defender la libertad negativa–; considerando, además, ciudadanos/colectivos con responsabilidad republicana; espacios de participación y deliberación; el reconocimiento de vidas plurales; la autorrealización a través del autogobierno y la virtud cívica; y la construcción de un Estado y una sociedad plurinacional, intercultural y no patriarcal.

Así, los derechos del *sumak kawsay* o bien vivir, noción que viene de la cosmovisión kichwa y que representa la buena vida del runa (hombre) que vive en comunidad, se integra como programa de desarrollo a escala humana y del ser humano y de la naturaleza. Las mediciones del desarrollo que se realizan sobre esta noción constitucional reflejan, en consecuencia, dimensiones múltiples de bienestar, más allá del PIB.

Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria: En este grupo de derechos, el Artículo 38 prescribe la obligación del Estado de establecer

políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

En lo que tiene que ver con los derechos de niños, niñas y adolescentes, para este segmento poblacional, y sobre la base del Artículo 44 que determina que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, los niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se aplicará el principio de su interés superior, y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. El Artículo 45 establece que las niñas, los niños y los adolescentes tienen derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades. El Artículo 46, por su lado, considerando algunas prácticas que se dan al interior de las comunidades y pueblos, manda a que el Estado adopte, entre otras medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: (núm.2) Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica (...) El trabajo de los adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral. Por su lado, el Artículo 47 establece que el Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género (...).

Los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria reconocidos constitucionalmente, apuntan a generar una igualdad material y proporcional²⁷¹, no solo mediante políticas de acción afirmativa, sino mediante el desarrollo integral, previniendo prácticas que excluyen a las personas por condiciones no imputables como: discapacidad, etnia, cultura, edad, etc.

Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades: En este Capítulo, se reconoce y garantiza a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, derechos colectivos de distinto tipo. Así:

Derechos de identidad cultural: El Artículo 57 reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, (1) Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. (13) Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto. (16) Recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios. (20) Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.

²⁷¹ El concepto de igualdad, que en su acepción más general significa: igualdad ante la ley, igualdad de trato e interdicción de todo tipo de discriminación, en los hechos ha significado una igualdad abstracta y formal, que el Estado social ha buscado superar mediante una igualdad material que se vaya concretando a través de políticas prestacionales. El constitucionalismo plural asume que no son suficientes las nociones de igualdad formal o igualdad material para alcanzar justicia social sino que se requiere además de un tipo de igualdad proporcional que sustente tratos diferentes para los diferentes: grupos vulnerables (niños, niñas, adolescentes, discapacitados, etc.) y pueblos indígenas. Aunque se debe aclarar que el trato diferente, en el primer caso, tiene que ver con una política de discriminación positiva, mientras en el segundo caso tiene que ver con el ejercicio de la autonomía de los pueblos y nacionalidades.

De igual manera, para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 58). Mientras el Artículo 59, reconoce los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con ley.

Complementariamente, el Artículo 377 determina que [el] sistema nacional de cultura tiene como finalidad fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. El Artículo 379:1, establece que [s]on parte del patrimonio cultural tangible e intangible relevante para la memoria e identidad de las personas y colectivos, entre otros: las lenguas, formas de expresión, tradición oral y diversas manifestaciones y creaciones culturales, incluyendo las de carácter ritual, festivo y productivo.

Los derechos de identidad, así como los valores y principios que desarrolla la Constitución para fortalecerlos, promoverlos y protegerlos, los asumen no solo como un inventario de rasgos y expresiones culturales, sino como formas de vida, cosmovisiones del mundo y comunidades de sentido.

El núcleo del derecho a la identidad se aloja en su dimensión de pueblo, asumiendo una noción de diferenciación étnico-cultural, no como 'grupo humano no-europeo', 'no-occidental' y por consiguiente indígena sino, en los términos de BARTH (1976), como grupo humano que se reconoce diferente de los demás, por lo que la identidad étnica no se define por la posesión compartida de un conjunto estable de rasgos objetivos sino por una dinámica de interrelaciones y correlaciones en donde en última instancia solo la conciencia subjetiva de ser

diferente es un elemento insustituible. En este sentido, solo hay grupos étnicos o identitarios en situaciones de contraste o de alteridad con el 'otro'.

Derechos territoriales: el Artículo 57 reconoce el derecho a: (número 4) [c]onservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. (número 5) [m]antener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. (número 11) [n]o ser desplazados de sus tierras ancestrales. (número 21) limitación de las actividades militares en sus territorios, conforme a la ley.

Vinculado a los derechos territoriales, en cuanto a la división y manejo territorial se dispone que [l]os pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura, lo que estará regulado mediante ley, así también se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial (arts. 60 y 257). Para el Artículo 242, la división territorial por razones de conservación ambiental, étnico culturales o de población constituye regímenes especiales. El Artículo 248 reconoce a las comunidades, comunas, recintos, barrios y parroquias urbanas, la propiedad colectiva de las comunas ancestrales. Mientras el artículo 249 dispone que los cantones cuyos territorios se encuentren total o parcialmente dentro de una franja fronteriza de cuarenta kilómetros, recibirán atención preferencial para afianzar una cultura de paz y el desarrollo socioeconómico, mediante políticas integrales que precautelen la soberanía, biodiversidad natural e interculturalidad, remitiéndose a la ley su regulación.

Derecho de consulta y participación: Las disposiciones relativas a consulta y participación se refieren al reconocimiento que hace el Artículo 57 a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, a: (número 7) La consulta previa, libre e

informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (núm.17) Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Derechos de organización y ejercicio de la autoridad: En cuanto al tema, el Artículo 57 contempla el reconocimiento y garantía para: (núm. 9) Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. (núm.15) Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización. (núm.16) Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.(...). (núm. 19) Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que están divididos por fronteras internacionales.

Como bien se puede apreciar, los derechos de propiedad que reconoce la Constitución a los pueblos indígenas adquieren dimensiones de territorialidad, por la autonomía que ejercen dentro de sus tierras comunitarias o ancestrales. Para promover y proteger la propiedad o posesión colectiva, el Estado establece excensiones tributarias y limita el desarrollo de actividades militares; y para propiciar su consolidación como pueblo, contempla la creación de circunscripciones territoriales indígenas con regímenes propios (especiales). No

obstante, hasta el momento no ha sido posible concretar ninguna división territorial en este sentido, no solo por las dificultades normativas y procesales sino porque, en su mayoría, las comunidades indígenas están atravesadas por población mestiza.

Derecho al conocimiento propio: La Constitución da especial importancia a los conocimientos de pueblos y nacionalidades para el desarrollo de la ciencia y la tecnología. Así, el Artículo 57 reconoce y garantiza el derecho a: (12) Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

Complementariamente, el Artículo 322, reconoce la propiedad intelectual con arreglo y en las condiciones de Ley. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre conocimientos colectivos: ciencias, tecnologías, y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro biodiversidad. El Artículo 385, determina que [el] Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad: (núm.2) Recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales. El Artículo 387, Será responsabilidad del Estado: (núm.2) Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al *sumak kausay*. (núm. 4) Garantizar la libertad de creación e investigación en el marco del respeto a la ética, la naturaleza, el ambiente, y el rescate de los conocimientos ancestrales. El Artículo 388 manda que el Estado destine los recursos necesarios para la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación, la formación científica, la recuperación y desarrollo de saberes ancestrales y la difusión del conocimiento. El Artículo 402 prohíbe el otorgamiento

de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional. Finalmente, el Artículo 281, considerando que la soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico de la sociedad ecuatoriana, obliga al Estado a: (núm. 6) Promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales vinculados a ella; así como el uso la conservación e intercambio libre de semillas.

En este punto, la Constitución es particularmente cuidadosa tanto de proteger el derecho al conocimiento propio como de resguardarlos de la frecuente apropiación que hacen especialmente empresas transnacionales de biodiversidad, medicina y agroquímicos, problema que durante décadas viene siendo denunciado.

Lo importante de este conjunto de normas es que comprometen de manera clara y puntual la actuación del Estado para la recuperación, fortalecimiento y promoción, tanto por vías normativas como institucionales.

Derecho al uso y acceso a recursos naturales: El derecho al uso y acceso a recursos naturales, de especial relevancia para las comunidades, pueblos y nacionalidades dada la dependencia que tienen la mayoría de ellas sus tierras y territorios, es considerado por la Constitución como un derecho de participación, así lo establece el Artículo 57, que reconoce como derecho colectivo: (6) Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. (8) Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

Es también importante en este tema considerar que el Artículo 317 determina que [l]os recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de

regalías u otras contribuciones no tributarias, y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos ambientales, culturales, sociales y económicos.

Las normas referidas entienden el ejercicio del derecho al uso y acceso de los recursos naturales como derecho restringido a la reserva que hace el Estado del patrimonio de dichos recursos. Esto hace que este derecho se encuentre siempre en tensión con el desarrollo de actividades económicas en las áreas indígenas.

Como se conoce, la explotación de recursos naturales en territorios indígenas plantea algunos problemas jurídicos que involucran, por un lado, la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades que sobre ellas se asientan; y por otro lado, la posibilidad de confrontación de dos derechos que involucran principios de interés general. Sobre esto último, los conflictos entre interés general y otros interés jurídicamente protegido en calidad de derecho fundamental ameritará ser resueltos de tal manera que la protección de uno no justifique la violación del otro, a pretexto de sacrificar los derechos de unos pocos en beneficio del interés de todos.

Racismo, esclavitud y no discriminación: El Artículo 19, segundo inciso, prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos. El Artículo 57 reconoce el derecho a: (2) No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural. (3) El reconocimiento, reparación y resarcimiento de las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación. Dentro de los derechos de libertad, el Artículo 66 reconoce y garantizará a las personas: (3. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia (...); idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. (4) El derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. El numeral 29 del mismo Artículo 66 determina que los derechos de la libertad también incluyen: b) La

prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y otras formas de violación de la libertad.

Las numerosas referencias a la prohibición de la esclavitud tienen una clara finalidad de prevenir las distintas modalidades contemporáneas de esclavitud y de dominación que se expresan en diversas formas de trabajo, racismo, violencia, por ejemplo. El interés que pone la Constitución en este tema, confirma el compromiso del Estado con la promoción y garantía de una convivencia social que coloque en primer plano la dignidad humana.

Pueblos en aislamiento voluntario: Respecto de los pueblos indígenas que no mantienen contacto con la sociedad nacional, la Constitución asume que dicha condición es consciente y voluntaria por parte de esos grupos humanos, y que por la relevancia cultural y el respeto a la diversidad, el Estado respeta dicha condición y reconoce, en el Artículo 57, segundo inciso, que: Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada toda actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de genocidio y etnocidio.

Como se ve, las previsiones que toma la Constitución en el caso de los pueblos en aislamiento voluntario comprometen a las políticas públicas y también a los particulares, en el resguardo de dichos pueblos, entendiendo su grado de vulnerabilidad étnico-cultural y física, frente al avance de la civilización occidental en sus territorios.

Derechos de libertad: El Artículo 66:28 reconoce y garantizará a las personas [el] derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener un nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar,

desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

Vale recalcar que todos los demás derechos constitucionales son aplicables a las personas, pueblos y nacionalidades, sin embargo, al tratar sobre los derechos de libertad, la Constitución vuelve a ratificar la importancia de la protección del derecho a la identidad individual y colectiva.

Derechos de la naturaleza: Respecto de este temas, se cuenta con algunas disposiciones que establecen que: (Art.71, inciso 2) Toda persona, comunidad, pueblo, o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. El Artículo 72, al establecer que la naturaleza tiene derecho a la restauración, a continuación determina que esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectividades que dependan de los sistemas naturales afectados. El Artículo 74 determina que **las** personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

Complementariamente y derivado de los derechos de la naturaleza atinentes a los pueblos y nacionalidades, en el Artículo 394 se reconoce como principio ambiental, entre otros: (núm. 3) la garantía a la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales. El Artículo 403 determina que el Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza. El Artículo manda a que **las** comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas

participarán en su administración y gestión. El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema.

El novedoso derecho de la naturaleza, entendido como derecho sin sujeto, constituye uno de los mayores desafíos para el garantismo constitucional, dado que tiene un espacio privilegiado para desarrollar principios y criterios de interpretación que hagan viable este tipo de derecho. No obstante, han comenzado a definirse algunos principios que representan pequeños pasos para su resguardo, entre los que podemos mencionar: el principio de justiciabilidad y exigibilidad directa de los derechos de la naturaleza, que es consecuencia lógica del reconocimiento constitucional; el principio de integralidad de los derechos humanos y los derechos de la naturaleza, que afirma que los daños a la naturaleza pueden provocar impactos sobre los ecosistemas naturales pero también sobre los seres humanos; el principio de precaución intergeneracional, que define que los daños ambientales por su magnitud repercuten no solo en la generación actual sino que sus efectos impactan a las generaciones futuras; la extensión del principio de inversión de la carga de la prueba a todos los ámbitos relacionados con la justicia ecológica, y el principio de concurrencia de derechos que implica superar la visión de los derechos en una antinomia normativa entre derechos del hombre y derechos de la naturaleza.

Derechos de protección: El Artículo 76, núm. 7, establece el derecho a la defensa, que incluirá, entre otras garantías: (f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento²⁷². (i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. Mientras el Artículo 77 determina que: En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán, entre otras garantías básicas: El núm 7, establece que el derecho de toda persona a

²⁷² Este derecho también puede ser aplicable a extranjeros.

la defensa incluye: (a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

Los derechos de protección aseguran el debido proceso en las causas judiciales pero también el trato diferenciado por cuestiones culturalmente definibles. Por esta vía, se busca garantizar el acceso a la justicia, deuda de vieja data del Estado nacional.

Régimen de Desarrollo: En el Capítulo que trata sobre el trabajo y la producción se reconoce las diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas (Art. 319). Así también, se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad, en sus diversas formas: pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta; formas que siempre deberán cumplir su función social y ambiental (Art. 321). En la sección de las formas de trabajo y su retribución, el segundo inciso del Artículo 329 determina que para el cumplimiento del derecho al trabajo de las comunidades, pueblos y nacionalidades, el Estado adoptará medidas específicas a fin de eliminar discriminaciones que los afecten, reconocerá y apoyará sus formas de organización del trabajo, y garantizará el acceso al empleo en igualdad de condiciones.

Inclusión y equidad: En el Título que trata del Régimen del Buen Vivir, el Artículo 341 establece: El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de su vida, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud, o de discapacidad.

En estos dos últimos temas se puede corroborar que la Constitución de Montecristi no deja un solo espacio relevante de la vida social y política sin imprimir el carácter intercultural del Estado ecuatoriano. Esto tiene, por lo tanto y consecuentemente, implicaciones concretas tanto en el carácter de las políticas públicas, como en la evaluación que desde el punto de vista jurídico se haga de ellas; para lo cual, la Constitución también dedica tiempo y espacio al momento de establecer garantías jurisdiccionales apropiadas para ello.

Garantías jurisdiccionales: En lo que tiene que ver con las garantías constitucionales, el Capítulo tercero del Título II, establece que las garantías jurisdiccionales se regirán por determinados principios, entre los que se contempla que: Cualquier persona, grupo de personas, nacionalidad o pueblo podrá proponer las acciones previstas en esta Constitución (Art. 87:1).

Para garantizar la participación y organización del poder el Artículo 95 establece que [l]a participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad(...) La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, se ejerce a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

En cuanto a las garantías institucionales, el artículo 156 establece que: Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos participarán en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley (...). Mientras tanto, el Artículo 157 determina que: Los consejos nacionales de igualdad se conformarán de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y del Estado. Estarán presididos por quien represente a la Función Ejecutiva. Se regulará su estructura, funcionamiento y la forma de integración de sus miembros de

acuerdo con los principios de alternabilidad, participación democrática, inclusión y pluralismo. Por último, la Disposición Transitoria Sexta establece que: Los consejos nacionales de niñez y adolescencia, discapacidades, mujeres, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, se constituirán en consejos nacionales para la igualdad, para lo que adecuarán su estructura y funciones a la Constitución.

En lo que tiene que ver con las garantías de políticas públicas, el Artículo 85 prescribe que: La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: (1) Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. (3) En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Por último, también el ámbito de las relaciones internacionales está marcado por la visión intercultural del Estado, así, el Artículo 416 determina que: Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y se orientará por los siguientes principios: (5) Reconoce los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los Estados, en especial el de promover mecanismos que expresen, preserven y protejan el carácter diverso de sus sociedades, y rechaza el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación. (10) Promueve la conformación de un orden global multipolar con la participación activa de bloques económicos y políticos regionales, y el fortalecimiento de las relaciones horizontales para la construcción de un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural.

En lo que tiene que ver con la integración latinoamericana, el Artículo 423 prescribe que: La integración latinoamericana y del Caribe tendrá como

prioridades: (1) Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.

Como se puede apreciar, la Constitución de Montecristi elabora una estructura compleja de principios, derechos, garantías, instituciones y mecanismos para hacer efectiva la plurinacionalidad e interculturalidad, que abarca todos los ámbitos, dimensiones y niveles del Estado. Esta estructura no se limita al reconocimiento de la diferenciación étnico-cultural, como ocurría en el modelo multiculturalista, sino que diseña un tipo de Estado.

Dada la vocación republicanista que tiene la Constitución, ningún mecanismo, excepto el de conformación de los Consejos de Igualdad²⁷³ –uno de los cuales es el Consejo de Igualdad de los Pueblos y Nacionalidades–, crea representaciones de naturaleza funcional. Los principios, derechos e instituciones jurídicas crean condiciones permanentes y estables, institucionalizadas y universales de convivencia social y política en la diversidad, eso diferencia de los modelos clásico y multiculturalista ensayados en épocas anteriores.

Las debilidades del Estado plurinacional e intercultural, no obstante, debemos encontrarlas, más que nada, en las condiciones de existencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto es, en el grado de control –o de protección–, frente a las élites locales y globales; en el nivel de apropiación que hagan las personas y los colectivos de los mecanismos de participación y control social del poder público y de los mecanismos jurídicos de protección de sus derechos; en el fortalecimiento de las instituciones políticas que democratizen los mecanismos de representación política; y en las posibilidades objetivas que

²⁷³ Integrados con una partidad de miembros entre el sector público y las organizaciones sociales.

adquiera el Estado para desarrollar capacidades objetivas para superar el modelo de economía primaria y reducir la dependencia de la economía interna a la economía transnacional.

En términos de contenciosidad, del conjunto de derechos, probablemente, el derecho al uso y acceso a los recursos naturales es el que enfrenta un mayor grado de disputa, dado que, paradójicamente, también reviste gran importancia para el Estado central –por la articulación de intereses que tiene que hacer en estos temas–, para la economía pública –en vista de la estructura primaria de la economía nacional–, y para sectores privados –que tienen intereses en las áreas de hidrocarburos, minería, forestal, turismo y bio-investigación, fundamentalmente.

El derecho a ser consultados, que también se encuentra en el centro de las aspiraciones políticas de los pueblos y nacionalidades, es igualmente disputado por parte de las organizaciones indígenas, especialmente en lo que tiene que ver con los mecanismos y los medios de implementación de las consultas sobre políticas públicas y sobre legislación secundaria, que dicho sea de paso, es el único país suscriptor del Convenio 169 de la OIT, que cuenta con normas y mecanismos concretos de consulta pre-legislativa²⁷⁴.

Dicha disputa tiene que ver con la falta de conformidad que expresan las organizaciones indígenas frente a los procedimientos de consulta y, sustancialmente, a la falta de poder vinculante que tienen sus resultados. En todo

²⁷⁴ Que por primera vez fue desarrollado en la sentencia 001-10-SIN-CC, de la Corte Constitucional del Ecuador. Posteriormente la Asamblea Nacional aprobó la Ley Orgánica de Consulta Prelegislativa a Comunas, Comunidades, Pueblos y Nacionalidades del Ecuador, vigente a partir de 16 de mayo de 2012. Luego, el 31 de julio de 2012, la Asamblea Nacional emitió el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa. Al amparo de estas normas, se han realizado consultas sobre los proyectos de Ley de culturas (septiembre de 2012), Ley de Aguas (cuyo proceso se abrió el 14 de septiembre de 2012), Ley de Tierras (cuya convocatoria se realizó el 5 de marzo de 2015), Código Orgánico de Ambiente (iniciado el 11 de noviembre de 2015), Código de Ingenios –Código de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (iniciado el 23 de enero de 2016), que aún está en curso.

caso, al amparo del Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, esta debe realizarse bajo los principios de: oportunidad, plazo razonable, buena fe, interculturalidad y plurinacionalidad, información veraz y suficiente y autonomía. En términos procedimentales, debe realizarse en cuatro fases, a saber: fase de preparación; fase de convocatoria pública, fase de realización de la consulta y fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa. En cada una de estas fases se activan diferentes niveles de decisión y de coordinación entre distintos entes estatales para garantizar su efectiva realización.

Vale mencionar que pese a que la consulta no tenga un carácter vinculante para el poder público es, sin embargo, un serio compromiso que el Estado y la sociedad asumen con el actual Estado constitucional de derecho y justicia, plurinacional e intercultural.

Un último tema que hace parte del Estado plurinacional e intercultural es el referente al derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas y a las facultades –esto es, la habilitación– de las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas para administrar justicia. Tema que merecerá un análisis particular en el tercer y cuarto subtema del presente Capítulo.

No obstante, es necesario adelantar que el reconocimiento del derecho a ejercer su propia justicia tiene una clara referencia en el derecho internacional de los derechos humanos.

Así, el Artículo 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado el 27 de junio de 1989, establece que, respecto de los pueblos indígenas y tribales, la legislación nacional tomará en cuenta sus costumbres o su derecho consuetudinario; que dichos pueblos deben tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; que siempre que sea

necesario, se establecerán procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Los Artículos 9 y 10, referidos a la justicia penal, señalan que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Por su lado, el Artículo 4 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de junio del 2006, reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Complementariamente, el Artículo 45:2, establece el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, en el ejercicio de los derechos enunciados en la declaración, sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley, con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Dispone, por tanto, que esas limitaciones no serán discriminatorias y respeten los derechos y libertades de los demás.

El esquema de los derechos y las garantías de los derechos de personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, por consiguiente, representa una arquitectura jurídica que diseña las condiciones apropiadas para una convivencia respetuosa en el Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural.

1.3. Acceso a la justicia y pueblos indígenas

Avanzando en el análisis del componente jurídico de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, y una vez que hemos sostenido que estos no se limitan al reconocimiento de derechos sino que instituyen una forma de relacionamiento entre Estado y pueblos indígenas de naturaleza intercultural, estructural y universal, corresponde hacer alusión a los principios de la administración de justicia que la Constitución contempla para el cumplimiento de deberes y el ejercicio de atribuciones dentro de la Función Judicial, dado que el acceso a la justicia es un mecanismo para garantizar los derechos de libertad, debido proceso, trato justo y decisiones en justicia de todos los ciudadanos, pero muy especialmente de los ciudadanos indígenas, que históricamente se han visto relegados de dicho acceso o no han recibido un trato adecuado y justo cuando han sido sometidos a la justicia ordinaria

En este sentido, el Artículo 168 contempla como principios de la administración de justicia: (1) la independencia interna y externa de los órganos de la Función Judicial; (2) la autonomía administrativa, económica y financiera de la Función Judicial; (3) la prohibición de desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria en virtud de la unidad jurisdiccional, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución; (4) la gratuidad del acceso a la administración de justicia; (5) la publicidad de los procesos judiciales en todas sus etapas, salvo los casos expresamente señalados en la ley; (6) la oralidad de los procesos judiciales en todas las materias, instancias, etapas y diligencias, aplicando los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Adicionalmente, el Artículo 169 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y sus normas consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, haciendo efectivas las garantías del debido proceso, sin que se sacrifique la justicia por la sola omisión de formalidades.

La importancia de tener presente estos principios de acceso a la justicia radica en tres cuestiones: 1) que por tratarse de principios universales, varios de estos, como el principio de publicidad, gratuidad, simplificación, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, podrían eventualmente servir de criterio de evaluación dentro de un proceso de control constitucional de la justicia indígena, siempre que sean adecuadamente contextualizados e interpretados en clave cultural. 2) que pese a la vigencia de la justicia indígena, una buena parte de la realización efectiva de los derechos pasa por las decisiones que se toman dentro del sistema ordinario de justicia; considerando, además, que el sistema ordinario de justicia tiene obligaciones expresas tanto frente a la justicia indígena, como frente a casos que se encuentren en su conocimiento e involucren a personas pertenecientes a pueblos y nacionalidades. Y, 3) que en un espacio de relacionamiento cultural encaminado a la coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, dichos principios podrían colocarse como elementos de diálogo –no de imposición–, a más de los que pudiesen colocar los pueblos y nacionalidades (como los principios del comunitarismo, la reciprocidad, la armonía, o la renuncia mutua, por ejemplo²⁷⁵) para posibilitar la determinación de potentes principios interculturales que fortalezcan ambas justicias. Siendo este último elemento fundamental para el proceso de construcción dialógica y participativa del Estado plurinacional e intercultural.

Para una plena garantía del derecho de acceso a la justicia, también es importante resaltar dos de los principios de aplicación de los derechos humanos que la Constitución ecuatoriana establece, que deberán ser contemplados por los operadores jurídicos, en especial por los jueces que conocen causas que involucran personas indígenas: 1) la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; y 2) que en materia de derechos y garantías constitucionales, las

²⁷⁵ Que en la literatura antropológica jurídica se dan cuenta como principios articuladores y organizadores de orden interno de los pueblos indígenas.

servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (Art. 11:3 y 5). Esto quiere decir que al juez le corresponde indagar y determinar cual y en donde se encuentra la norma más favorable para la efectiva vigencia de un derecho; la misma que puede encontrarse en el propio cuerpo constitucional o eventualmente en algún instrumento internacional de derechos humanos. Por esta vía interpretativa, al tiempo que realiza el control de constitucionalidad, el juez garantista ejecuta el control de convencionalidad.

Por otro lado, para el acceso a la justicia, el derecho internacional de los derechos humanos se ha preocupado por desarrollar estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar la vulneración de los derechos fundamentales. Estos estándares que sirven también para evaluar los sistemas de justicia nacionales, en nuestro caso, sirven además, para determinar el instrumento jurídico que contiene el mayor grado de protección de los derechos, que en unos casos puede ser una norma interna y en otros casos una norma internacional de derechos humanos.

Revisando brevemente cuales son estos estándares de acceso a la justicia, recalquemos primeramente que en la actualidad ya casi nadie argumenta que la obligación de los Estados es solo negativa, dada la responsabilidad que estos tienen de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos –y los colectivos, colectividades, pueblos y nacionalidades, en el caso ecuatoriano–, puedan acceder a esos recursos.

Los parámetros establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁷⁶, tienen que ver, entre otros, con: 1) La obligación de los Estados de remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impidan o limiten el

²⁷⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos*.

acceso a la justicia. 2) La obligación estatal de proveer la prestación de servicios legales gratuitos orientados a facilitar su acceso a instancias judiciales de protección y a una mayor difusión de información sobre recursos dentro del sistema de justicia y sobre sus derechos. En este sentido, los costos procesales, la localización de los tribunales y las condiciones y modos en que se ofrece el servicio inciden de manera directa en el ejercicio del derecho a acceder a la justicia, en especial, si se trata de personas que pertenecen a grupos sociales en situación de exclusión sistemática.

En derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas, derechos de los inmigrantes y derechos vinculados a la protección del ambiente, tanto la CIDH como la Corte IDH han gestado claros estándares relativos a: 1) La plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos que contempla: la notificación previa sobre la existencia misma del proceso; la garantía de una audiencia para determinar los derechos en juego; el derecho a ser asistido jurídicamente; a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y evacuar las correspondientes pruebas. Asuntos estos por demás importantes dado que la vigencia de tales derechos pasa, en mucho, por la calidad de los servicios públicos. 2) Regular y restringir la discrecionalidad estatal, entendiendo que la labor de la administración posee límites concretos y que, entre ellos, se encuentra el respeto de los derechos humanos. 3) Trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación, en especial en lo atinente a población vulnerable. 4) El derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto y la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa; la existencia de un derecho al plazo razonable; el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas y el alcance que debe tener esta revisión, que debe ocuparse de realizar al menos la supervisión esencial de la legalidad y racionalidad de las decisiones de la Administración, a fin de acatar las garantías consagradas en la Carta Americana de Derechos Humanos. 5) El principio de igualdad de armas, muy

importante en tanto el tipo de relaciones reguladas por los derechos sociales suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes de un conflicto -trabajadores y empleadores, hombre y mujeres, mestizos e indígenas- o entre el beneficiario de un servicio social y el Estado prestador del servicio. Esa desigualdad suele traducirse en desventajas en el marco de los procedimientos judiciales. En este tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ha remarcado que las particulares circunstancias de un caso pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos a fin de asegurar un juicio justo, lo que incluye, advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

En aplicación del Artículo 25 de la Convención que establece el deber estatal de crear un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección y garantía de los derechos humanos, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han identificado la necesidad de proveer medidas procesales que permitan el resguardo inmediato e incluso cautelar o preventivo de los derechos sociales, a pesar de que el fondo de la cuestión pueda llegar a demandar un análisis más prolongado en el tiempo²⁷⁷. La sencillez, rapidez y efectividad de estas medidas, tienen que ver con la urgencia con que se los atienda, la informalidad, accesibilidad y tramitación por órganos independientes; deben tramitarse como recursos individuales y como acciones cautelares colectivas a fin de resguardar los derechos de un grupo determinado o determinable; debe garantizar una legitimación activa amplia a su respecto; ostentar la posibilidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor

²⁷⁷ Acciones como el otorgamiento de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, por cierto, han causado más de un conflicto ente este Organismo y los Estados miembros, dado que estos últimos consideran que se atribuye de manera ilegítima dicha facultad.

de parcialidad en el actuar de la justicia local y, debe prever la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados.

Como criterio fundamental para el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han reconocido la necesidad de tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, no solo en su dimensión individual, sino también en su dimensión colectiva, para lo cual se han delineado estándares sobre los mecanismos de tutela judicial tendientes a garantizar el litigio colectivo y especialmente, en relación con el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo.

En una breve evaluación de los mecanismos de acceso a la justicia contemplados en la Constitución de Montecristi verificaremos el grado de apego que esta tiene a los estándares de acceso a la justicia desarrollados por el SIDH; pero, además, advertiremos que para la instauración de un sistema plural de acceso a la justicia, esto es, de un sistema basado en el pluralismo jurídico, los estándares internacionales quedan insuficientes. Corresponde, por tanto, a los Estados plurinacionales con pluralismo jurídico, desarrollar estándares propios y apropiados para asegurar el acceso a la justicia en cada sistema de justicia, así como en los espacios de interlegalidad que se generan cuando coexisten dos sistemas de justicia autónomos.

En este sentido, es el Código Orgánico de la Función Judicial, vigente desde el 9 de marzo de 2009, el instrumento jurídico que actualiza y ajusta el ejercicio jurisdiccional y la institucionalidad judicial a los mandatos de la Constitución de Montecristi, a las normas y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al pluralismo jurídico.

En este último tema, el Artículo 7:2, referido al principio de legalidad, jurisdicción y competencia, establece que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales reconocidas en la Constitución y la ley.

Por otro lado, los Artículos del 343 al 346 del mismo cuerpo orgánico, prescribe los asuntos referentes a las relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria, así como el ámbito de la jurisdicción indígena, los principios de la justicia intercultural, la declinación de competencia y la promoción de la justicia intercultural.

En cuanto a los principios de la justicia intercultural, el Artículo 344 establece los siguientes que serán observados en las actuaciones y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos en los procesos. Por la importancia, los transcribimos a continuación:

Diversidad. Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

Igualdad. La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropológicos y especialistas en derecho indígena;

Non bis in ídem. Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de la causa a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

Pro jurisdicción indígena. En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

Interpretación intercultural. En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales,

interpretará interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Estos principios ofrecen importantes estándares para garantizar el acceso a la justicia en clave cultural. No obstante de ello y en la práctica, el desconocimiento de la justicia indígena, la opacidad –esto es, la no comprensión– acerca de lo que es o no es derecho indígena²⁷⁸, al igual que la no comprensión por parte de las personas indígenas involucradas en procesos litigiosos del derecho ordinario, vienen dificultando la aplicación de dichos principios de justicia intercultural, pudiendo verificarse pocos casos en los que los jueces ordinarios declinan competencia ante la autoridad indígena y casos más frecuentes en los que los jueces desoyen no solo su obligación de declinación de competencia sino también otros principios como el de garantizar un traductor o asegurar la debida comprensión del proceso por parte de los involucrados indígenas.

²⁷⁸ El mayor problema que acarrea esta falta de comprensión y conocimiento de la justicia indígena es la asimilación de esta con la denominada justicia por mano propia, los linchamientos y otras modalidades de justicia directa, en las que no media ningún tipo de proceso ni norma sino solo la respuesta ciega de la gente que se siente afectada por un hecho determinado. Reviste mayor gravedad cuando ese desconocimiento radica en alguna autoridad pública. Así, en el 2009, el entonces Fiscal General de la Nacional, frente a más de 10 casos de linchamiento que ocurrieron en zonas rurales del país, se pronunció públicamente diciendo: “Yo no admito que a través de la Justicia indígena se torture de la forma más cruel a los seres humanos”. Más adelante decía “[es] ‘penoso’ que estos hechos se transmitan a través de medios de comunicación. Me fastidian las imágenes que transmiten estos hechos”. El fastidio que le provocaba a dicha autoridad pública, expresa un severo desconocimiento acerca de lo que es o no es la justicia indígena, y un racismo institucional igualmente grave, que aún es muy frecuente en la sociedad (Diario *HOY*, 2009).

2. Supremacía, interpretación y garantías del orden de los derechos: el amparo frente a decisiones judiciales

En este punto revisaremos la estructura de los conceptos jurídicos de supremacía de la constitución, interpretación constitucional, garantías constitucionales y órgano de control constitucional determinados en la Constitución de Montecristi, con el fin de comprender la manera como se encuentran garantizados los derechos constitucionales –entre ellos los derechos indígenas–, ya sea desde una perspectiva normativa, una perspectiva instrumental, una perspectiva axiológica o una perspectiva institucional.

Este recorrido analítico nos llevará a concluir este punto con un análisis de la garantía de amparo frente a decisiones judiciales, que la Constitución de Montecristi denomina como ‘acción extraordinaria de protección’. Este será, por tanto, el antecedente para revisar y alcanzar una mayor comprensión, en el siguiente punto, de lo que es la ‘acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena’.

La importancia de esta revisión tiene que ver con el hecho de que el control constitucional de la justicia indígena hace parte de un tipo de Constitución y de un esquema garantista que responde a un Orden constitucional específico, distinto del constitucionalismo tradicional ecuatoriano, que posee determinados contenidos a los que se debe atribuir un valor específico²⁷⁹, que es, precisamente, lo que debe ser protegido y garantizado en función del Orden.

2.1. El concepto de supremacía en el constitucionalismo ecuatoriano

El concepto de supremacía de la Constitución tiene un papel central en el constitucionalismo, ya se entienda a este en sentido amplio o restringido o en

²⁷⁹ DOGLIANI, *citado en* COMANDUCCI (2007).

sentido fuerte o débil (COMANDUCCI, 2002); o sea que se conciba a la Constitución en un carácter normativo, nominal o semántico (LOEWESTEIN, 1986).

No obstante, lo que caracteriza al constitucionalismo contemporáneo es la tendencia a constitucionalizar el ordenamiento jurídico, entendido, desde GUASTINI (2005), como proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales, al punto de caracterizarse por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto al legislador como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.

En la tradición constitucional ecuatoriana, el concepto de supremacía de la Constitución tenía un carácter nominal, en el sentido de que siendo jurídicamente válida, la dinámica del proceso político no se adaptaba a sus normas, careciendo de realidad existencial (LOEWESTEIN, 1986).

El concepto de supremacía de la Constitución²⁸⁰ tuvo que ver, básicamente, con la obligatoriedad del Presidente de la República de prestar juramento de fidelidad de la Constitución²⁸¹, así como con la obligación que este tiene de no infringir la Constitución²⁸², de cumplir con la Constitución²⁸³, de velar por la observación de la Constitución²⁸⁴, o con la prohibición de atentar contra el TGC²⁸⁵.

²⁸⁰ Solo las constituciones de 1897, 1929, 1945, 1967, 1979, 1998 y 2008, contemplan de manera expresa un apartado referente a la supremacía de la Constitución.

²⁸¹ Las constituciones que manda de manera expresa al Presidente de la República a prestar juramento de fidelidad a la Constitución, son las de 1830, 1835, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1879, 1929, 1945, 1946.

²⁸² Constituciones de 1835, 1945, 1946.

²⁸³ Constituciones de 1845, 1851, 1852, 1861, 1878, 1945, 1946. Esta última Constitución establece, además, la obligación de todos los habitantes del territorio nacional, de respetar y obedecer la Constitución (art. 159).

²⁸⁴ Constituciones de 1851, 1906, 1929, 1946.

²⁸⁵ Prevista en la Constitución de 1945.

La interpretación vinculante de la Constitución estuvo en manos del Legislativo en todas las Constituciones, a excepción de la del 2008 que finalmente pone esta tarea en manos de la Corte Constitucional, extrayéndola del ámbito político y optando por un verdadero sistema judicial de control constitucional; como lo veremos más adelante.

Tardíamente, en la Constitución de 1979 se establece que la Corte Suprema podrá declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución, con efecto para las causas materia de su pronunciamiento (Art. 138); lo que en las reformas constitucionales de 1984 se amplía esta facultad al Tribunal Fiscal y al Tribunal Contencioso Administrativo, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. En tales casos, la respectiva Sala informa al Tribunal de la Corte Suprema y este hace conocer al TGC. A su vez, el TGC suspenderá, total o parcialmente, los efectos de las leyes que fueren inconstitucionales por la forma o por el fondo. En las reformas de 1993 se especifica que la declaración de inaplicabilidad no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronunciare, con la obligación del Tribunal o la Sala de presentar un informe para que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resuelva en última y definitiva instancias (Art. 141). Por su lado, la Constitución de 1998 vuelve a la idea de que frente a la inaplicación de un precepto por inconstitucional, el juez, tribunal o sala presentara un informe para que el TC resuelva con carácter general y obligatorio; así como establece la interpretación de conformidad con el principio de jerarquía y la obligación de aplicar la Constitución aunque las partes no lo invoquen.

Rompiendo de manera radical con la tradición acá descrita, el constituyente de Montecristi, adopta un modelo axiológico de Constitución concebida como norma, entendido este desde el concepto de COMANDUCCI (2007, p. 127), como “un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales (es decir fundamentes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a

las otras reglas), [que poseen] determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico”. Constitución como norma fundada en su contenido, no en su expresión documental, lo que le otorga un valor en sí.

En esta dimensión normativa, el concepto de supremacía está orientado a sujetar al poder público –también a los poderes privados y a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades–, e incluso a la democracia, al Orden constitucional; a constituir a la Constitución como fuente del Derecho y a determinar no solo reglas sino también principios de optimización de los actos del poder público. La concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder, esto es, con la adaptación y sometimiento de este a las normas de la constitución, que a criterio de LOEWESTEIN representa el criterio ontológico en una constitución normativa, no es un hecho sociológico –o no solo es un hecho sociológico–, en donde los actos y las acciones están libradas al juego social; es un hecho normativo en donde, mediante diversos dispositivos institucionales, legislativos, jurisdiccionales o de políticas públicas, el juego social se ve compelido, se ve sujeto a dicho concepto de supremacía de la Constitución.

En tal sentido, la Constitución de Montecristi, opta por brindar suficientes dispositivos jurídicos que actúan como salvaguardas para asegurar de manera material la supremacía de la Constitución mediante los Artículos 424 al 426 que, precisamente, consagran dicha supremacía como medio para alcanza la eficacia jurídica, colocan a las normas constitucionales en la cúspide de la jerarquía normativa y tornan vinculantes sus normas a todas las personas, autoridades e instituciones, ordenando que serán aplicables directamente por los jueces y las autoridades públicas.

A decir de MARTÍNEZ DALMAU (2008, pp. 282-283), aunque los intentos del positivismo reduccionista en oprimir el concepto de constitución aún permanecen en varias posiciones que defienden dos conceptos de constitución, formal y material, para el Estado constitucional solo puede existir constitución donde hay constitución material, cuestión que en la Constitución ecuatoriana de 2008 queda

manifiesta la preocupación del constituyente por consagrar el carácter 'fuerte' en la aplicación de la Constitución; esfuerzo que no podrá obviar el desarrollo posterior, tanto legislativo como jurisprudencial de la Constitución.

2.2. La interpretación en la Constitución de Montecristi

Como sostiene COMANDUCCI (2007, p. 137), la interpretación constitucional, si existe, depende: a) del modelo de Constitución adoptado; b) de los sujetos que producen e interpretan la Constitución; c) de las técnicas de interpretación que se empleen, y d) de los problemas de interpretación. Esto significa que se abren distintos niveles y grados de interpretación en donde tal ejercicio se hará respecto del Orden constitucional no de una norma constitucional, por lo que más que atribuir significado, se atribuye un sentido.

Así, respecto del modelo de Constitución tenemos que, por la manera en que la Constitución invade la vida en el Orden del Estado, por el carácter vinculante de sus principios, reglas y demás disposiciones, por los dispositivos jurídicos que establece para sujetar las acciones tanto del poder público como de los particulares, por la centralidad que adquieren los conceptos de derechos y de justicia, no puede entenderse a la Constitución ecuatoriana sino bajo la idea de constitución viva.

De manera general, se entiende por tal a una constitución de la cual se apropian las fuerzas políticas y el pueblo, no solo porque este entra en acción como poder constituyente (BÖCKENFÖRDE, 2000), sino porque se convierte en intérprete constitucional de la sociedad abierta, en autor de la misma. Una constitución en tal sentido es expresión y mediación cultural, marco de referencia cultural para la reproducción, así como para la recepción y para la acumulación de experiencias, vivencias, incluso sabidurías tradicionales (HÄBERLE, 2002, p. 72).

Hay que advertir, sin embargo, que dicha apropiación y mediación cultural no es un hecho meramente espontáneo o voluntario, no es un estado de inspiración – aunque una constitución alcanza su plena vigencia cuando la sociedad naturaliza sus principios y reglas, esto es, actúa de manera espontánea bajo sus mandatos. La Constitución ecuatoriana toma mucho cuidado al momento de establecer un complejo de instituciones jurídicas, procedimientos e instrumentos a los que los actores deben sujetar sus actos, buscando que finalmente dicha sujeción termine por cambiar la cultura social. La ‘imposición’ del cambio, no obstante, no frustra ni la espontaneidad de la vida social ni la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas que para ZAGREBELSKY (2011, p. 14) son fundamentales para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática. La integración del pasado histórico de los pueblos ancestrales y de las luchas sociales con el presente cambiante y los cambios sociales, son respuestas a la sociedad pluralista, plurinacional e intercultural, que dota a la constitución de carácter material.

Desde esta naturaleza constitucional, la Carta Política ecuatoriana se preocupa de determinar de manera bastante detallada los principios de aplicación de los derechos²⁸⁶, verdaderos criterios de orientación para la optimización del resguardo constitucional, que comienzan otorgando la titularidad de los derechos a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, quienes: podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva, con la obligación de las autoridades de garantizar su cumplimiento; lo harán en igualdad de condiciones y sin discriminación.

En el Artículo 11 constitucional, como orientaciones emanadas hacia la autoridades públicas, se manda a: que la aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos se haga de manera directa e inmediata, por y ante cualquier servidora y servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, sin

²⁸⁶ Establecidos en el artículo 11 constitucional.

formalidades, sin que pueda alegarse falta de ley para justificar su violación o para desechar la acción o negar su reconocimiento; asumir que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluyen otros derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento; que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, con obligación de reparar las violaciones de los derechos por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos o por acciones u omisiones de servidores públicos en el desempeño de sus funciones y el respectivo derecho de repetición en contra de los responsables de la violación. Igualmente, será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso, con obligación de reparación y repetición.

En lo que tiene que ver con las directrices emanadas hacia el legislador, tenemos que: ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; manda a que el contenido de los derechos se desarrolle de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas; el Estado asume la obligación de generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio; quedando prohibida toda regresión que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Por último, en cuanto a la interpretación de la Constitución, manda a que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar las normas y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

Como bien se ve, los principios y mandatos están dirigidos a las autoridades públicas en todos sus grados y niveles –incluidas las actuaciones judiciales–, al legislador y a los particulares cuando la violación de derechos provoquen grave daño, preste servicios impropios o si la persona afectada se encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Por tanto, el modelo de Constitución adoptado, no solo atiende a los sujetos que producen y la interpretan y a las técnicas de interpretación que se empleen sino, y de manera detallada, a los sujetos que esta vincula, así como a las consecuencias económicas, jurídicas y sociales que deben provocarse mediante la interpretación constitucional.

De esta manera, considerando que la interpretación no es una tarea neutral sino que quien lo aborda tiene que hacerlo previamente equipado con una idea de lo que es valioso en el género pertinente, la interpretación constitucional no se limitará a establecer el significado de un principio o una frase específica sino que se hace respecto del sistema jurídico como un todo (DWORKIN, 2010).

Esto tiene especial relevancia en el presente trabajo dado que la interpretación intercultural debe hacerse en el marco de la interpretación del derecho, con el objeto de maximizar los principios constitucionales, pero también de recomponer el derecho.

Respecto de los problemas de la interpretación, esto es, de la justificación basada en la ‘mejor expresión de la razón práctica’ (PRIETO SANCHÍS, 1991; ALEXI, 1998; HABERMAS, 1998), o en la única solución o solución justa o (DWORKIN, 1984), que ha enfrentado a los teóricos del constitucionalismo contemporáneo, sugiere que uno de los problemas centrales de la interpretación constitucional es que la decisión “nunca puede ser racionalizada totalmente” (HESSE, 1966 (b), p. 51, *citado en* PRIETO SANCHÍS, 1999), por lo que está en manos de intérprete privilegiado, la opción jurídica, y también moral, dice PRIETO, que escoge en cada caso.

Adicionalmente, hay que considerar que naturaleza elástica²⁸⁷ de los principios hace que la interpretación consista en brindar las interpretaciones ‘razonables’, dentro de un cuadro de posibles interpretaciones razonables, al contrario de la interpretación de la ley en la que el juez debe dar una única interpretación. Esto, a su vez, deriva en un problema de legitimidad del órgano de interpretación constitucional.

Si partimos de la observación de HABERMAS (1998), de que el control judicial de la constitucionalidad nació, se justificó y se desarrolló bajo la certeza de que la imparcialidad podía ser mejor reconocida por un grupo pequeño e ilustrado de personas sin contacto político alguno con la sociedad; hoy en día, y una vez que se ha consolidado, en buena parte de los Estados contemporáneos la idea de control especializado de constitucionalidad, el debate acerca de ese mecanismo de resguardo judicial de las normas y de los derechos constitucionales pasa del plano de las aspiraciones al plano de la praxis, y dentro de ella, de la evaluación de la práctica jurídica, esto es, de la imparcialidad y la legitimidad de dichos órganos especializados de control constitucional para tomar las decisiones que toman.

En esta discusión, el elitismo en el que opera la revisión judicial tiene sus detractores en quienes argumentan la falta de legitimidad democrática de los jueces nombrados por el poder político (GARGARELLA, 2011; NINO, 2013; POST, 2013; entre otros). El cuestionamiento, de acuerdo con GARGARELLA, tiene que ver con el hecho de que resulta muy chocante que los jueces puedan cumplir un rol semejante, cuando vivimos en una sociedad democrática en la cual todos nosotros, como ciudadanos, creemos tener la capacidad y el derecho de pronunciar la última palabra respecto de todas las cuestiones constitucionales que nos afectan o interesan. Se aboga, por tanto, por una política pensada desde el punto de vista de los menos favorecidos, por un criterio de justicia no asentado únicamente en acuerdos que reflejen una correlación de fuerzas dominante en determinado

²⁸⁷ PRIETO, *citado en* COMANDUCCI, 2007 p. 143.

momento, por un criterio de validez no basado únicamente en la mera vigencia de las normas o en el respaldo de la fuerza, sino en los resultados de una discusión entre iguales, y en una idea de derecho como medio por el cual aun el más poderoso podía verse obligado de sentarse en el manquillo de los acusados como uno más, como cualquiera de todos nosotros.

Estas ideas de democracia deliberativa, participativa y sustancial de derecho como mecanismo de igualación material, alimentadas por una amplia variedad de filósofos, juristas o sociólogos del derecho contemporáneos, de distintas orientaciones teóricas²⁸⁸, colocan el punto de análisis no en la Teoría del Derecho sino en la legitimidad de los jueces, en la construcción democrática de las decisiones judiciales, en el pluralismo de ideas y valores morales, y en el rol del Poder Judicial en el resguardo del carácter indisoluble entre la democracia política y los derechos fundamentales, cuestión esta última que involucra a los jueces en la dinámica de la vida social, sin que puedan abstraerse de ella, como tradicionalmente se les demandaba.

Como sostiene POU (2011, p. 235), la tarea de los jueces constitucionales en materia de protección de derechos se contempla cada vez más como algo que debe evaluarse instrumentalmente, en términos de su contribución a un amplio espectro de proyectos sociales: el aumento de la inclusión social; la lucha contra la arbitrariedad, la impunidad o la corrupción de las autoridades; el desarrollo de las precondiciones de la ciudadanía democrática; la consolidación del Estado de derecho; la reducción de las inequidades derivadas del sistema económico, etc.

²⁸⁸ Entre los que podemos destacar a RAWLS (2002), DWORKIN (2010), ALEXY (1994), NINO (2013), HABERMAS (1998), GARGARELLA (2011). En Estados Unidos de Norteamérica, POST y SIEGEL (2013), defienden un constitucionalismo democrático que considera que las principales instituciones del poder público y las organizaciones ciudadanas tienen un rol esencial que desempeñar en la interpretación y configuración del derecho constitucional en general y en la garantía de la Constitución en particular.

Es, a mi parecer, a esta visión democratizadora de la labor de los jueces, a la que apuntan los principios, las reglas y las garantías constitucionales de los derechos, a quienes les dispone atender a las consecuencias de sus decisiones y a mantener un activismo judicial que precisamente asegure esas transformaciones sociales, y no concentrarse en asegurar beneficios particulares. De esta manera, la Constitución de Montecristi rompe con la idea de constitucionalismo mínimo y delinea un constitucionalismo pleno²⁸⁹, en donde las leyes responden a determinados procedimientos y tienen un contenido específico, pero que adicionalmente sujeta a la política pública y a las decisiones judiciales a esos procedimientos y contenidos específicos.

2.3. El Órgano de control constitucional

Relacionando los sujetos que producen e interpretan la Constitución con las técnicas de interpretación que estos emplean, la Constitución de Montecristi, entendiendo que el resguardo del Orden constitucional tiene determinadas especificidades, crea el órgano correspondiente encargado del control difuso de constitucionalidad, la Corte Constitucional²⁹⁰, cuyas funciones tienen que ver con el establecimiento de límites al poder político, la interpretación privilegiada de la Constitución, labor que la realiza bajo determinadas técnicas para resolver

²⁸⁹ NINO distingue entre dos tipos de constitucionalismo: uno en sentido mínimo, en virtud del cual es posible apreciar la existencia de Constituciones que contemplan catálogos de derechos y normalmente instituyen mecanismos de protección para esos derechos, además de disponer la forma en que se organizan los poderes públicos; y otro en sentido pleno, en el que el entendimiento del constitucionalismo como práctica política implica que las leyes responden a determinados procedimientos y tienen un contenido específico. Este, habría que decir, ha tenido poco impulso en nuestros países (NINO, 2012 [1992], p. 1).

²⁹⁰ Para MARTÍNEZ DALMAU (2008, p. 284), la inclusión del control difuso de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, es una de las innovaciones de primera magnitud introducidas por el constituyente, con el propósito de fortalecer la justicia constitucional por medio del control concentrado de la constitucionalidad. Esto, al margen de poner en evidencia que las nuevas tendencias del constitucionalismo avanzan hacia fórmulas mixtas o concentradas de control de constitucionalidad.

específicos problemas jurídicos, y la protección de derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, y la naturaleza.

En tal sentido, la Corte Constitucional del Ecuador está diseñada funcionalmente con las siguientes características y atribuciones²⁹¹: 1) Como máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano²⁹²; 2) Como órgano jurisdiccional, por lo que actúa a través de dictámenes y sentencias de carácter vinculante. 3) Como órgano de control, por lo que se encuentra habilitada para: (a) realiza el control constitucional de las acciones públicas de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general emitidos por los Órganos del Estado; (b) declara de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas; (c) realizar el control de las acciones por incumplimiento para garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de los derechos humanos; (d) ejecuta de oficio y de modo inmediato el

²⁹¹ El artículo 436 establece sus atribuciones como órgano de jurisdicción constitucional. Un análisis amplio de las atribuciones de la Corte lo encontramos en (PAZMIÑO, 2015)

²⁹² Para ANDRADE (2009, pp. 241 y 274) esta facultad implica haberle privado al juez de instancia la facultad de suspender la aplicación de una norma que considera inconstitucional, debiendo en su lugar, suspender el procedimiento y remitir en consulta a la Corte Constitucional para que en un tiempo perentorio resuelva sobre la consulta; y de no hacerlo, el perjudicado proponga la acción correspondiente, cuestión que, para el autor, resulta paradójico dado que la norma constitucional no deja claro cuál es ese recurso correspondiente. Así también, ve problemático este autor, la facultad de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, dado que varios de estos instrumentos establecen órganos consultivos o jurisdiccionales de carácter internacional a los cuales atribuyen tal facultad interpretativa. Las previsiones que plantea ANDRADE, no obstante son, en parte, respondida por el mismo, cuando endiende que la que corresponde es la acción por incumplimiento; sin embargo, con relación a la interpretación encargada a la Corte Constitucional en el caso de los tratados internacionales, considero que los temores son infundados ya que dicha actividad no impide la interpretación que hagan las instancias habilitadas para ello, y por otro lado, vale para la aplicación interna de dichos instrumentos internacionales, dado que las disposiciones constitucionales manda a plicar la norma más favorable a la vigencia de los derechos.

control constitucional de los estados de excepción cuando implique suspensión de derechos constitucionales; (e) conoce y sanciona acciones por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales; (f) declara la inconstitucionalidad por omisión, y si persiste la omisión, emite provisionalmente la norma o ejecuta el acto omitido; (g) conoce y resuelve la acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. 4) Como instancia para establecer jurisprudencia vinculante respecto las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información y demás procesos constitucionales, así como de casos seleccionados para su revisión. 5) Como órgano habilitado para dirimir los conflictos de competencias o distribución ente funciones del Estado. 6) Como instancia para realiza examen previo y vinculante en los siguientes casos: (a) tratados internacionales; (b) convocatorias a consultas populares; (c) objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes. Sus sentencias y autos son de carácter definitivo e inapelable²⁹³.

De este modo, de una justicia constitucional tradicionalmente limitada a la dirimencia de las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes, la Constitución de Montecristi da un salto copernicano hacia un modelo múltiple²⁹⁴ de control

²⁹³ El artículo 144 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales contempla como atribuciones adicionales de la Corte Constitucional: la iniciativa legislativa; emitir dictamen de admisibilidad para el inicio de juicio político en contra de la Presidenta o Presidente, Vicepresidenta o Vicepresidente de la República por delitos contra la seguridad del Estado, concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, plagio y homicidio por razones políticas o de conciencia; emitir dictamen previo sobre la destitución de la Presidenta o Presidente de la República por arrogación de funciones; comprobar el abandono del cargo de la Presidenta o Presidente de la República, previa declaración de la Asamblea Nacional; dictaminar sobre la arrogación de funciones por parte de la Asamblea Nacional, previa su disolución por la Presidenta o Presidente de la República. En todos estos casos, la resolución se tomará por el Pleno de la Corte Constitucional.

²⁹⁴ Para GARCÍA BELAUNDE (1991) en América Latina se observan dos categorías derivadas, pero no menos importantes, de control constitucional: la mixta y la dual o paralela.

constitucional, que asegura la supremacía directa de la Constitución, limita al poder público y garantiza los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Labor que realizan los jueces constitucionales de cierre del sistema jurídico nacional, ejerciendo de igual manera atribuciones múltiples, a través de la justicia rogada, el control de oficio y el control previo de constitucionalidad.

Más allá de radicar la interpretación en un órgano especializado –que de por sí reviste importancia para el fortalecimiento de la justicia constitucional y para ratificar la centralidad de los derechos–, el Organismo de control constitucional asume el control constitucional de cualquier norma de carácter general, abandonando, como bien lo expresa PAZMIÑO (2015), la nulidad como único remedio frente a la inconstitucionalidad (nulidad que resultaba de la concepción del tribunal como legislador negativo). Así también, asume el control de constitucionalidad de los actos administrativos de efectos generales que tradicionalmente se vieron exentos de examen de constitucionalidad (como resultado de una concepción puramente política de la gestión gubernamental). La protección constitucional no solo apunta a garantizar la validez sino, sustancialmente, la eficacia de los derechos, de ahí se entiende que se incluya entre los actos sujetos a control constitucional a las normas y actos de carácter general, cualquiera sea su naturaleza o jerarquía, y al cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias. Apunta también a generar

Mientras tanto, PIZA (1995), diferencia cuatro modelos de control constitucional en América Latina, los dos tradicionales: el difuso, el concentrado, y dos modelos adicionales: el mixto y el múltiple. El modelo mixto sería el de aquellos países (como Venezuela o Costa Rica) en los que el control de constitucionalidad es concentrado, pero en el órgano supremo del Poder Judicial. Sus decisiones, aunque parten de un caso concreto, tienen valor de declaratoria *erga omnes*. El modelo múltiple sería aquél que no realiza una síntesis de ambos sistemas, sino una yuxtaposición de los dos modelos clásicos. A la par del control difuso de constitucionalidad por los jueces, opera un control concentrado en un órgano especializado: el Tribunal Constitucional. Tal sería el caso de Perú, Bolivia y Guatemala (*citado en* SEGADO, 1996). A partir de la Constitución del 2008, considero que también el Ecuador entró en dicha modalidad de control constitucional.

jurisprudencia vinculante para las garantías jurisdiccionales, así como a realizar el control de las decisiones que tomen los jueces respecto de estas. Por último, no solo que atiende a la protección de las sentencias o autos definitivos emitidos por los jueces sino que también controla que en dichas sentencias no se produzcan violaciones de derechos, confirmando el compromiso por la eficacia de los mismos.

En suma, la Constitución de Montecristi se preocupa de cerrar el círculo de protección de derechos, extendiendo los ámbitos y niveles de control constitucional, a fin de que nadie, ni los particulares, queden exentos de responsabilidad por violación de derechos o violación de normas constitucionales.

Las demandas que se hagan a la justicia constitucional en este sistema múltiple de control constitucional, por tanto, serán muy distintas de las que se hacían en el pasado al sistema de control político de constitucionalidad. Los desafíos, por tanto, son variados y complejos, y pasan no solo por la interpretación que se haga de los contenidos constitucionales, sino también por la aceptación – apropiación, utilización– que la ciudadanía haga de el nuevo modelo. Pasa también por la comprensión que vayan desarrollando los actores sociales de las nuevas instituciones y procedimientos de garantía constitucional; por las destrezas profesionales que adquieran los operadores jurídicos para activar el nuevo esquema de protección de derechos; sin dejar de considerar que también es importante la legitimidad que vaya acumulando la justicia constitucional en el cumplimiento de sus funciones.

Por otro lado, no puede dejarse de considerar que este garantismo constitucional reforzado, más allá de los consiguientes efectos jurídico-normativos orientados a transformar a la sociedad, abre a nuevas formas de participación ciudadana en la esfera política, dado que la intervención judicial a nivel constitucional en determinados contextos procesales, respecto de ciertos temas y mediante particulares tipo de decisiones, tiene efectos extrajudiciales, como otorgar a la ciudadanía poder de incidencia en la agenda pública o en los procesos de definición, monitoreo o aplicación de las políticas estatales que de otro modo no

tendría, permitiéndole participar en un “diálogo” entre poderes que ayuda a concretar, más adecuadamente, el programa jurídico-político establecido en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos (ABRAMOVICH, COURTIS, 2004, pp. 13-16; 2009, pp. 44-45; *citado en* POU, 2011, p. 235).

Todo esto opera, sin embargo, en la complejidad del derecho contemporáneo derivado, de manera general, de la globalización de las relaciones económicas y sociales, y de manera particular, de la forma como el Ecuador reconoce la plurinacionalidad y las competencias propias de la jurisdicción indígena, lo que junto con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, modifican sustancialmente el sistema tradicional de fuentes jurídicas, así como el papel central que tenían en el pasado la ley y la reglamentación gubernamental en el ordenamiento jurídico nacional. Los retos de la nueva justicia constitucional ecuatoriano, como se ve, son múltiples y complejos, y se encuentran en permanente prueba, en los ocho años de vigencia de la Constitución.

2.4. La acción extraordinaria de protección en el Ecuador

Aunque COMANDUCCI no integra dentro de su análisis las vías por las cuales se ejerce la interpretación constitucional, estas juegan un papel fundamental dado que es aquí en donde se concretan aquellos significados y sentidos que adquiere el derecho. Es así que en el constitucionalismo latinoamericano juega un rol central en la arquitectura del Estado de derechos y justicia y en su sistema de garantías constitucionales, el amparo en contra de decisiones del poder público, y entre estos, la acción extraordinaria de protección, como modalidad de amparo²⁹⁵ o tutela.

²⁹⁵ Como sabemos, el amparo mexicano surgió en el siglo XIX por inspiración del *judicial review* norteamericano y la acción popular de inconstitucionalidad –que viene de la Constitución de Cundinamarca de 1811 y de la Constitución venezolana de 1893, y que ha

Así, en una necesidad de reforzar el sistema de garantías constitucionales, dada la centralidad de los derechos y de la justicia, la Constitución de Montecristi se preocupó de desarrollar modalidades específicas de amparo constitucional²⁹⁶, como vías para la protección eficaz de los derechos, adaptando los sistemas garantistas más avanzados a las propia realidad política, social y culturales del Ecuador. Así tenemos que estas vías comprenden:

1) La acción de protección, que tiene “por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación” (Art. 88).

Aquí se concreta el control constitucional de las políticas públicas en el supuesto de privación del goce y ejercicio de derechos constitucionales, así como el control de las acciones de particulares que prestan servicios públicos en el supuesto de que estos sean impropios. De esta manera, toma en cuenta el

permanecido en dichos ordenamiento por casi toda la historia republicana de los respectivos países-, inspiran la incorporación de estas figuras en el constitucionalismo latinoamericano.

²⁹⁶ Un análisis amplio de la acción extraordinaria de protección la encontramos en (PAZMIÑO, 2015, p. 292). Para el presente trabajo, me resulta interesante recuperar la reflexión que hace acerca de las dificultades y complejidades del proceso de discusión alrededor de esta acción, en vista de que, en primer lugar, se partía de la idea de que el Tribunal Constitucional no era un verdadero tribunal, que la independencia judicial significaba estar librado de toda injerencia de la justicia constitucional que complique las causas, prolongándolas en el tiempo o politizándolas; que esta acción significaría una tercera instancia y un atentado al principio de jerarquía dentro de la función judicial dado que jueces de menor jerarquía, mediante la concesión del amparo, podrían cuestionar las decisiones de nivel jerárquico superior (*ver también* ANDRADE, 2009).

constituyente de Montecristi la condición social, económica o cultural en la que pudiesen encontrarse los destinatarios de los derechos, por lo que también entiende que ocurre una violación de derechos constitucionales cuando dicha persona se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Confirma, de esta manera, la vocación del garantismo constitucional para corregir las condiciones de desigualdad y marginalidad en la que pudiesen encontrarse personas o grupos de personas a los que van dirigidas las leyes, las políticas públicas o los servicios públicos²⁹⁷.

2) La acción de habeas corpus, que “tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad” (Art. 89).

Aquí encontramos tres novedades: una, que la acción adquiere una naturaleza jurisdiccional, lo que supone el abandono del modelo de control político que tradicionalmente tuvo esta garantía, dado que quien se encargaba de conocer y resolver el recurso de amparo eran los alcaldes; dos, que amplía la acción en contra de particulares, suponiendo que también podrían actuar privando la libertad de manera ilegal y arbitraria²⁹⁸; y, tres, que procede también si dicha privación amenaza la vida o la integridad física del privado de libertad.

3) La acción de acceso a la información pública, que tiene “por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado,

²⁹⁷ Para un análisis detallado de la acción de protección en el Ecuador, ver: STORINI & NAVAS, 2013.

²⁹⁸ Aquí caben casos en los que por efecto de lo que se denomina como trabajo esclavo en la actualidad, se resta materialmente la libertad de las personas. También podrían caber los actos de retención que hacen grupos ‘justicieros’ que se abrogan el control social de localidades en donde la presencia estatal es débil.

confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley” (Art. 91).

En este caso, se da una protección reforzada al derecho de información pública a fin de fortalecer la democracia deliberativa, haciendo que el carácter reservado de un acto público esté justificado por fuertes y poderosas razones de orden público y no por simple voluntad y arbitrariedad de la autoridad pública.

4) La acción de habeas data, que tiene como fin, que toda persona conozca “de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos” (Art. 92).

Esta es una acción de gran importancia en la actualidad, dado que toda institución pública o privada que pretende adquirir una posición relevante en la sociedad tiene como objetivo conocer, no solo de manera genérica su público objetivo, sino que busca trabajar sobre sus preferencias y opciones personales. En este caso, tanto el derecho a la intimidad como el derecho al buen nombre pueden verse potencialmente afectados por la información que se maneja sobre sí mismo en bancos de datos, archivos o documentos.

5) La acción por incumplimiento, que tiene “por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional” (Art. 93).

Aquí, la protección está dirigida tanto a las actuaciones del legislativo como de las acciones judiciales y los informes de organismos internacionales, buscando que las decisiones legítimas sean acatadas.

6) La acción extraordinaria de protección, que procede “contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado” (Art. 93).

Dado que esta acción responde a la misma naturaleza jurídica que la acción extraordinaria de protección de la justicia indígena –cuestión que analizaremos en el siguiente punto–, dedicaremos un análisis más pormenorizado de esta, considerando, además, que para el constitucionalismo ecuatoriano representa un novedoso mecanismo constitucional creado por la Constitución de 2008 para la protección de derechos constitucionales; garantía que –dicho sea de paso–, no ha estado exenta de la polémica post constituyente, en un medio donde el foro judicial tradicional se aferra a la inamovilidad de principios, tales como la cosa juzgada, o a la tradicional ausencia de control constitucional sobre los fallos de los antes denominados Tribunales Supremos de Justicia, en tanto instancias finales y ultimas del control normativo y constitucional, en los modelos legicéntricos.

A través de esta acción se somete a examen por parte de la Corte Constitucional las sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, por lo que uno de los requisitos para la procedencia de esta acción es el agotamiento de los recursos legales ordinarios y extraordinarios, lo que le convierte en una acción subsidiaria, dependiente del agotamiento previo de recursos legales.

Con el ánimo de esclarecer la naturaleza de esta acción, la Corte Constitucional se ha referido al debate constituyente instaurado por la Asamblea Constituyente para su creación. Así, en la sentencia No. 214-12-SEP-CC expresó que:

El constituyente, con la instauración de la acción extraordinaria de protección en el ordenamiento constitucional, buscó garantizar la aplicación de la Norma Suprema por parte de todas las funciones del Estado, sin dejar por fuera el control de ninguna función –jurisdiccional–, como fue el paradigma constitucional hasta antes de la vigencia de la Constitución del 2008.

[...] En tal virtud, la Constitución, como límite efectivo y vínculo incorpora dentro de sus garantías jurisdiccionales a la acción extraordinaria de protección, con la finalidad de que posibles vulneraciones que pudiesen existir dentro de la tramitación de un proceso judicial sean atendidas y subsanadas en el propio Estado ecuatoriano a cargo del más alto órgano de interpretación y control constitucional, la Corte Constitucional. En este marco, la Corte está llamada a cumplir dos objetivos fundamentales: salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional y proteger los derechos, garantías y libertades públicas²⁹⁹.

Con la misma necesidad de precisar la naturaleza de esta garantía jurisdiccional, dado lo novedoso de la acción, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en una de sus primeras decisiones precisó que:

La Constitución de la República del Ecuador, adoptada a partir del 20 de octubre del 2008, consagra para aquellas controversias sobre violación de derechos constitucionales por parte de las autoridades judiciales, el principio de la doble instancia judicial, a lo cual se agrega esta acción de la eventual revisión de fallos (sentencias o autos definitivos) vía protección constitucional extraordinaria por parte de la Corte Constitucional. Vale decir que la acción extraordinaria de protección se configura como un verdadero derecho constitucional para reclamar y/o exigir una conducta de obediencia y acatamiento estricto a los derechos constitucionales de los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales³⁰⁰.

En tanto esta garantía permite la revisión de los fallos que por acción u omisión hayan vulnerado derechos constitucionales, de ninguna forma será una instancia adicional a la cual se pueda recurrir indiscriminadamente ya que, al contrario, procede únicamente cuando se verifique una vulneración de derechos

²⁹⁹ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia No. 214-12-SEP-CC.

³⁰⁰ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia No. 007-09-SEP-CC.

en sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia, por cuanto “(...) si un fallo judicial (sentencia o auto definitivo) puede romper los límites de la Constitución, este tendría el poder de alterar el alcance y contenido de aquella, lo cual no es concebible. El control constitucional de leyes, actos administrativos y, en este caso, sentencias judiciales, persigue que ninguna de las ramas o funciones del poder público, mediante sus actos ordinarios, puedan modificarla o afectarla”³⁰¹.

En consecuencia, lo que busca la acción extraordinaria de protección es conseguir que las disposiciones constitucionales sean respetadas dentro de todas las esferas, sin que escape de aquello el producto de la actividad jurisdiccional, criterio que lo estableció la Corte Constitucional para el período de transición, en la sentencia No. 018-09-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0166-09-EP, considerando que:

[...] el objeto de esta nueva garantía constitucional que conlleva el control de constitucionalidad de las actuaciones de los jueces que, con anterioridad a la vigencia de la Constitución, se encontraban exentos del mismo, control que deviene del carácter normativo de la Constitución y del principio de Supremacía de la Constitución, según lo cual, desde la vigencia de la nueva Constitución, toda autoridad se encuentra sujeta al control de constitucionalidad mediante las diversas acciones de jurisdicción constitucional previstas.

Respecto de quién puede presentar una acción extraordinaria de protección y los requisitos de admisibilidad, la Constitución ecuatoriana en su Artículo 437 precisa que podrá ser presentada de forma individual o colectiva, por lo que la Corte Constitucional verificará que se cumplan los siguientes requisitos: 1) Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas; 2) Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

Respecto a la legitimación activa, la CC en la sentencia No. 027-09-SEP-CC dictada en el caso No. 011-08-EP, se pronunció determinando que la misma podrá

³⁰¹ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia No. 011-09-SEP-CC.

ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, o entidad estatal.

En cuanto a los requisitos para la admisibilidad, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ratificando el contenido de las disposiciones constitucionales al respecto, establece que: “La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”. Como consecuencia, establece un conjunto de requisitos que la demanda debe cumplir, tales como: la calidad en que comparece la persona accionante; constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriado; demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios; señalamiento de la judicatura de la que emana la decisión violatoria del derecho constitucional; identificación del derecho vulnerado; e indicación del momento en que se produjo la vulneración de derechos (Art. 61).

De igual forma, se determinan requisitos de procedencia como es la existencia de un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron origen al proceso, así como la justificación argumentada de la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión, que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la decisión, o en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley; además de que el fundamento no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez; que la acción sea presentada dentro del término previsto; que la acción no se planteé contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y finalmente, que al admitir una acción extraordinaria de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por

la Corte Constitucional y sentencia sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional (Art. 62).

Tanto los requisitos formales como los criterios para considerar procedente una demanda de acción extraordinaria de protección, buscan que la garantía cumpla el fin para el cual fue creada, en tanto se pretende que la misma no sea vista como una instancia adicional de la justicia ordinaria, sino como un mecanismo de protección constitucional.

Adicionalmente, es importante señalar que esta acción no solo tiene una dimensión subjetiva por mediante de la cual se toma conocimiento de las vulneraciones a los derechos de las personas en las decisiones judiciales, sino que además es evidente su dimensión objetiva ya que tal como lo precisa el Artículo 62 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a través de esta acción se pueden establecer precedentes judiciales e interpretaciones constitucionales de obligatorio cumplimiento por parte de los órganos judiciales cuyo objetivo es garantizar los derechos constitucionales, y educar a la actividad jurisdiccional, a fin de evitar que persistan las vulneraciones a derechos. Esto, en concordancia con lo que dispone el Artículo 436:1 de la Constitución de la República, que establece que le corresponde a la Corte Constitucional ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias, otorgando el carácter de “vinculantes” a sus decisiones.

En esta línea, la Corte, en el conocimiento de las acciones extraordinarias de protección, ha dictado importantes decisiones mediante las cuales establece criterios a ser observados y respetados por todos los operadores de justicia. Incluso, en los casos en que la Corte ha detectado la existencia de una norma infraconstitucional que contradice disposiciones constitucionales, ha efectuado el denominado control abstracto de constitucionalidad, que tiene como objetivo

garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas.

Esto hace ver el activismo judicial de la Corte Constitucional en la protección de derechos constitucionales y del ordenamiento jurídico, que le ha enfrentado al reto de ir más allá de la resolución del caso concreto y efectuar un control de constitucionalidad de una norma que vulnera disposiciones constitucionales. La Corte, ejerciendo su calidad de máximo intérprete de la Constitución, ha sometido a verificación constitucional dicha normativa y, en ciertos casos, ha resuelto declarar como inválidas normas del ordenamiento jurídico cuyo contenido contradicen el texto constitucional.

Ejemplos de lo señalado tenemos en las sentencias: No. 131-15-SEP-CC, dentro de la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del Artículo 236 del Código Civil; No. 155-15-SEP-CC dictada dentro del caso 1212-12-EP, en donde se declaró la inconstitucionalidad de varias frases de los numerales 3, 4 y 5 del Artículo 18 de la “Ordenanza que Planifica, Regula y Controla el Transporte de Taxi con servicio ejecutivo en el cantón Loja”; No. 182-15-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1493-10-EP, en la cual la Corte realizó la interpretación condicionada del Artículo 50 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, además dictó reglas con carácter *erga omnes*; No. 258-15-SEP-CC emitida dentro del caso No. 2184-11-EP, en la que la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del Artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

De igual forma, en la sentencia No. 066-13-SEP-CC emitida en el caso No. 0724-11-EP, analizó las facultades o competencias del Tribunal Contencioso Electoral, en tanto se alegaba que el Tribunal ejercía de forma única y privativa el control de constitucionalidad y legalidad de los actos de los organismos de administración electoral, de las organizaciones y sujetos políticos, por lo que la Corte aclaró que el Tribunal Contencioso Electoral tiene la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos políticos, sin embargo aquello no significa que tenga

competencias sobre el control de constitucionalidad de los problemas que puedan emerger en el ejercicio de aquellos derechos.

Respecto de la justicia ordinaria, en la sentencia No. 0218-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 2132-11-EP, se pronunció respecto de las facultades o competencias de la justicia ordinaria, determinando que la administración de justicia ordinaria es la encargada de la sustanciación de las causas en que se ven comprometidos los intereses y derechos infra constitucionales de las partes, debiendo aquella pronunciarse en base a los méritos procesales que aporten quienes intervienen dentro de la Litis.

En el mismo sentido, la Corte ha dictado amplia jurisprudencia en cuanto al ámbito competencial de la Corte Nacional de Justicia, como es el caso de las sentencias No. 001-13-SEP-CC, 002-15-SEP-CC, 100-15-SEP-CC, 074-14-SEP-CC, entre otras, dentro de las cuales, a partir del análisis de la normativa que regula el recurso de casación, la Ley de Casación, estableció criterios tendientes a evitar que el máximo órgano de administración de justicia ordinaria desborde su ámbito de análisis y actúe como órgano de instancia, pronunciándose respecto de temas para los cuales no tiene competencia.

De esta manera, considerando que la Corte Constitucional se constituye en guardián de la Constitución de la República, su ámbito de análisis a través del conocimiento de una acción extraordinaria de protección se ha ampliado incluso hasta la elaboración del control abstracto de constitucionalidad de normativa infraconstitucional, especificando marcos de acción y reglas para el ejercicio de facultades y competencias de instituciones públicas.

Por el tipo de control constitucional que se realiza y por sus efectos, la acción extraordinaria de protección ha resultado un medio eficaz para salvaguardar la supremacía de la Constitución y los derechos, garantías y libertades públicas, para fortalecer la justicia constitucional, para constitucionalizar el ordenamiento jurídico-político; y especialmente, para evitar que mediante fallo judicial se alteren

los alcances y contenidos constitucionales. Salvando el desborde de demandas de acción extraordinaria de protección que repercute en la capacidad de respuesta del Órgano de control de constitucionalidad, o de pretensiones ilegítimas que buscan utilizar esta garantía para resguardar intereses o derechos de naturaleza legal, la acción analizada ofrece un balance positivo para el sistema de garantías constitucionales en el Ecuador.

3. Naturaleza jurídica y particularidades del control constitucional de la justicia indígena

Dado que la Constitución de la República reconoce la existencia del derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, en el examen de constitucionalidad de los actos y decisiones de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, la Corte Constitucional no podría limitarse a realizar el control de constitucionalidad o de convencionalidad de dichas actuaciones, sino que necesariamente, debe extender su acción de control a la evaluación del derecho propio del pueblo o nacionalidad al que la respectiva autoridad indígena pertenece y dentro del cual actúa.

El examen de este doble sentido de coherencia jurídica exige, por tanto, que el órgano de control de constitucionalidad no pueda lograrlo sin que medie una previa indagación acerca del derecho propio al que responde y dentro del cual actúa la autoridad indígena a la que se le examina, cuestión que le lleva a requerir el auxilio de otros medios y mecanismos de indagación de naturaleza extra jurídica.

En cualquier examen externo del derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades, se trata del ejercicio de *Ver*³⁰², de captar, de comprender

³⁰² SÁNCHEZ BOTERO (1998) sostiene que la primera cuestión a plantearse, en el camino de valorar los derechos y las justicias de los pueblos indígenas, es 'ver que no vemos'. Para sustentar dicha idea hace relación al diálogo relatado por VON FOESTER, que de manera

la coherencia de las actuaciones de la autoridad indígena dentro de su propio sistema normativo, lo que le exige al órgano de control de constitucionalidad un especial activismo judicial para aplicar dinámicas e innovadoras formas de indagación que le lleven a tal objetivo.

Por ello, en primer lugar, revisaremos el marco constitucional y legal del control de constitucionalidad de la justicia indígena, para luego proceder a realizar un planteamiento acerca de los rasgos principales que deberán ser tomados en cuenta por el órgano de control de constitucionalidad, en torno a la naturaleza y complejidad de la justicia indígena en el Ecuador.

3.1. El marco constitucional del control constitucional de la justicia indígena

En el constitucionalismo ecuatoriano, el control constitucional de las decisiones judiciales no se agotan en la revisión de las sentencias o autos con fuerza de sentencia emitidos por los jueces de la justicia ordinaria sino que abarca, además, a las decisiones que toman las autoridades de las comunidades, pueblos y

sintética dice: “Castaneda fue al pueblo de Sonora en México a conocer allí a un brujo llamado Don Juan, a quien le pidió que le enseñara a ver. Así Don Juan se interna con Castaneda en medio de la selva mexicana, caminan una o dos horas y de pronto Don Juan exclama: ‘¡mira, mira allí!, ¿lo viste?’ Castaneda responde: ‘no, no lo vi’. Continúa caminando y unos minutos más tarde Don Juan vuelve a detenerse y exclama: ‘¡mira, mira allí!, ¿lo viste?’. Castaneda mira y contesta: ‘no, no vi nada’, ‘¡ah!’, es la lacónica respuesta de Don Juan. Siguen su marcha y vuelve a suceder lo mismo dos o tres veces, pero Castaneda nunca ve nada; hasta que al fin, Don Juan encuentra una solución: ‘¡ahora entiendo cuál es tu problema! –le dice– tú no puedes ver lo que no puedes explicar. Trata de olvidarte de tus explicaciones y comenzarás a ver’”. Como ejercicio de interpretación, el ‘ver que no vemos’ abre la posibilidad de una primera aproximación a los ‘mundos simbólicos reales’ no comprendidos ni compartidos universalmente. Un juez, por ejemplo, dice SÁNCHEZ, valora estas realidades como ‘mundos posibles’, los que no necesariamente pueden ser probados positivamente y que sin embargo, por respeto intercultural, deben ser considerados como reales. La Corte Constitucional colombiana, en un ejercicio hermenéutico de *ver lo que no vemos*, en la Sentencia T-380 de 1993 y otras que siguen la línea jurisprudencial en ella establecida, admite como ‘mundos posibles’ creencias y valores culturales no compartidos universalmente.

nacionalidades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales. El Artículo 171 de la Constitución lo expresa así:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Previamente a esta disposición, el Artículo 57 reconoce y garantiza “a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (10) Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que en ningún caso podrá vulnerar los derechos de las mujeres, de las niñas, niños y adolescentes”.

Complementariamente, en el Título IV, Capítulo cuarto, en lo referente a los jueces de paz, establece que “Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena” (Art. 189).

La protección que otorga la Constitución ecuatoriana al ejercicio del derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como se ha podido constatar, consiste en reservar la evaluación de las actuaciones de las autoridades indígenas que resuelven conflictos internos, al máximo órgano de control constitucional, la Corte Constitucional.

Esto implica, en primer lugar, que las actuaciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas quedan excluidas del examen de legalidad; en segundo lugar –y de conformidad con las atribuciones generales adjudicadas a la CC-, que la evaluación de las decisiones de la autoridad indígena se circunscribe a realizar un control externo y no de corrección jurídica de las decisiones de la autoridad indígena, tal como sucede con la acción extraordinaria de protección (arts. 94 y 436 de la CPE). En este sentido, la Corte Constitucional se limitará a examinar si en la sustanciación del caso, la autoridad indígena vulneró el debido proceso ‘propio’³⁰³, u otros derechos reconocidos en la Constitución para todos los ciudadanos, en general, y para los ciudadanos indígenas, en particular; todo lo cual deberá hacerse en clave intercultural y a la luz del derecho indígena. Cosa por demás extraña y compleja tanto desde el punto de vista del constitucionalismo tradicional como del contemporáneo.

Pero, analicemos de manera detalla los elementos que contienen los Artículos 57 y 171 de la Constitución:

En primer lugar, el reconocimiento constitucional que hacen los Artículos referidos, establece un vínculo directo entre el derecho de las comunidades pueblos y nacionalidades de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, con la facultad –habilitación– de las autoridades indígenas para cumplir funciones jurisdiccionales dentro de la justicia indígena.

³⁰³ Varios autores dan cuenta de que los procesos de juzgamiento dentro de las comunidades indígenas sigue un patrón propio, pero que, en términos generales, cubre las principales etapas procesales exigidas en un proceso judicial, a saber: denuncia, aboco de conocimiento, apertura de etapa de prueba, valoración de la prueba, análisis jurídico del caso, decisión (que incluye una sanción que puede ser inculpativa o exculpativa) (BALLÓN, 2004; BORJA, 2000; CHÁVEZ & GARCÍA, 2004; GARCÍA, 2002; LLÁSAG, 2012; SÁNCHEZ, 2004; TIBÁN; ILAQUICHE 2004). Estas ‘etapas procesales’, no nos engañemos, ni transcurren con las formalidades y los tiempos de la justicia nacional, ni tienen los mismos significados ni objetivos de regulación del orden, por lo que el juez examinador deberá claro que se trata de un debido proceso ‘propio’ de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Esto significa que las autoridades indígenas, al cumplir funciones jurisdiccionales, están ejerciendo sus derechos como pueblos y nacionalidades.

En segundo lugar, establece que el ejercicio de funciones jurisdiccionales se hace en base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, lo que nos habla de la existencia de órdenes jurídicos al interior de las comunidades, pueblos y nacionalidades, que rigen su vida y la actuación de sus autoridades. Por tanto, dado que se trata de un sistema jurisdiccional, un sistema de normas, o un sistema de control interno –como se quiera llamar–, distinto a la justicia ordinaria, el examen de las actuaciones de las autoridades indígenas exige que para la evaluación de la razonabilidad, la congruencia y la motivación de las decisiones de la autoridad indígena deba hacerse una aproximación previa a dichos órdenes normativos, a fin de que el examinador constitucional encuentre si existe violación de derechos a la luz de las características, particularidades y especificidades de dichos órdenes jurídicos y de los principios generales de los derechos, aplicables en clave cultural. Esto supone un análisis extrajurídico que involucra, al menos, una aproximación sociológica y antropológica al tema, que la CC deberá hacerla con auxilio de profesionales de las ramas del conocimiento correspondiente, o por otros medios que considere adecuados.

En tercer lugar, este ejercicio jurisdiccional opera en el ámbito territorial de las comunidades, pueblos y nacionalidades, lo que nos ofrece una referencia inicial acerca del marco espacial en donde ejercen sus funciones las autoridades indígenas.

Ahora bien, la expresión ‘ámbito territorial’ resulta ambigua y puede crear más de un problema de interpretación; esto, dado que la palabra ‘ámbito’ etimológicamente tiene, al menos, dos acepciones: la una que alude a contorno de un espacio o lugar o a espacio comprendido entre ciertos límites; y la otra que alude a ‘círculo en el que alguien se desenvuelve’. Y por otro lado, la palabra ‘territorio’, tiene, al menos, tres acepciones: superficie terrestre en que ejerce

soberanía o jurisdicción un Estado, provincia o municipio; término jurisdiccional; dominio del Estado³⁰⁴.

Si la CC opta por una interpretación restringida, entenderá 'ámbito territorial' como el llano espacio físico delimitado de las comunidades indígenas. Por el contrario, si arriesga una interpretación amplia, el concepto jurídico de 'ámbito territorial' deberá ser entendido sobre la base de una previa indagación de lo que constituye el 'círculo' en el que se desenvuelve la población indígena relacionada con el caso en examen. Lo que también implica un análisis previo de naturaleza extrajurídica³⁰⁵.

En cuarto lugar, establece criterios de efectividad y garantías jurisdiccionales para la participación y decisión de las mujeres, en miras a resguardar sus derechos y los derechos de niños y adolescentes. Aquí, el constituyente de Montecristi establece una protección reforzada a los derechos de participación de las mujeres en la construcción de decisiones de las autoridades indígenas, presumiendo que esta podría encontrarse en una situación de marginación dentro de la comunidad; que de ser así, se manda a corregir. En todo caso, la CC tiene a su cargo la verificación de este hecho.

En quinto lugar, prescribe que para la solución de sus conflictos internos, las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios, lo que implica un examen de debido proceso de los actos de juzgamiento que llevan a cabo las autoridades en comunidades, pueblos y nacionalidades. Considerando, por tanto, que el debido proceso constituye un límite para la jurisdicción indígena, el análisis que tiene a cargo la CC deberá hacerlo sobre la base de las normas y procedimientos propios y

³⁰⁴ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de OSSORIO.

³⁰⁵ En las indagaciones antropológico jurídicas que se hicieron en el 2003, por ejemplo, se constató que las autoridades indígenas son llamadas a otros lugares fuera de la comunidad (Guayaquil, Quito, España, etc.), para que conozcan y resuelvan conflictos entre comuneros (CHÁVEZ & GARCÍA, En general, 2004; *también ver* GARCÍA, 2002; y LLÁSAG, 2012).

no sobre las normas y procedimientos que rigen a la justicia ordinaria. Esto nuevamente, le retrotrae a un examen previo para conocer acerca de cuáles son esas normas y procedimientos propios aplicables al caso, lo que necesariamente pasa por un análisis extrajurídico que brinde luces acerca de las reglas y procedimientos vigentes en la comunidad.

En sexto lugar, determina que dichas normas y procedimientos propios se aplicarán para la solución de sus conflictos internos. Este punto reviste gran importancia ya que consagra la autonomía material de la justicia indígena, esto es, el principio de no ingerencia del Estado en las clasificaciones propias que hagan los pueblos y nacionalidades indígenas acerca de lo que se consideran actos permisibles y no permisibles.

Nuevamente, un examen de la decisión de la autoridad indígena implica una indagación acerca del hecho que constituye conflicto interno, lo que no podrá hacer la CC sin una interpretación de naturaleza extrajurídica que brinde explicaciones acerca de la naturaleza y la dimensión del conflicto, no para regularlo sino para evaluar la razonabilidad y la congruencia de la decisión tomada por la autoridad indígena. Esto exige que la actuación del Órgano de control en este punto, sea de extrema prudencia, dados los riesgos que conlleva la interpretación – traducción– cultural³⁰⁶.

³⁰⁶ Frente a la necesidad de encontrar marcos hermenéuticos apropiados para comunicar universos de significación distintos que conduzca al establecimiento de una forma de relacionamiento respetuosa dentro del espacio del Estado nacional, SÁNCHEZ Botero(1998), propone en Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano, importantes herramientas para el análisis cultural, las que incluso han apoyado a determinadas decisiones adoptadas por Corte Constitucional de Colombia, para decidir sobre casos que involucran derechos de pueblos indígenas. Por su lado, Boaventura de Sousa Santos, con una mirada hacia un horizonte emancipatorio del orden global hegemónico, propone una epistemología que presupone, por un lado, la disolución de la contienda entre Derechos del Hombre y Derechos del Ciudadano, que pasa por una nueva teoría de la ciudadanía; y, por otro lado, una reconstrucción intercultural de los Derechos del Hombre por vía de una hermenéutica diatópica. Dicha hermenéutica está basada en la idea de que los ‘topoi’ de una cultura

En séptimo lugar, manda a que dichas normas y procedimientos propios no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. En este punto, la tarea de la CC consistirá en evaluar la constitucionalidad y convencionalidad de las normas y procedimientos propios, sin que por ello termine por vaciar el derecho indígena³⁰⁷.

En octavo lugar, establece que el Estado garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Este ámbito normativo es muy importante en vista de que consagra, no solo la autonomía de la justicia indígena, sino la obligación de las instituciones y autoridades públicas de respetar el ejercicio jurisdiccional de las autoridades

individual son tan incompletos como la misma cultura. Su objetivo no es lograr la completud, que de por sí es inalcanzable sino, por el contrario, suscitar la conciencia de la incompletud recíproca tanto como sea posible, cuestión que se logra mediante la participación en el diálogo de la manera que se haría si se tuviera un pie en una cultura y otro en otra (p. 200). Se trata de una epistemología que consiste en el rescate de los fragmentos culturales olvidados, marginados, descalificados o despreciados, sobre los que puede construirse tanto la teoría crítica como los proyectos de transformación social (SANTOS, 1998; *ver también* VERGALITO, 2011).

³⁰⁷ En este punto, es importante tomar en cuenta el criterio adoptado por la Corte Constitucional de Colombia –relacionado con el tema que nos ocupa y que por la claridad de concepto orienta el modo en que se deben evaluar los límites constitucionales de la jurisdicción indígena. En la sentencia T-1292 de 2005, establece la siguiente subregla: “la Constitución Política, reconoce la diversidad étnica y cultural, como derecho de las comunidades indígenas a la conservación de sus costumbres y tradiciones, las cuales sirven de fundamento en el desarrollo de la autonomía jurisdiccional consagrada en el artículo 246 superior, el cual además de depositar en las comunidades indígenas la facultad de administrar justicia, también establece como límites de esa facultad, el respeto a los derechos fundamentales, la Constitución y las leyes. Sin embargo a juicio de la Corte no se puede exigir como criterio de delimitación de la autonomía jurisdiccional indígena el respeto absoluto a todas las normas constitucionales y legales, pues de aceptarlo así, el reconocimiento a la diversidad cultural, no tendría más que un significado retórico. Por lo que estima esa corporación que en aras de no hacer nugatorio ese derecho a la diferencia en la administración de justicia, tendrá que tenerse en cuenta el criterio establecido en sentencias anteriores, caso concreto la sentencia T- 349 de 1996, frente a que para lograr la supervivencia de los pueblos indígenas, es necesario concederles un alto grado de autonomía, dando cabida a la maximización de la autonomía y minimización de las restricciones”. Esta subregla se había construido anteriormente como criterio de la Corte en sentencias anteriores. Ver también: Sentencia T-380 de 1993 y Sentencia T-523 de 1997, fundamentalmente.

indígenas, absteniéndose de realizar intervenciones que desmerezcan, desconozcan o debiliten dicha justicia³⁰⁸.

En noveno lugar, determina que dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad y que la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Respecto a la remisión a la ley, es importante tener en cuenta que el desarrollo normativo solo deberá circunscribirse a determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre las dos justicias y no pretender encubrir una regulación o determinación de ámbitos o materias de conocimiento de las autoridades indígenas, dado que constituiría una ingerencia arbitraria al derecho propio.

Mientras tanto, con respecto al control de constitucionalidad, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional LOGJ y CC, define la vía de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, respondiendo a la idea de que ninguna decisión de carácter judicial, sea esta tomada en el ámbito judicial ordinario o judicial comunitario indígena, puede escapar del control constitucional, mucho menos cuando se refiere a derechos de

³⁰⁸ En este punto, resulta también importante traer la reflexión que hace la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-523 de 1997, y que es pertinente para ilustrar el tema en referencia: “Al funcionar paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales, es posible que se presenten conflictos de competencias. Como aún el legislador no ha establecido las formas de coordinación entre ellas, es preciso que el intérprete en su solución se atenga a las circunstancias particulares del caso concreto. En especial, dos elementos son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Esta distinción es importante porque, como lo señaló esta corporación en una decisión reciente “la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad”.

fundamental importancia como lo son los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Asunto que lo revisaremos con más detenimiento en el siguiente punto.

De este modo, lo que en realidad establece la Constitución no se limita al reconocimiento de la potestad que tienen las autoridades para impartir justicia sino que admite la existencia de sistemas jurídicos propios y específicos que operan en el marco de determinadas tradiciones culturales y jurídicas, distintas de las tradiciones culturales y jurídicas del Estado central, que para el caso ecuatoriano está constituido por la justicia constitucional, la justicia electoral, la justicia ordinaria, la justicia de paz, e incluso los mecanismos de mediación y arbitraje.

Se entiende, por tanto, que la justicia indígena está constituida por los sistemas jurídicos de todos y cada uno de los pueblos indígenas, los que ejercen en el marco de la sociedad y el Estado ecuatoriano como jurisdicciones propias, para conocer y resolver las cuestiones relativas al orden organizativo político, económico, social y cultural y al orden de las personas. La competencia de sus autoridades propias se deriva, por tanto, de la cultura, la historia y su derecho, que contempla las formas y mecanismos por los que escogen sus autoridades y establecen sus funciones y responsabilidades.

En tal sentido, la Constitución 2008 asume para el Ecuador un pluralismo jurídico³⁰⁹ formal al reconocer el derecho de los pueblos indígenas de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio, dotándoles de facultades a las autoridades indígenas para que apliquen dicho derecho en la solución de los conflictos entre sus miembros, dentro de sus territorios, garantizando la

³⁰⁹ Para CÁRCOVA (1995) el pluralismo jurídico representa la coexistencia, en un mismo territorio, de dos o más sistemas jurídicos, es decir, de normas organizadas alrededor de distintas reglas de reconocimiento. Concepto que es generalmente aceptado en los ámbitos de discusión del tema.

participación de las mujeres y observando la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Pero también es de carácter igualitario, en el sentido que coloca en igualdad jerárquica a la justicia ordinaria y a la justicia indígena y reconoce como único mecanismo de evaluación de las decisiones jurisdiccionales, el control constitucional de sus decisiones, y como única instancia de evaluación, al órgano de cierre del sistema jurídico nacional.

Para terminar este punto, vale recordar la reflexión que plantea SIEDER (2011, p. 315), en el sentido de que los debates sobre el contenido de las autonomías indígenas en América Latina ofrecen una ventana para descolonizar el análisis del derecho. Nos obligan a entender y analizar las categorías, normas, prácticas, autoridades y lógicas culturales de los sistemas de derecho de los pueblos indígenas. Es un desafío claro al centralismo y el formalismo que tradicionalmente han dominado el campo del análisis socio jurídico. La existencia de Estados plurinacionales, dice la autora, presupone que dentro del mismo Estado coexistan distintas formas de entender el derecho. El reto político actual es cómo construir ese Estado de derecho plurinacional. Es decir, una cosa son los avances normativos en el orden constitucional, pero avanzar hacia la construcción de sistemas legales donde el derecho indígena tenga igual valor que el derecho históricamente dominante es un reto aún más grande.

3.2. La regulación legal del control de constitucionalidad de la justicia indígena

Para hacer viable el control constitucional de la justicia indígena, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional LOGJyCC, aprobada el 21 de septiembre de 2009 y publicada en el R.O. No 52 de 22 de octubre de 2009, define la vía de la acción extraordinaria contra decisiones de las autoridades indígenas así como su ámbito, principios y el procedimiento que deberá seguirse, brindándole a la CC contar con la normatividad pertinente para atender los casos que se pongan en su conocimiento.

Previamente, además de los principios establecidos en la Constitución –los que ya fueron revisados con anterioridad–, el Artículo 2 de la LOGJ y CC, manda a observar los siguientes principios de la justicia constitucional, para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

a) Principio de aplicación más favorable a los derechos. Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.

b) Optimización de los principios constitucionales. La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.

c) Obligatoriedad del precedente constitucional. Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

d) Obligatoriedad de administrar justicia constitucional. No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

Con estas directrices de optimización, el Capítulo IX, Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, del mismo cuerpo normativo, establece lo siguiente:

Art. 65.- **Ámbito.**- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.

Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley.

Art. 66.- Principios y procedimiento.- La Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas:

1) Interculturalidad. El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.

2) Pluralismo jurídico. El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.

3) Autonomía. Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio. No obstante el reconocimiento de un máximo de autonomía, tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.

4) Debido proceso. La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.

5) Oralidad. En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con

traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.

6) Legitimación activa. Cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción. Cuando intervenga una persona a nombre de la comunidad, deberá demostrar la calidad en la que comparece.

7) Acción. La persona o grupo planteará su acción verbalmente o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la Corte dentro del término de veinte días.

8) Calificación. Inmediatamente la sala de admisiones deberá comunicar si se acepta a trámite y las razones que justifican su decisión. Se sentará un acta sobre la calificación.

9) Notificación. De aceptarse a trámite, la jueza o juez ponente de la Corte designado mediante sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas que tomaron la decisión o podrá acudir a la comunidad, de estimarse necesario.

10) Audiencia. La autoridad o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción por el Pleno de la Corte. La audiencia deberá ser grabada. De considerarse necesario, se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la sentencia.

11) Opinión técnica. La jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especializadas en estos temas.

12) Proyecto de sentencia. La jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia del Pleno para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad.

13) Notificación de la sentencia. La sentencia sobre constitucionalidad de las decisiones indígenas deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas.

14) Violación de derechos de las mujeres. Las juezas o jueces deberán impedir que en sentencias de justicia indígena se alegue la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

De esta manera, la LOGJ y CC, determina un amplio margen de actuación para que la CC atienda los requerimientos de control constitucional de la justicia indígena, dando certeza jurídica a esta novedosa forma de amparo, por lo demás, trascendental para la materialización del Estado plurinacional e intercultural.

La diferencia que existe con la acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales en la justicia ordinaria es, en primera instancia de contexto, dado que procede en contra de decisiones dictadas por la autoridad indígena cuando esta actúa resolviendo casos de conflictos internos. Sin embargo, por tratarse de un control externo que involucra a 'otra' justicia, el examen de constitucionalidad tendrá que involucrar una evaluación de doble coherencia: con las normas del derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y con la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

3.3. El derecho indígena y el control de constitucionalidad de la justicia indígena

La evaluación de la doble coherencia de los actos de la autoridad indígena cuando ejerce funciones jurisdiccionales, de conformidad con las normas constitucionales y legales referidas, abre el tema no solo al análisis de las cuestiones relacionadas con el 'contorno' de la justicia indígena, esto es, el ámbito territorial en el que se realiza la justicia indígena o los sujetos sometidos a dicha justicia, sino que además, abre a cuestiones de legitimidad relacionadas con quién es autoridad indígena, qué normas aplica, en qué medida son compatibles con las normas constitucionales y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Abre también a cuestiones de facticidad que surgen de la necesidad de conocimiento acerca de los bienes jurídicos de especial relevancia para el aludido derecho propio, y que requieren de protección constitucional; cuál es la naturaleza de las normas del derecho propio, qué se debe entender por 'conflictos internos'.

De igual forma, conduce a cuestiones de razonabilidad, que determinen los límites del ejercicio jurisdiccional de la autoridad indígena constitucionalmente justificables. Por fin, conduce a cuestiones de imperio u orden político, relacionados con el poder de control constitucional que la Constitución de Montecristi ha reservado para el Órgano de cierre del sistema jurídico nacional, la Corte Constitucional.

Las cuestiones de legitimidad y facticidad serán revisados en este acápite, mientras las cuestiones de razonabilidad y de imperio serán revisadas en el punto 4 del presente capítulo.

En tal sentido, como ya lo hemos mencionado anteriormente, este tipo de indagaciones no puede realizar el órgano de control constitucional sin ejercer un especial activismo judicial que le lleve a comprender la naturaleza del derecho propio en el que actúa la autoridad indígena y respecto de lo cual debe realizar un

examen externo de constitucionalidad. En tal sentido, las audiencias públicas, los exámenes periciales de naturaleza antropológica, sociológica o cultural, las visitas *in loco*, o cualquier otro método de aproximación a la realidad del derecho indígena, será necesario a fin de realizar un efectivo y eficaz control de constitucionalidad de las acciones de la autoridad indígena.

Este esfuerzo puede apoyarse en un momento inicial y de evaluación general, en los estudios académicos existentes, basados en métodos antropológicos o sociológicos de indagación, que faciliten la aproximación intercultural y el conocimiento contextual necesario.

Por otro lado, los análisis periciales han demostrado ser una herramienta importante para ofrecer explicaciones coherentes y razonables acerca de quién es la autoridad indígena dentro de un proceso de juzgamiento de un tercero respecto de actos que involucran a dos partes en confrontación; qué normas aplica, bajo qué procedimientos, qué tipo de decisiones toma, qué efectos tienen sus decisiones.

Dado que en el mundo indígena no es posible identificar una división tajante entre lo social y lo jurídico, la comprensión de las lógicas sociales de los pueblos indígenas deberá pasar, como sostiene LÉVI-STRAUSS, por el estudio de los modos materiales e intelectuales de socialización de la naturaleza (...) el intercambio o el rito, la ecología (...) como un hecho social” (*citado en CHÁVEZ & GARCÍA, 2004*). Entendiendo, por tanto, que son en estas lógicas sociales donde se configura la identidad étnica y cultural, su organización interna y sus relaciones con el ‘otro’.

Así, un conocimiento del pueblo al que pertenece la autoridad indígena y los involucrados será indispensable, considerando que en el Ecuador existen 14 nacionalidades indígenas con presencia en las tres regiones del país; que cada nacionalidad mantiene su lengua y cultura propias; que existen además pueblos dentro de la nacionalidad Kichwa que mantienen su identidad de acuerdo a sus costumbres, dialecto, ubicación geográfica y actividades económicas; que los pueblos Manta, Huancavilca y Puná ubicados en la costa, han desarrollado un

movimiento de recuperación de su identidad indígena, aunque no conserva sus idiomas ancestrales; que existen pueblos en situación de aislamiento voluntario con respecto a la sociedad nacional: los Tagaeri, los Taromenane, y los Oñamenane, ubicados en las provincias amazónicas de Orellana y Pastaza³¹⁰.

Pero además, debe considerar que la comprensión –aproximación– a la ‘otra’ cultura, reviste una complejidad singular, por lo que se deberá evitar superponer las propias clasificaciones sobre las formas de mirar el mundo que tienen los otros.

En este punto, SÁNCHEZ BOTERO (1998) nos alerta que los sistemas autorregulados son sistemas cerrados desde el punto de vista de la información, por lo que, y siguiendo a Claude Shannon³¹¹ acerca de las señales, se deberá considerar: 1) que el significado no se traslada del emisor al receptor, lo único que se traslada son las señales; 2) que las señales solo son señales en tanto y en cuanto alguien puede codificarlas, y para codificarlas hay que conocer su significado.

La clave estaría, por tanto, en saber entender y decodificar estas señales por fuera de nuestros referentes y clasificaciones, haciendo uso, por ejemplo, de aquella hermenéutica diatópica que nos indica SANTOS, y a la que hicimos referencia en líneas anteriores, o de cualquier otra herramienta de indagación que impida confundir la señal con la realidad que encierra dicha señal.

Un ejemplo de esto último tiene que ver con la interpretación directa que se deriva de los reportajes que hacen los medios de comunicación de eventos de sanción o castigo que hacen comunidades indígenas de la sierra ecuatoriana, por infracciones cometidas. Por un lado, y desde el punto de vista periodístico, los hechos entran en la categoría de crónica roja, están

³¹⁰ Información del Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador, SIISE. http://www.siise.gob.ec/siiseweb/PageWebs/glosario/figlo_napuin.htm, consultado el 5 de abril de 2015.

³¹¹ Citado en SÁNCHEZ BOTERO, 1998.

acompañados de una contextualización básica acerca de las causas de la sanción y las imágenes se central en la 'brutalidad' de la sanción. Estas imágenes, desde el punto de vista del televidente, representan una expresión de salvajismo o primitivismo que genera rechazo y una toma de distancia radical frente no solo a los hechos sino a quienes son portadores de tales hechos. Para el operador jurídico, dichas imágenes son un signo innegable de tortura. Como resultado, estas 'lecturas' de lo que ocurre en el mundo indígena –en este caso, de lo que es la justicia indígena–, se muestran distorsionadas e incompletas, dado que lo que ha hecho el reportero es dar cuenta de las señales y no de la realidad que expresa dichas señales.

Por tanto, si queremos aproximarnos a los significados de las otras culturas, no será la simple observación la que nos guíe sino que requeriremos involucrar el punto de vista interno en nuestro análisis, para ser capaces de distinguir las diferencias y sentidos de las conductas. Como consecuencia, en el análisis constitucional no cabe ni la analogía entre el derecho ordinario y el derecho indígena como método para examinar los actos y conductas de la autoridad indígena, ni la simple referencia a la Constitución y a las leyes como fundamento de la decisión; por el contrario, será necesario que el juez constitucional apele a técnicas de interpretación y bases argumentativas que le permitan manejarse entre campos semánticos interlegales desde donde pueda sostener la posible existencia de violaciones constitucionales.

La contextualización de las decisiones de la justicia indígena involucran, por tanto, una identificación del pueblo o nacionalidad al que pertenecen las autoridades indígenas y las personas involucradas en los hechos que esta conoce y resuelve. En este sentido, no obstante de que varían las características entre uno y otro, por lo general se trata de comunidades basadas en relaciones parentales, familiares, políticas y de alianzas pluriétnicas (con otros grupos indígenas), que generan escasas relaciones multidireccionales (contractuales, políticas, económicas, de agravio, etc.) aún en las comunidades con mayor interacción con la

sociedad nacional, lo que imprime, de partida, una característica del tipo de conflictos, la naturaleza y fines de su tratamiento y resolución (CHÁVEZ & GARCÍA, 2004, p. 162).

Pero no solo la variabilidad interna caracteriza a las comunidades, pueblos y nacionalidades, también lo hace la variabilidad externa, dado que, excepto los pueblos en aislamiento voluntario, unos están más integrados a la dinámica de relación de la sociedad nacional que otros; unos optan por limitar las influencias externas, otros conviven y buscan incorporarse a ellas; unos tienen una estructura orgánica interna más consolidada, otros, por diversos efectos y condiciones, ven debilitadas sus estructuras organizativas. Lo descrito otorga mucho sentido al principio que la Corte Constitucional colombiana adoptara en la sentencia C-139/96 y T-349/96³¹², estableciendo que “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”; razón por la cual, una de las primeras indagaciones que deba hacerse en un proceso de control de constitucionalidad de la justicia indígena será determinar el grado de conservación de la identidad cultural de la comunidad a la que se haga referencia.

En cuanto a la dinámica de las causas que conocen y resuelven las autoridades indígenas, los trabajos realizados en el Ecuador acerca del derecho indígena (GARCÍA SERRANO, 2002; CHÁVEZ & GARCÍA, 2004; SANTOS & GRIJALVA, 2012, TIBÁN & ILAQUICHE, 2004) que han estudiado el derecho indígena de varias –no todas– las nacionalidades y pueblos del Ecuador, nos dicen que los procesos jurisdiccionales, esto es, aquellos que resuelven lo que la Constitución denomina ‘conflictos internos’, y a cuya decisión se someten las personas que han acudido o están involucradas en dichos conflictos, varían dependiendo de cada pueblo o nacionalidad.

³¹² Principios que han seguido las sentencias: T-921/13, C-463/14, T-642/14, T-010/15, entre otras.

No obstante de esta diversidad, en el conocimiento y resolución de los conflictos internos, media un proceso integrado por distintas fases perfectamente deducibles e identificables, en donde existe una voluntad originaria de algún miembro de la comunidad que se siente agraviado, de acudir a alguien que reconoce como autoridad a fin de que encuentre una solución, en calidad de tercero no involucrado, frente a alguien que considera ha sido causante del agravio, y cuya decisión final será acatada, más allá de si le complace o no. Respecto de quién es autoridad entre las comunidades, pueblos y nacionalidad, también hay mucha diversidad, dependiendo del tipo de conflicto y de la gravedad del mismo. En esto, parece seguirse la regla de que los conflictos que revisten mayor gravedad para la comunidad los resuelve la comunidad en asamblea general y no una autoridad de la comunidad (ancianos, líderes, sabios, dirigentes comunitarios, etc.).

Una vez que es aceptado el arbitrio del conflicto, los estudios referidos también dan cuenta de que es posible identificar fases indagatorias, fases probatorias, fases deliberativas, fases resolutivas y fases de cumplimiento de lo resuelto. Esto, insistiendo una vez más, variará en cada pueblo o nacionalidad, sin embargo es un indicativo de la existencia de un proceso, una indagación, una contradicción, un análisis sujeto a hechos y normas, una decisión conforme a los hechos y las normas, una resolución o una sanción correspondiente y, finalmente, unas consecuencias que busca alcanzarse con dicho proceso.

Respecto de las decisiones que la autoridad indígena toma, los estudios también revelan que siguen una lógica de 'todos pierden algo', distinta a la lógica del proceso jurídico nacional que sigue la lógica del 'ganador/perdedor'. Esto tiene coherencia con el sentido armónico, de solidaridad y prestigio sobre el cual se organiza la vida comunitaria. Como es lógico deducir de lo que se acaba de mencionar, no se trata de 'justicia por mano propia'.

De esta forma, para el órgano de control constitucional, es perfectamente viable hacer un control externo respecto de los actos de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, dado que la noción de debido proceso, si

bien no se encuentra formulada de la manera como aparece en las normas constitucionales y legales, es claramente identificable en la noción de prohibición de la arbitrariedad, que dentro de los pueblos y nacionalidades indígenas es claramente definible y se encuentra sancionado.

Por otro lado, aunque no pueda hablarse de tipicidad en los términos del lenguaje jurídico positivo, si se puede hablar de que existe una interiorización de la prohibición, no solo por el alto grado de conocimiento de la norma –debido a la composición de la comunidad y al número de miembros que se ven involucrados–, sino porque existe una clara noción que diferencia entre lo aceptable y lo reprochable en la comunidad. De la composición de las comunidades, que como se ha dicho están basadas en relaciones parentales, familiares, políticas y de alianzas pluriétnicas, y que generan escasas relaciones multidireccionales (contractuales, políticas, económicas, de agravio, etc.), se derivan, por tanto, lo que podrá catalogarse como ‘conflicto interno’; que representa todo lo que afecta a la comunidad en su dinámica y estructura de vida.

Complementariamente, es importante resalta el vigoroso sentido de comunidad que existe al interior de las comunidades, pueblos y nacionalidades, lo que marca no solo el carácter y la dinámica de los procesos de conocimiento y sanción de los conflictos sino que los estructura y los define. Por tanto, es el sentido comunitario, lo comunitario y la comunidad, lo que define a la justicia indígena, razón central para hacer imposible ejercicios de equiparación o silogismo entre justicia ordinaria y justicia indígena. En efecto, se trata de ‘otro’ derecho.

4. La judicialización de los derechos indígenas y los desafíos del juez constitucional

Este último subtema está dedicado a revisar y reflexionar acerca de las cuestiones prácticas relacionadas con las garantías jurisdiccionales de los derechos indígena, asunto que lo abordaré en tres acápite: el primero, en el que se

desarrolla una revisión cualitativa y cuantitativa tendiente a reflejar el uso y acceso que han hecho las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, y de autoridades públicas, del control de constitucionalidad de los actos, acciones, políticas públicas y sentencias y autos definitivos de los jueces y tribunales, así como las principales pretensiones y motivaciones que les anima a plantear este tipo de acciones constitucionales, en el período comprendido entre el 2008 y los tres primeros meses del 2016; el segundo, plantea una revisión y análisis del primero y único caso de acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de autoridad indígena en el que la Corte Constitucional ha dictado sentencia; el tercero, analiza los desafíos y las particularidades que enfrenta el máximo Órgano de control constitucional al momento de examinar la constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena y las repercusiones que tienen tales decisiones para la consolidación del Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural.

4.1. Los derechos indígenas en litigio: pretensiones y motivaciones para el acceso al control de constitucionalidad

En este punto del análisis, conviene revisar las pretensiones y motivaciones que han tenido diversos actores sociales y políticos para activar la justicia constitucional relacionada con el tema indígena y sus derechos.

Realizaré un análisis cuantitativo y cualitativo del total de causas que han ingresado a la CC en el período que va del 2008 hasta enero de 2016, en relación a derechos indígenas o a las facultades de autoridades indígenas; sea que fueron presentadas por parte de autoridades públicas o por iniciativa de personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas³¹³. Así, en siete años han

³¹³ Para acceder al texto íntegro de las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador aquí analizadas, ir al enlace:

ingresado a la Corte Constitucional 52 causas relacionadas con temas que involucran asuntos indígenas, los mismos que han merecido variadas respuestas de parte del Órgano de control constitucional, incluso estableciendo reglas y pronunciándose sobre contenidos constitucionales (Anexo I³¹⁴). Así tenemos:

Cuadro I	
Tipo de acción	Nº de causas
-Acción por incumplimiento	8
-Dictamen de constitucionalidad de tratados internacionales	3
-Remisión de sentencias (para jurisprudencia vinculante)	4
-Interpretación constitucional	2
-Consulta de norma	10
-Acción pública de inconstitucionalidad	6
-Acción extraordinaria de protección	7
-Incumplimiento de sentencia	2
-Conflicto (dirimencia) de sentencia	2
-Acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de autoridad indígena	8

A abril de 2016, estas causas se encuentran en el siguiente estado procesal:

Cuadro II	
Estado de la causa	Nº de causas
-Fase de sustanciación	14
-Inadmisión (incluye causas acumuladas)	9
-Resuelto mediante dictamen o sentencia (de las cuales cuatro se encuentran en etapa de verificación de cumplimiento de sentencia. Incluye causas acumuladas)	21
-Para conocimiento del Pleno de la CC	1
-Fase de admisibilidad	3
-Archivadas	3
-No indica	1

En cuanto a las pretensiones o motivaciones para acceder a la justicia constitucional, a excepción de las que corresponden al control de constitucionalidad de tratados internacionales y a la remisión de sentencias que

<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php> (ver también MASAPANTA, 2015).

³¹⁴ Datos: Corte Constitucional. Elaboración: Gina Chávez. Consultado el 15 de abril de 2016.

CAPÍTULO IV

los jueces envían y sobre las cuales la CC. debe establecer jurisprudencia vinculante, tenemos lo siguiente:

Cuadro III	
Pretensión o motivación	Causas
Cumplimiento a las medidas cautelares ordenadas el 10 de marzo del 2006, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	0017-14-AN
Declaración de incumplimiento de norma en el que ha incurrido un juez o tribunal, o una autoridad pública; o buscando dejar sin efecto alguna decisión de autoridad pública	0016-11-AN acumulado con el caso No. 015-11-AN. 0056-10-AN; 0023-10-AN; 0056-09-AN; 0027-09-AN
Interpretación de normas constitucionales	0007-10-IC; 0002-09-IC
Consulta de constitucionalidad del Artículo 345 de la Constitución, relativo a la declinación de competencias por parte del juez ordinario, de proceso sometido a conocimiento de la autoridad indígena, y a petición de este	0078-14-CN; 0005-11-CN y acumulados 058-11-CN, 021-12-CN y 003-13-CN
Consulta de constitucionalidad de Artículo 441 del Código Penal, relativo a la condición de víctima	0072-14-CN
Non bis in ídem	0006-11-CN y acumulado No. 0036-10-CN; 0958-09-EP
Consulta de constitucionalidad de resolución de autoridad indígena	0519-12-CN
Declaración de inconstitucionalidad de decretos ejecutivos, acuerdos ministeriales	0019-13-IN; 0026-12-IN; 0056-09-IN
Declaración de inconstitucionalidad de leyes o Artículos de leyes	0023-11-IN; 0030-10-IN; Caso No. 0008-09-IN, 011-09-IN
Acción extraordinaria de protección en contra decisiones de autoridad indígena	0731-10-EP Caso La Cocha; 0001-13-EI; 0001-15-EI; 0001-16-EI; 0001-14-EI; 0002-14-EI; 0001-12-EI; 0001-11-EI
Acción extraordinaria de protección en contra de sentencias o autos de juez ordinario	0032-09-EP; 0210-09-EP; 0056-10-EP; 0958-09-EP; 1780-11-EP; 0438-12-EP; 1382-15-EP;
Declaración de titularidad de derechos mediante acción constitucional	0032-09-EP; 1780-11-EP;
Dirimencia de competencias entre autoridad indígena y justicia ordinaria	0006-09-DC; 0003-08-DC

Como se puede verificar, existe una gama importante de temas que han merecido el acceso a la justicia constitucional, sea por parte de autoridades, personas u organizaciones indígenas, o por parte de autoridades públicas. Los

actos que han motivado el acceso a la justicia constitucional también son variados e involucran, tanto a decisiones de autoridades indígenas como a decisiones de autoridades públicas o actos legislativos. Algunas decisiones son favorables a personas, organizaciones o autoridades indígenas; otros son favorables a autoridades públicas.

En cuanto a las pretensiones de protección constitucional, tenemos que el mayor número de causas buscan: 1) la declaración de incumplimiento de normas en las que ha incurrido un juez o tribunal, o una autoridad pública; o buscando dejar sin efecto alguna decisión de autoridad pública; 2) la consulta de constitucionalidad del Artículo 345 de la Constitución, relativo a la declinación de competencias por parte del juez ordinario de procesos sometidos a conocimiento de la autoridad indígena; 3) la impugnación de decisiones de autoridad indígena, mediante acción extraordinaria de protección; 4) la impugnación de sentencias o autos de juez ordinario, mediante acción extraordinaria de protección.

En lo que tiene que ver con los criterios o reglas constitucionales de mayor importancia que ha establecido la CC a través de sus sentencias, resaltamos las siguientes:

En el Caso 0008-09-IN, en el que se demandaba la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, la Corte estableció como criterios de interpretación intercultural que debe ser tomado en cuenta por toda autoridad pública al momento de resolver un asunto puesto en su conocimiento, que: “La validación constitucional a la practica de los usos, costumbres y nociones indígenas, trae consigo el establecimiento de la diversidad epistémica y del pluralismo jurídico en el Ecuador, lo cual implica que en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derecho y de nociones que deben ser consideradas al momento de resolver un asunto puesto en conocimiento de alguna autoridad”. En la misma sentencia estableció como criterios interpretativos: a) continuidad histórica; b) diversidad cultural; c) interculturalidad; d) interpretación intercultural.

En el Caso 0027-09-AN, en el que se demandaba que el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Educación Superior, CEAACES, dé cumplimiento a las disposiciones constitucionales a fin de que la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi" cumpla con los objetivos de su creación y se permita implementar sus propios métodos de aprendizaje, sus modalidades y las diferentes extensiones que sean necesarias. La CC estableció parámetros jurídicos de naturaleza intercultural para la evaluación académica e institucional de la mencionada Universidad Intercultural, así como desarrolló el marco conceptual constitucional del principio de diversidad cultural. Estos parámetros coadyuvaron para que el CEAACES implemente un modelo intercultural de evaluación, acreditación y aseguramiento de la calidad de la educación superior. No obstante, y paradójicamente, aplicando dicho modelo intercultural de evaluación, la universidad no superó el correspondiente proceso, por lo que el CEAACES declaró no aprobado. Como consecuencia de ello, la Entidad evaluadora envió la resolución al Consejo de Educación Superior CES, a fin de que en razón de sus competencias, garantice el derechos de los estudiantes de dicha universidad.

En el caso 0210-09-EP, resuelto mediante sentencia No. 141-14-SEP-CC, la Corte desarrolla el concepto de propiedad comunitaria y concluye que los jueces tanto de primera instancia como de apelación no han resuelto el objeto principal de la acción de protección, esto es, la tutela de los derechos constitucionales, afectándose de esta forma los derechos colectivos de las familias pertenecientes a la comunidad Shuar, específicamente su derecho a la propiedad colectiva de la tierra, el mismo que debió ser observado por parte de las autoridades públicas previo a emitir una decisión ya sea administrativa o jurisdiccional.

En el caso 0056-10-EP, referente al maltrato contra un menor en el procedimiento de desalojo ordenado por una autoridad indígena Kichwa Saraguro, la Corte evalúa las acciones tomadas por un juzgado de la niñez y adolescencia que se pronunció respecto de la constitucionalidad de la decisión indígena. La Corte

realiza una amplia argumentación respecto de la jurisdicción indígena y concluye que el juzgado tiene competencia para conocer los casos de maltrato contra el menor, pero que se extralimitó cuando se pronunció sobre la constitucionalidad de la decisión de la autoridad indígena. La sentencia declara la vulneración del derecho a aplicar el derecho propio y la seguridad jurídica, por lo tanto deja sin efecto la decisión judicial impugnada y ordena retrotraer los efectos jurídicos hasta el momento anterior a la vulneración.

En el caso 0072-14-CN, mediante la cual se solicita a la Corte Constitucional resuelva sobre la constitucionalidad de la norma contenida en el Artículo inserto antes del Artículo 441 del Código Penal³¹⁵ dentro del juicio de acción penal pública por genocidio seguido en contra de Tocari Coba Quimintari Orengo y otros pertenecientes a la nacionalidad indígena Waorani por la muerte de los ancianos Waoranis Ompore Omehuay y Buganey Caiga. En la sentencia se establece que alejar a los miembros de los pueblos no contactados o de reciente contacto a un entorno social y colectivo como los centros de rehabilitación social genera una afectación a su relación comunitaria.

Por fin, entre las pretensiones jurídicas que se buscan con el acceso a la justicia indígena, también se encuentran casos en los que se aspira el reconocimiento de derechos o incluso se pretende resolver problemas de legalidad, entre estos tenemos que: se busca una vía constitucional para resolver problemas de legalidad (0032-09-EP; 1780-11-EP); cuestión que no solo se observa en los casos de derechos indígenas sino que se presentan de manera regular en todos los temas que se ponen a conocimiento de la CC.

³¹⁵ La norma a la que se hace referencia es el artículo innominado que hace parte del Capítulo innominado, que habla de los delitos de genocidio y etnocidio. Artículo agregado por Ley No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de Abril del 2009 .

De esta manera, en los siete años de vigencia de la justicia constitucional plena, se ha avanzado en el conocimiento de quién es autoridad indígena, qué normas aplica, cuál es la naturaleza de dichas normas, qué se debe entender por 'conflictos internos'. También se tiene algunas luces acerca de los bienes jurídicos de especial relevancia para los pueblos indígenas que han sido examinados constitucionalmente y que requieren de protección constitucional, adelantando también criterios de compatibilización con los bienes jurídicos de especial relevancia para el derecho nacional. De igual forma, la Corte Constitucional ha determinado ciertos límites para el ejercicio jurisdiccional de la autoridad indígena constitucionalmente justificables; ha brindado protección al ejercicio de la justicia indígena; ha establecido ciertos parámetros de evaluación intercultural; ha desarrollado conceptos constitucionales (propiedad comunitaria y sanciones penales que pueden vulnerar la relación comunitaria); y ha disciplinado a autoridades públicas delimitando sus competencias frente a la justicia indígena.

En cuanto a las medidas de reparación adoptadas por la Corte Constitucional en los casos aquí analizados, se observa también una variedad de decisiones orientadas a restituir los derechos vulnerados, entre estas tenemos que: manda a retrotraer las causas al estado en que se violó el derecho; manda a actuar a la autoridad pública en un determinado sentido en aplicación del principio de diversidad cultural; establece reglas de actuación dirigidas a la autoridad pública; delimita los espacios de actuación de la justicia ordinaria y la justicia indígena; determina criterios interculturales para el establecimiento de penas que implican restricción de la libertad.

Tanto la defensa de derechos y facultades de autoridades indígenas como la defensa del Orden constitucional –sea desde la perspectiva indígena o desde la perspectiva del Estado nacional– han motivado el acceso a la justicia constitucional demostrando, adicionalmente, una disputa política respecto de los sentidos del Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e inconstitucional.

Las decisiones de la justicia constitucional de cierre del sistema jurídico nacional no han complacido a todos los accionantes –ni puede complacer a todos–, pero han puesto a prueba la viabilidad del constitucionalismo plural en un terreno social y cultural en donde solo había prejuicios y marginalidad en contra de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Sin duda la justicia constitucional tiene que profundizar aún más en el desarrollo de elementos, conceptos y orientaciones de naturaleza constitucional, y por mucho tiempo más deberá combatir con las herramientas de la justicia constitucional el racismo, el hegemonismo cultural y el desconocimiento de la justicia indígena, tres muertos que gozan de buena salud.

4.2. El control constitucional de la justicia indígena: El caso La Cocha

Con el fin de examinar con más detenimiento como opera el control de constitucionalidad de la justicia indígena, en el presente acápite haré una revisión de la sentencia No. 113-14-SEP-CC, conocida como ‘Caso La Cocha’³¹⁶, por ser, de las ocho causas de acción extraordinaria de protección en contra de decisiones jurisdiccionales de autoridad indígena, la única causa que ha obtenido sentencia de parte de la Corte Constitucional. De los restantes casos, uno se encuentra para conocimiento del Pleno de la Corte y tres se encuentran en fase de sustanciación y tres en fase de admisibilidad.

Primeramente haré un resumen del caso, para terminar con un análisis de los contenidos constitucionales que contienen la parte motiva y la parte resolutive del caso.

³¹⁶ Para acceder al documento alojado en la página web de la Corte Constitucional, ir al enlace:<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9493e397-2760-4631-9534-ba7d4d63f3c5/0731-10-EP-sen.pdf?guest=true>

Accionante. El señor Víctor Manuel Oliva Pallo, hermano del señor Marco Olivo Pallo, presentó acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena, adoptadas los días 16 y 23 de mayo de 2010, quienes perteneces al Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de su hermano.

Antecedentes del caso. El día 9 de mayo de 2010 en el centro urbano de la parroquia Zumbaua, de la población indígena Kichwa, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, se produjo el asesinato del señor Marco Antonio Olivo Pallo.

Las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo conocieron el caso, por lo que los días 16 y 23 de mayo de 2010 establecieron la culpabilidad de cinco jóvenes indígenas de la comunidad e impusieron sanciones conforme a la justicia indígena.

Ante ello, el Fiscal General del Estado, y otras autoridades del Estado intervinieron a fin de rescatar a los supuestos responsables, además de que se dispuso el inicio de los respectivos procedimientos en contra de los dirigentes indígenas, por plagio y abrogación de funciones.

Además se iniciaron varios procesos dentro de la justicia ordinaria en contra de los procesados.

Pretensión del accionante. La Corte sintetizó las pretensiones del accionante en dos problemas jurídicos a resolver: 1) ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?. 2) ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial a las decisiones de la justicia indígena?.

Diligencias y principales actos procesales. De la sentencia se desprende que la Corte Constitución receptó un amicus curiae y realizó una audiencia pública

el 14 de octubre de 2010 con presencia del legitimado activo, las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha en calidad de legitimados pasivos y terceros interesados –los jóvenes que fueron señalados como responsables de la muerte de Marco Olivo Pallo y sancionados por la justicia indígena–, quienes no obstante haber presentado un escrito el 16 de junio de 2010 manifestando que la sanción impuesta en su contra ha violado sus derechos al debido proceso, a la defensa, a su libertad e integridad personal, en la audiencia ante la Corte afirmaron estar de acuerdo con la justicia indígena impuesta en su contra, por lo que ya han sido juzgados y sancionados, y por tanto, la justicia ordinaria no puede volver a conocer la causa, ya que contradice lo establecido en el Artículo 76 numeral 7 literal i de la Constitución.

Adicionalmente, atendiendo a la complejidad del tema y para mayor comprensión objetiva respecto del derecho propio del pueblo Kichwa Panzaleo, la Corte requirió la colaboración de los expertos Esther Sánchez y Pedro Torres, quienes realizaron cada uno peritajes antropológicos que ilustraron la resolución de la causa.

La Corte Constitucional signó a la acción extraordinaria de protección con el número 0731-10-EP, y el día 30 de julio de 2014, el Pleno del Organismo dictó la sentencia No. 113-14-SEP-CC, en la cual formuló dos problemas jurídicos a resolver.

Análisis de la sentencia N° 113-14-SEP-CC, dictada dentro del caso N° 0731-10-EP

I. Previo a analizar de manera específica los argumentos y la decisión adoptada por la Corte en relación al caso en examen, es importante anotar que se trata de la primera acción extraordinaria de protección frente a decisiones de la justicia indígena presentada ante la Corte Constitucional, luego de entrada en vigencia la Constitución de 2008.

Vale también anotar que el máximo Organismo de control constitucional tardó cuatro años en emitir sentencia, lo que le ha valido importantes críticas por la falta de atención oportuna a problemas jurídicos acuciantes. Así también, es importante tener presente que alrededor de este caso ocurrieron un sinnúmero de reacciones sociales que expresaban, por un lado, el empoderamiento de las organizaciones indígenas para hacer uso de las normas constitucionales que por primera vez reconocían el derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidad del Ecuador; pero por otro lado, expresaban la resistencia de parte de operadores jurídicos (fiscales, jueces, abogados) y de autoridades públicas, a reconocer de manera objetiva y concreta el ejercicio de la justicia indígena. Especial mención se debe hacer al trabajo de determinados medios de comunicación que para ese momento había adoptado una forma de reportaje de casos de juzgamiento indígena, limitado al momento de la sanción (que por lo general y para los casos más graves consiste en un baño en agua fría, pero también puede incluir latigazos, castigo con ortiga, siempre acompañados con consejos que los realiza personas específicas designadas por la comunidad), que contribuía a exacerbar los ánimos de la sociedad, alimentando prejuicios raciales de todo tipo.

Hago esta contextualización del caso porque, en mucho, la Corte se guía y responde –en la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*– a este estado social vigente en relación al tema indígena, y es lo que pronuncia en la decisión.

II. Es también frente a este estado social que el accionante busca dos tipos de respuesta por parte de la Corte Constitucional: la una, referida a la vigencia, funcionamiento, significados, valores, principios, fines que persigue la justicia indígena; la otra, referente a las obligaciones que tienen las instituciones y autoridades públicas frente a la justicia indígena, dadas las actuaciones que se expresaron de su parte y de parte de los medios de comunicación, en relación al caso.

Con las pretensiones que plantea y la solicitud que hace el accionante, es claro que busca que la Corte Constitucional realice una especie de ‘traducción’

para la sociedad nacional, de lo que es la justicia indígena para el pueblo kichwa Panzaleo; así como busca que establezca los límites –discipline– de actuación de las instituciones y autoridades públicas y medios de comunicación, frente a la justicia indígena. Se diría, en ese sentido, que se trata de una acción eminentemente política³¹⁷ que busca una respuesta política constitucional de parte del máximo Órgano de justicia constitucional.

III. Por su parte, la Corte asume el reto –aunque para ello se toma su tiempo dada la dificultad del caso–, y da su respuesta en base a la identificación de dos problemas jurídicos que agrupan las pretensiones generales del accionante: decir –traducir, interpretar para la sociedad nacional– lo que es la justicia indígena y avalar las actuaciones de la autoridad indígena en relación al caso; y, poner límites –disciplinar– a las instituciones y autoridades públicas y a los medios de comunicación, en el respeto de la justicia indígena y la imagen respetuosa que deben adoptar frente a las formas de vida, valores y principios.

La Corte, de este modo, entiende que la protección del derecho propio de los pueblos indígenas requiere de un especial activismo judicial que subsane determinadas imprecisiones del escrito de la acción extraordinaria de protección³¹⁸, extrayendo de este los elementos necesarios para realizar un pronunciamiento constitucional sobre un aspecto –la justicia indígena– de entre

³¹⁷ Adelanto esta interpretación dado que fue arto conocido en el medio judicial y político que detrás de esta acción constitucional estaban organizaciones indígenas, líderes comunitarios, políticos indígenas y abogados afectos a la causa indígena, que vieron en el caso una oportunidad para concretar, en determinado sentido, los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas. Así como también, de parte de determinadas autoridades administrativas y judiciales se optaba por transformar en letra muerta las normas constitucionales referentes a la justicia indígena, desconociendo en los hechos el ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas.

³¹⁸ Dado que sustancialmente el accionante no se expresa contrario a las decisiones de la justicia indígena pero si encuentra que se vulneran sus derechos por la injerencia ilegítima de las instituciones y autoridades públicas y por los reportajes insultantes que algunos medios de comunicación hicieron del caso; así también, por la falta de decisión por parte de las autoridades indígenas en exigir el respeto debido a sus decisiones.

los temas de mayor resistencia cultural que la Constitución de Montecristi plantea superar, esto es, la subsistencia del ordenamiento social, político y cultural de los pueblos y nacionalidades indígena y la relación de los pueblos y nacionalidades indígenas con el Estado.

IV. Respecto de los contenidos de la sentencia, la Corte desarrolla determinados conceptos constitucionales sobre la plurinacionalidad y la interculturalidad, aclarando, en relación al último término, que no apunta al reconocimiento de grupos étnico-culturales sino a las relaciones entre grupos heterogéneos con otros grupos sociales, no obstante ambos conceptos, la plurinacionalidad y la interculturalidad, se perfeccionan uno con otro.

Al analizar los numerales 9 y 10 del Artículo 57 de la Constitución, la Corte entiende que del marco constitucional y del derecho internacional se presume la existencia de una estructura propia de las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como la existencia de una autoridad que representa dicha estructura, crea derecho interno y sanciona y resuelve los conflictos internos, precisando que la autoridad indígena es aquella que es nombrada por la comunidad indígena para conformar el órgano oficial representativo que es el cabildo.

Más adelante, la Corte entiende que el órgano especializado que resuelve los conflictos internos de las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo es la Asamblea Comunal, instancia que dentro de un proceso de investigación y juzgamiento que se inicia a pedido directo de los afectados, adopta las decisiones que resuelven los conflictos internos, en una dinámica marcada por una deliberación colectiva, en la que participan activamente los miembros de la comunidad. Razonamiento que incluye una descripción extensa de los momentos procesales que llevan las autoridades indígenas previo a que la asamblea comunal tome una decisión.

Otro elemento importante a resaltar es que el acto de sometimiento de un caso significa para quien acciona la justicia indígena, la obligación de sujetarse a los principios y decisiones de la comunidad; así como, que las sanciones, y por

ende las medidas de solución o conciliación entre las partes, buscan la restitución comunitaria de quien infringe el orden establecido, con el fin de devolver el equilibrio de la comunidad.

Bajo estos razonamientos, la Corte precisa que la sanción establecida en el caso concreto constituye una práctica de toda la comunidad que conoce y reconoce como mecanismo de amonestación, advertencia o llamado al orden. Y algo que resulta central, es que entiende que es la Asamblea General Comunitaria la autoridad competente encargada de conocer y resolver los conflictos internos que afectan bienes jurídicos comunitarios.

Por último, al analizar los bienes jurídicos que se protegen en el proceso de resolución del conflicto en examen, concluye que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad. Lo que significa que la comunidad no asigna un criterio de responsabilidad individual al causante de la muerte, dado que las medidas sancionatorias lo que buscan es restablecer el equilibrio comunitario y reintegrar a quien a infringido el orden comunitario.

Este, sin duda, es el razonamiento más complejo y polémico al que llega la Corte en la evaluación que realiza del modo como opera y funciona la justicia indígena, tanto más cuando dicho razonamiento le lleva a reflexionar sobre el derecho a la vida en cuanto derecho de toda persona y a concluir que frente a actos que vulneran la vida, el Estado actúa como ente protector y sancionador de tales conductas, y por tanto, es al Estado al que le corresponde asumir la responsabilidad de perseguir, investigar, juzgar y sancionar tales actos.

En este punto, la Corte sostiene que no obstante las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, esta se encuentra sometida a la Constitución y por tanto condicionada a proteger los derechos en ella establecidos, en este caso la

inviolabilidad de la vida, por lo que las autoridades indígenas deben garantizar que todo atentado contra la vida sea juzgado de conformidad con la Constitución. Aquí, la Corte dispone que les corresponde a las autoridades indígenas colaborar con el Estado y sus instituciones en el proceso judicial de determinación de responsabilidades derivadas de la vulneración del derecho a la vida, fijando, de esta manera, un principio objetivo de cooperación y coordinación entre justicia indígena y justicia ordinaria.

En la parte resolutive y como consecuencia del razonamiento que desarrolla, la Corte determinó como regla de aplicación obligatoria “que la jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario”.

Respecto del segundo problema jurídico determinado para indagar si las instituciones y autoridades públicas respetaron las decisiones de la justicia indígena, la Corte encuentra, en lo sustancial, que dado que la Asamblea Comunitaria cuando conoció el caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida, sino en función de los efectos sociales y culturales que esta muerte provocó en la comunidad, no se configuró un proceso de *non bis in ídem* o doble juzgamiento. Sin embargo, para garantizar los derechos indígenas dentro de un proceso penal, la Corte reitera que las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, apliquen lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, esto es, una examen intercultural de los actos y las acciones sujetas a juicio.

Una atención especial da la Corte a la actuación de los medios de comunicación en el caso concreto, en especial a los efectos que tiene su labor cuando esta no cumple los parámetros establecidos en la Ley correspondiente, cuyos efectos llegan a desfigurar la forma de vida indígena y a degradarlos como grupo. Esto le lleva a determinar que “cualquier medio de comunicación público, privado o comunitario, autoridades públicas o particulares, para ajustar su

actuación a la normativa constitucional vigente, cuando se trate de emitir o difundir noticias relacionados con asuntos de justicia indígena deberán evitar toda desnaturalización del significado del proceso de justicia indígena, por lo que deberán observar los principios verificación, contextualización y veracidad, debiendo para el efecto previa autorización de las autoridades indígenas documentar y presentar los aspectos relevantes del procedimiento, de manera integral y no solo difundir un aspecto aislado.”

En la parte resolutive, al tiempo de determinar que no se han vulnerado los derechos constitucionales; que la Asamblea General Comunitario del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios; dictó reglas dirigidas a los medios de comunicación social, estableciendo su obligación de asegurar los principios constitucionales.

La resolución del caso “La Cocha”, que actúa como sentencia fundante de línea jurisdiccional sobre la justicia indígena, sobre las formas de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena y sobre los parámetros de actuación que deben seguir los medios de comunicación cuando realizan reportajes sobre la justicia indígena, consolida a nivel jurisprudencial el concepto de que las normas constitucionales relacionadas con el derecho propio, suponen un reconocimiento estatal de parámetros normativo-culturales distintos a los que justifican y dan fundamento al orden jurídico nacional, incluida la ley penal. Sobre esta base, toma la decisión de excluir –luego de verificar el peso que tiene el sentido comunitario en la adjudicación de responsabilidades y de considerar las responsabilidades que tiene el Estado frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con relación a derechos de especial relevancia como la protección de la vida–, del conocimiento de las autoridades indígenas, los casos que incluyen vulneración al derecho a la vida.

En el caso La Cocha, la Corte determinó quién es la autoridad dentro de los pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador, y como se efectúa el proceso de

administración de justicia indígena, diferenciándolo de la administración de justicia ordinaria, así la Corte precisó:

Es justamente por esta particularidad que es menester reconocer que se trata de un derecho propio, distinto al derecho ordinario, pues opera y funciona con principios y reglas distintas a este; de ahí que es destacable la coherencia del Constituyente de Montecristi al distinguirlos y establecerlos como Justicia Ordinaria y Justicia Indígena.

Al definir como debe darse la difusión y análisis de temas de justicia indígena, precisó que la obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario, así como toda autoridad pública o particular, siempre que difundan y analicen temas de justicia indígena, tienen la obligación de otorgar los espacios necesarios para que las autoridades de justicia indígena y las partes procesales presenten argumentos respecto al tema en cuestión.

Determinó, como quedó mencionado en líneas anteriores, que la tutela del bien jurídico vida corresponde a la jurisdicción ordinaria, por cuanto lo que juzga la justicia indígena no es la afectación del bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.

Dos son los cuestionamientos centrales que se han hecho a dicha sentencia: el uno, critica que la Corte Constitucional se haya extralimitado al excluir de la competencia de las autoridades indígenas el conocimiento y resolución de casos de muerte, siendo que dicha acción es una justicia rogada que tiene que limitarse a resolver lo demandado y por tanto no está en su competencia pronunciarse sobre asuntos de competencia y mucho menos establecer reglas con carácter *erga omnes* en este tipo de acciones. El segundo, critica que la Corte no haya declarado la existencia de doble juzgamiento –dado que lo que hizo la comunidad indígena en el caso examinado fue juzgar, sancionar y ejecutar lo sancionado en contra de los presuntos asesinos, no obstante la justicia ordinaria tiene abierta una causa judicial por los mismos hechos–, que implícitamente representa un desconocimiento de lo juzgado por la justicia indígena.

Frente a la primera crítica, hay que advertir que no solo en varias acciones de protección, la Corte determinó reglas y criterios de carácter *erga omnes*, e incluso declaró inaplicable o moduló el sentido de determinadas normas legales, como ya se vio en el punto 2.3 del presente Capítulo, sino que, adicionalmente, dentro del conocimiento de acciones por incumplimiento, también realizó interpretación constitucional al momento de identificar la necesidad de esclarecer el sentido de una norma legal.

Así, en la sentencia No. 002-09-SAN-CC, interpretó la Ley de la Procuraduría General del Estado, instrumento que tiene carácter orgánico, determinando que en la norma que le otorga facultades al Procurador General del Estado para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de las normas es contraria a la Constitución, y en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la parte pertinente y señaló que el Procurador General del Estado debe abstenerse de emitir dictámenes en los cuales haga interpretaciones de normas constitucionales. Esta decisión, como se puede advertir, configuraría una clara intervención de la Corte sobre asuntos competenciales desde una garantía jurisdiccional, que no obstante la Corte lo viene realizando, asumiéndose que lo hace entendiendo que la protección del ordenamiento jurídico y la protección de los derechos, garantías y libertades públicas deben ser resguardados en la misma intensidad y en cualquier situación que se verifique su vulneración, aún si en ocasiones se desbordan los límites de acción de las garantías jurisdiccionales concretas. Aquí se constata que el concepto de supremacía de la Constitución y el carácter normativo de la misma se materializan de una manera radical.

Abundando en ejemplos y en igual sentido, en el conocimiento de otra acción por incumplimiento, dictó la sentencia No. 004-13-SAN-CC, dentro de la cual declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del Artículo 19, frase final de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y adicionalmente, dictó reglas con carácter *erga omnes*, mediante las cuales reguló el ámbito

competencial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como de los jueces civiles, para efectuar la reparación económica.

Esto hace ver que son varios los casos en los cuales la Corte no solo ha efectuado control abstracto de constitucionalidad dentro de una demanda concreta, sino que además ha dictado reglas orientadas a garantizar de la mejor manera los derechos constitucionales, pronunciándose incluso, tal como ha sido demostrado, respecto de facultades y competencias de terceros.

Sobre las críticas que sostienen que la Corte desconoció lo juzgado por la justicia indígena al no declarar la existencia de doble juzgamiento, dado que lo que hizo la comunidad indígena en el caso examinado fue juzgar, sancionar y ejecutar lo sancionado en contra de los presuntos asesinos, no obstante la justicia ordinaria tiene abierta una causa judicial por los mismos hechos, también habrá que revisar si existe concordancia entre esta decisión y los precedentes jurisdiccionales de la Corte Constitucional sobre el *non bis in ídem*.

En este sentido, Artículo 76 constitucional establece que: [e]n todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el debido proceso; mientras en el numeral 7 literal i) del mismo Artículo determina que: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto” .

Este Artículo se encuentra en concordancia con el Artículo 8:4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece: El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

En términos generales, a través de esta garantía se procura que las personas –incluidas las personas indígenas que sean juzgadas por la justicia indígena–, no sean juzgadas más de una vez por un mismo hecho, lo cual además asegura el ejercicio de otros derechos como la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

Como se puede apreciar, entendiendo a la justicia indígena a la par que la justicia ordinaria, para la Constitución carecería de sentido que se faculte un nuevo juzgamiento en los casos resueltos por la justicia indígena.

Pero veamos lo que ha dicho la Corte Constitucional ecuatoriana respecto de la figura del *non bis in ídem*.

La sentencia No. 012-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0529-12-EP, la Corte establece una diferencia entre debido proceso constitucional y el debido proceso legal, determinando que el primero se produce frente a la vulneración de un contenido constitucional del derecho, mientras que el segundo frente al incumplimiento de formalidades previstas en la normativa infraconstitucional. Bajo este criterio, más adelante señala que el *non bis in ídem* se fundamenta principalmente en la institución de la cosa juzgada tanto en su arista positiva como negativa, constituyéndose en una garantía dentro de la administración de justicia que logra que las decisiones que ponen fin a un proceso gocen de fuerza obligatoria y definitiva. Se erigen de esta forma, como verdad material de los procesos, y a su vez, impide que los ciudadanos, al momento de someterse a la actividad jurisdiccional del Estado, no se encuentren en una situación de incertidumbre respecto a la posibilidad de que los temas sobre los conflictos que ya fueron conocidos, vuelvan a plantearse con identidad subjetiva y objetiva para una nueva solución.

La Corte además precisa que este principio, para ser invocado como una garantía del debido proceso, requiere (únicamente) que exista una resolución proveniente de una causa iniciada *ex ante*, a un proceso en el cual confluyan cuatro presupuestos que deriven en la prohibición de doble juzgamiento contenida en el

principio cuestión, a saber: *eadem personae*, identidad de sujeto, *eadem res*, identidad de hecho, *eadem causa petendi*, identidad de motivo de persecución, y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia. Con esto, la Corte Constitucional concluye que:

En este orden de ideas, el principio *non bis in ídem*, forma parte de la estructura procesal de la administración de justicia y aparece como uno de los elementos garantizadores del debido proceso, y en relación a este, de la seguridad jurídica en cuanto el principio en sí, debe propender al amparo y protección de las normas procesales en general, y a su vez, a la seguridad individual de los sujetos procesales, en particular.

Siguiendo esta línea de análisis, el propio ordenamiento jurídico, desde su estructura jurídico procesal, determina el tratamiento (alcance, sentido y oportunidad) para la aplicación de esta garantía del debido proceso, en observancia a la naturaleza y materia de cada proceso.

La Corte Constitucional, no obstante de reconoce la relación directa entre el principio *non bis in ídem* y la cosa juzgada, señala que existen diferencias dado que el primero atiende al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho y materia, mientras que la cosa juzgada resulta en un atributo, en una calidad, que el ordenamiento jurídico destina a la sentencia, cuando esta cumple con los requisitos para que quede firme: sea inimpugnable (cosa juzgada formal) y sea inmutable (cosa juzgada material).

Respecto del principio de *non bis in ídem*, consagrado en el Artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que dicho principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, Artículo 14.7, que se refiere al mismo “*delito*”), la Convención

Americana utiliza la expresión ‘los mismos hechos’, que es un término más amplio en beneficio del inculpado o procesado³¹⁹.

La Corte ha sostenido de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el Artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmine en una sentencia firme de carácter absolutorio³²⁰. El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas³²¹, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia³²².

Para que se configure una violación del Artículo 8.4 de la Convención Americana: (i) el imputado debe haber sido absuelto; (ii) la absolución debe ser el resultado de una sentencia firme, y (iii) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio³²³.

La firmeza de la absolución dictada se determina de acuerdo al derecho interno. El término “sentencia firme”, contenido en la Convención Americana, no siempre coincide con su definición en el derecho interno.

En particular, se ha señalado que el principio de *non bis in ídem* no es absoluto y admite excepciones en la medida en que no debe impedir la investigación de

³¹⁹ Cfr. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo, párr. 66; Caso Mohamed Vs. Argentina, párr. 121; Caso J. vs. Perú, párr. 259.

³²⁰ Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo, supra, párr. 137; Caso Mohamed Vs. Argentina, párr. 122; Caso J. vs. Perú, párr. 260.

³²¹ Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 161; Caso Mohamed Vs. Argentina, párr. 122; Caso J. vs. Perú, párr. 260.

³²² Cfr. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo, párr. 66; Caso Mohamed Vs. Argentina, párr. 122; Caso J. vs. Perú, párr. 260.

³²³ Cfr. CIDH, Caso No. 11.006. Informe No. 1/95, Caso Alan García Vs. Perú. Informe Anual, 1994, OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev. (1995), 7 de febrero de 1995; y Caso J. vs. Perú, párr. 262.

graves violaciones de derechos humanos³²⁴, ni resulta aplicable cuando la absolución “obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal” o “no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia”³²⁵ o cuando la “sentencia firme” fue dictada en contravención con las garantías de competencia, independencia e imparcialidad³²⁶ establecidas en el Artículo 8.1 de la Convención.

Como vemos, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a este principio más desde el ámbito penal, sus criterios son coincidentes con los determinados por la Corte Constitucional del Ecuador, en cuanto a que este principio se constituye en una garantía fundamental del debido proceso que busca evitar un doble juzgamiento a una persona, la Corte ecuatoriana reconoce este principio como una garantía no solo aplicable al ámbito penal, sino en todo ‘procedimiento’, lo cual incluye tanto a procesos administrativos como judiciales – entre estos, los procesos de la justicia indígena.

Ahora bien, y volviendo a la sentencia La Cocha, al determinar que la tutela del bien jurídico vida corresponde a la jurisdicción ordinaria, luego de verificar, y por ende asumir que “lo que juzga la justicia indígena no es la afectación del bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esta muerte provocó en la comunidad” [por tanto] “no se configuro

³²⁴ Véase, *inter alia*, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, párr. 319; Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala, párr. 327, y Caso García y familiares Vs. Guatemala, párr. 196. Caso J. vs. Perú, párr. 267

³²⁵ Véase, *inter alia*, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra, párr. 154; Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 98; Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párrs. 131 y 132, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra, párr. 195. Caso J. vs. Perú, párr. 267

³²⁶ Véase, *inter alia*, Caso La Cantuta Vs. Perú, supra, párr. 153; Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 115 a 131, 143 y punto resolutivo séptimo, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra, párr. 195 y 197. Caso J. vs. Perú, párr. 267

un proceso de *non bis in ídem* o doble juzgamiento”, la Corte Constitucional define implícitamente, a mi juicio, algunas cuestiones de relevancia jurídica.

En primer lugar, al decir que el pueblo kichwa Panzaleo no cuenta con mecanismos internos para sancionar actos que atenten contra la vida en sí misma, entiende que la naturaleza de la justicia indígena es su carácter comunitario, de lo que se deriva que el criterio de responsabilidad que prima en las causas indígenas es el grado de afectación a la comunidad. Esto explica que las sanciones indígenas no se dirijan a adjudicar la responsabilidad a un individuo o individuos determinados sino a restituir la armonía y tranquilidad de la comunidad.

En segundo lugar, entender de esta manera la naturaleza de la justicia indígena, así como tener presentes las responsabilidades internacionales del Estado ecuatoriano frente a la protección de bienes jurídicos de especial relevancia como la vida, le lleva a la Corte a determinar como regla de carácter general, que en los casos que se atente contra la vida es la justicia penal ordinaria la competente para conocerlos. Esta exclusión general de competencias, a mi criterio, se justifica por las amplias referencias que hacen al carácter comunitario no solo los dos peritajes que acompañan al proceso en análisis, sino también en el *amicus curiae* y en las audiencias públicas, en donde se contextualiza la realidad del pueblo kichwa Panzaleo con relación a los demás pueblos y nacionalidades del Ecuador. Aunque la Corte no hace referencia a los estudios técnicos y académicos existentes sobre justicia indígena en el Ecuador, dicha naturaleza de la justicia indígena también habría sido confirmada por esta vía.

En tercer lugar, y como consecuencia de la manera como entiende la naturaleza comunitaria de la justicia indígena, la CC concluye que no se ha configurado un doble juzgamiento, reiterando en este punto, que las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, apliquen lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, esto es, una examen intercultural de los actos y las acciones sujetas a juicio.

Esta decisión del órgano de control constitucional, tiene concordancia con los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que fueron revisados anteriormente, no solo porque no habría sentencia de la justicia indígena que juzgue en sí a los responsable de la muerte, sino también porque la instrucción que abre la Fiscalía General y el respectivo proceso de juzgamiento en un juzgado de lo penal en contra de los acusados no ha culminado ni cuenta con una sentencia firme de carácter absolutorio. Recordando nuevamente lo que establece el 8.4 de la Convención Americana: (i) el imputado debe haber sido absuelto; (ii) la absolución debe ser el resultado de una sentencia firme, y (iii) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio.

Sobre esta base, la Corte Constitucional ha previsto las condiciones en virtud de las cuales se produce una vulneración del principio *non bis in ídem*, como también ya lo indicamos, destacando que la existencia de procesos simultáneos pendientes de ser resueltos, no supone por sí solo una vulneración al principio.

Más allá de los desacuerdos que pudieran provocar esta decisión, está la valoración que el máximo Órgano de control constitucional hace respecto de las características que tiene el Orden comunitario –hoy y en este momento histórico–, centrado en mantener y restituir en el menor tiempo posible –y sobre cualquier otra consideración–, la armonía interna de la comunidad.

La interpretación –traducción– que adelanta la Corte en este caso, confirma la existencia de un orden interno del pueblo kichwa Panzaleo, de autoridades, normas y procedimientos de evaluación de los actos que atentan en contra de los principios, valores y normas comunitarias. Lo que significa que es ese Orden interno el que el Estado, sus instituciones, autoridades y demás miembros, deben respetar, valorar y coadyuvar para su permanencia en el tiempo.

Las críticas respecto de la sentencia, que van dirigidas a la decisión adoptada por la Corte de excluir del conocimiento del pueblo kichwa Panzaleo los casos de muerte bajo la consideración de que dicha decisión ha relativizado los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como a menoscabado el espíritu del Artículo 171 de la Constitución, para MASAPANTA (2015, p. 56), no son suficientes dado que al emitir la sentencia, la Corte plasmó distintos efectos: interpartes cuando resuelve el conflicto asociado con la muerte del sujeto en concreto y de sus presuntos responsables; con efecto *inter comunis* cuando determina que la autoridad competentes es la Asamblea General en cuanto a la toma de decisiones; y con efecto erga omnes cuando en la parte resolutive crea reglas jurisprudenciales a ser observadas por parte de todos los agentes jurisdiccionales del país.

Para el pensamiento jurídico, es un reto desdoblar el razonamiento, muy arraigado en la lógica formal más elemental, entre las convicciones legales adornadas con un halo de superioridad y los ordenes normativos de distinta tradición jurídica sobre los que actúan los pueblos y nacionalidades indígenas. Sin embargo, ese es precisamente, el ejercicio de razonamiento jurídico que exige el pluralismo jurídico en el Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural.

Mucho camino falta por recorrer, especialmente en orden a brindar respeto y valorar las distintas alternativas de vida que comparten el tiempo y el espacio del Estado plurinacional, en donde solo el concepto de constitución viva hace posible todas las adecuaciones, reconfiguraciones y actualizaciones que exigen el devenir histórico de los pueblos.

4.3. Particularidades y desafíos del control constitucional de la justicia indígena

Para abordar el tema de los límites del control de constitucionalidad de la justicia indígena, voy primeramente a referirme a un interesante Artículo

denominado “Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional”, que FOSSAS ESPADALER escribiera en 2015, sobre de las particularidades de la evaluación convencional que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH y las diferencia con la evaluación constitucional que realiza el Tribunal Constitucional cuando hace control de constitucionalidad en el marco de un constitucionalismo plural constituido por la Unión Europea.

A partir de esto, analizaré las particularidades del control de constitucionalidad de la justicia indígena y las diferencias con el control de constitucionalidad que la Corte Constitucional realiza de los actos y decisiones de autoridad pública, y terminaré con una reflexión acerca de los desafíos que conlleva esta labor judicial para la democracia, la equidad y la justicia social, especialmente la que tiene que ver con los pueblos y nacionalidades indígenas.

Así, FOSSAS comienza asumiendo el concepto de pluralismo constitucional que plantea BUSTOS (2012, pp. 306-307, *citado en* FOSSAS, 2015), y que lo entiende como “aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de ordenes normativos institucionales, cada uno con una Constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro”. Concepto de pluralismo jurídico que, por lo demás, se ha venido predicando con fuerza desde hace tres décadas en Latinoamérica, respecto de la realidad jurídica de los Estados con población indígena, no solo por académicos sino, fundamentalmente, por los propios pueblos indígenas y por una diversidad de actores sociales que impulsan proyectos de democratización y transformación social.

FOSSAS se refiere, por supuesto, al pluralismo constitucional externo generado a partir de la vigencia de la Convención Europea de Derechos Humanos – que proyecta a la Unión Europea como algo más que un espacio de integración

económica-; no obstante, y salvando las distancias, la descripción que trae a estudio calza perfectamente –a excepción de la idea de supremacía–, a la situación de pluralismo constitucional interno que instaura la Constitución de Montecristi, esto es “una situación en las que existe una pluralidad de ordenes normativos institucionales, cada uno con una Constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro”.

Esto es así dado que al reconocer la Constitución ecuatoriana el derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, implícitamente asume que se trata de ordenes jurídicos compuestos por normas de organización política y social sobre los cuales actúan sus miembros y que configuran las conductas aceptables y reprochables que guían el devenir de la comunidad. Realidad jurídica que, como lo vimos en el estudio de caso, fue confirmada por la CC.

Por tanto, en dichos ordenes jurídicos de los pueblos y nacionalidades, también habrá de presumirse –como efectivamente hace el máximo Órgano de control constitucional en el caso que acabamos de analizar–, la existencia de reglas y principios de distintos rangos, entre ellas, las que se asuman de rango superior (el principio comunitario, la reciprocidad, la armonía comunitaria, etc.), que actúan en sentido constituyente de la comunidad.

Al hablar de los límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional, FOSSAS distingue que estos pueden ser de dos tipos: límites formales, esto es, los establecidos en la Constitución³²⁷; y límites

³²⁷ Dentro de estos también estarían el ‘principio de prohibición de exceso’ como límite al poder legislativo, sostenido por CARBONELL MATEU (1996, pp. 82 y 192), y los ‘límites constitucionales del *ius puniendi* en el Estado social y democrático de Derecho’ el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, el principio de humanidad y el principio de resocialización, referidos por MIR PUIG (2011, p. 94; citados en FOSSAS, 2015).

sustanciales, esto es, obligaciones de tipo sustancial derivadas del Artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Los límites formales que normalmente aparecen como garantías constitucionales relacionadas con el Derecho penal, tienen que ver con el principio de legalidad, cuyo principal cometido es el de constituir un límite externo al ejercicio monopolístico del *ius puniendi* por parte del Estado, erigiéndose en un impedimento para que los poderes ejecutivo y judicial configuren libremente delitos y penas (FOSSAS, 2015, p. 306).

Mientras tanto, los límites sustanciales hacen referencia a lo que el TEDH, ha entendido en relación a que:

[...] algunos derechos, como el derecho a la vida, generan obligaciones de tipo sustancial derivadas del Artículo 1 CEDH, como sería el deber del Estado de no lesionar por sí mismo la vida humana (Art. 2 CEDH); pero también obligaciones que van más allá del «deber primordial» de instituir una legislación penal concreta disuadiendo de cometer actos ilícitos contra las personas. Junto a estas, el Tribunal ha identificado también obligaciones positivas de tipo «procedimental», como, por ejemplo, la protección procesal del derecho a la vida que implica y exige conducir una forma de investigación eficaz cuando los agentes del Estado han provocado la muerte de un hombre (Mc Cann c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995. P328, citado por FOSSAS, 2015).

Sostiene también el autor que:

Además de las anteriores obligaciones y siguiendo el ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el TEDH ha contemplado un deber de protección de los derechos convencionales mediante el Derecho penal, cuyo incumplimiento acarrearía una violación de las obligaciones contraídas por el Estado. Se trata, pues, de obligaciones internacionales de tutela penal, explícitas o implícitas, que recaen en primer lugar sobre el legislador estatal, el cual ha de cumplir ese deber de criminalizar en abstracto las conductas lesivas de ciertos derechos fundamentales. Tal como se ha puesto de manifiesto, el Tribunal ha entendido que ese deber podía ser violado en distintos supuestos: a) una laguna originaria de punibilidad de una conducta (caso X e Y c. Países Bajos, de 26 de marzo de 1985); b) ausencia de un tipo penal para criminalizar eficazmente la lesión de un derecho fundamental (caso Siliadin c. Francia, de 4 de diciembre de 2005); c) existencia de causas de justificación demasiado extensas (caso A. C. Reino Unido, de 23 de septiembre de 1988); d) leyes de amnistía que impidan la acción penal contra crímenes lesivos de derechos fundamentales (caso Abdülşamet Yaman c. Turquía, de 2 de noviembre de 2004); e) previsión de penas demasiado débiles (caso Paduret c. Moldavia, de 5 de febrero de 2010). A los anteriores se puede añadir el supuesto de

la definición de un delito que se considera contrario al Convenio por exigir una determinada conducta en la víctima, en concreto, cuando para ley penal solo existe delito de violación si ha concurrido resistencia física por parte de aquella, con el riesgo de dejar impunes ciertos tipos de violación (caso M. C. c Bulgaria, 4 de diciembre 2003; pp. 328, 329) (FOSSAS, 2015; *ver también* LAPORTA, 2002).

Además de resaltar los límites materiales que tiene el legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional, el autor plantea –lo que resulta también pertinente para la reflexión del presente trabajo–, que la función «constitucional» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no implica una equiparación del juicio de constitucionalidad con el juicio de convencionalidad, dado que el Convención Europea de Derechos Humanos, a diferencia de la Constitución, establece un estándar mínimo europeo en materia de derechos fundamentales partiendo de la heterogeneidad jurídica y política de los Estados. Ello explica que el TEDH, a diferencia del Tribunal Constitucional, no realice una función uniformadora sino una función armonizadora de los sistemas de garantía existentes en Europa, lo que a su vez, lleva a que el parámetro de enjuiciamiento que aplique del TEDH, en el control de la convencionalidad de las medidas adoptadas por los Estados no sea el de la identidad-conformidad con el estándar europeo sino el de la proximidad-compatibilidad entendida como principio de no contradicción (QUERALT, 2008, p. 104 y 319; *citado en* FOSSAS, 2015).

Como último elemento de análisis a resaltar de los planteamientos del autor, es que la posición del Tribunal de Estrasburgo frente al legislador penal está condicionada por el criterio interpretativo que ha sido utilizado en su jurisprudencia, concretamente, el de los conceptos autónomos, por medios del cual, el significado de los términos del Convenio no se corresponde necesariamente con el que esos mismos términos poseen en los ordenamientos internos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado el criterio de conceptos autónomos en el Derecho penal, por ejemplo, donde tanto sus nociones (pena, detención, acusación, legalidad, testigo), como la «materia penal», que condiciona la aplicabilidad del Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos

Humanos, son interpretadas de manera autónoma por el Tribunal de Estrasburgo.
Y añade el autor:

De especial interés resulta la interpretación que el TEDH ha realizado de la expresión «ley», que aparece en el Artículo 7 CEDH («No hay pena sin ley») al consagrar el principio de legalidad penal. El texto del precepto no utiliza la palabra «ley» sino que dispone: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional». No se limita, pues, a la ley en sentido formal sino que incluye la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales y el derecho internacional, de tal manera que a efectos del Convenio se consagra un principio de legalidad «descafeinado» por la eliminación de la garantía que comporta la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal (HUERTA 2009, p. 519, *citado en* FOSSAS, 2015, p. 320).

Esta larga referencia al escrito de FOSSAS se justifica porque me permite aludir al trabajo de evaluación que tiene que adelantar la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de los actos de las autoridades que ejercer jurisdicción indígena. Y es que, a diferencia del control de constitucionalidad que realiza de los actos de autoridad pública, en el caso de las autoridades indígenas, el ejercicio de evaluación constitucional se traslada a un espacio externo –el derecho propio y la jurisdicción de las autoridades indígenas–, al derecho constitucional que nos cobija a todos los que hacemos parte del Estado. Se trata de una especie de situación interna de evaluación externa de constitucionalidad, que el juez de cierre del sistema jurídico nacional debe realizar bajo parámetros distintos al control de constitucionalidad que los que aplica para quienes están sometidos al régimen constitucional general, dado que se trata de evaluar el ‘otro derecho’ sobre la base de los estándares mínimos que establece la Constitución para una convivencia democrática y respetuosa entre Estado y pueblos indígenas.

Así, la evaluación que debe realizar la Corte de los límites formales y sustanciales que deben observar las autoridades que ejercen jurisdicción indígena, no tiene que ver con una equiparación de las normas jurídicas nacionales con las normas del derecho indígena –debido proceso, sanción, pena, etc.–, sino con la armonización entre los parámetros constitucionales que en esta caso actúan como normas mínimas, y las normas internas de rango superior –principio comunitario,

reconciliación, armonía, y otros que se encuentren vigentes en la justicia indígena-, sobre las que actúa la autoridad indígena al momento que ejerce justicia frente a conflictos internos que debe resolver. De ahí que la función de la Corte Constitucional no sea uniformadora sino armonizadora de los sistemas de garantía existentes en el Estado, así como que el parámetro de enjuiciamiento no sea el de la identidad-conformidad con el estándar nacional sino el de la proximidad-compatibilidad no solo entendido como principio de no contradicción, sino como principio para asegurar la paz social.

Así también, y esto resulta fundamental para el caso de estudio, el criterio interpretativo de conceptos autónomos juega un importante papel dado que el juez de control de constitucionalidad de la justicia indígena, no solo deberá aplicarlo con relación al desarrollo de significados interculturales propios de la Corte, sino que también deberá considerar y trabajar sobre los significados autónomos que los pueblos indígenas tienen sobre términos como Estado, autoridad, ley, proceso, comunidad, delito, sanción, pena, reinserción social, etc., los mismos que no corresponden necesariamente con los significados que esos mismos términos poseen en el ordenamiento nacional.

En cuanto al principio de legalidad, es claro que el juez constitucional debe manejar un concepto amplio de ley, que para los casos de control de la administración de justicia indígena de necesariamente incluir a la costumbre y a las normas comunitarias sobre las que se rigen dichos pueblos.

Por fin, con relación a las obligaciones sustanciales que debe cumplirse frente a bienes jurídicos de especial valor –como la obligación de protección del derecho a la vida, por ejemplo–, en el control de constitucionalidad de la justicia indígena que hace la Corte en el caso de estudio, asume claramente el deber de protección del derecho a la vida extrayendo del conocimiento de la justicia indígena los casos de muerte, entendiendo tres cuestiones fundamentales: 1) que entre las normas de la comunidad no se evidencia algún principio que pueda equipararse con el principio de responsabilidad individual frente a actos que atentan contra la vida,

como no hay con relación a ningún otro derecho, puesto que el principio comunitario sobre el que se organiza los bienes jurídicos y los criterios de responsabilidad, entiende la existencia de una suerte de responsabilidad compartida entre el responsable directo del acto violatorio del derecho, su familia y la comunidad; 2) que el pueblo Kichwa-Panzaleo no tiene por tradición conocer los casos de muerte sino que estos han sido, por lo general, transferidos a la justicia penal ordinaria; 3) que el incumplimiento de la debida protección de estos derechos que tienen un especial valor para la sociedad en conjunto, acarrearía una violación de las obligaciones contraídas por el Estado frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Aunque se considere que los sistemas jurídicos son tales porque tienen la posibilidad de resolver todos sus conflictos mediante reglas vinculantes –las que incluyen reglas punitivas que establecen sanciones severas contra quienes violan de manera directa y material derechos de especial valor–, la Corte optó por una salida constitucional basada en el principio de complementariedad entre los dos sistemas de justicia, en aras de proteger el derecho a la vida, en tanto derecho de especial valor para el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

Un contexto de pluralismo constitucional, en donde no existen sistemas jurídicos en estado puro (BORJA, 2000), más allá de que se constituye en una fuente propicia para la renovación del pensamiento y las prácticas sociales, y alberga la posibilidad de plantear un diálogo horizontal entre distintas tradiciones intelectuales y legales (SANTOS y RODRÍGUEZ GARAVITO, 2007), es el espacio para redefinir el Estado en un sentido democrático, pluralista e intercultural.

De ahí que el camino que el juez constitucional siga para conocer los principios de moralidad intersubjetiva o social que sirvan de base para la vida en comunidad son cruciales para potenciar o frustrar la democracia, el pluralismo jurídico y la interculturalidad, dado que el mayor desafío del Estado plurinacional es asegurar un espacio público intercultural que propicie la existencia como

CAPÍTULO IV

pueblos y nacionalidades indígenas, valore y respete sus formas de vida, resguarde sus bienes comunitarios, al tiempo que transforme a la sociedad en su conjunto.

CONCLUSIONES

I. Sobre el debate teórico que sustenta el constitucionalismo plural dentro del cual opera el control de constitucionalidad de la justicia indígena

1) La labor que supone para la justicia constitucional el control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales de las autoridades indígenas que resuelven conflictos internos dentro de sus comunidades, pueblos y nacionalidades, tiene una especial complejidad si tomamos en cuenta, en lo que tiene que ver con las comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador y con el Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural, que el resguardo de los derechos constitucionales y del Orden jurídico-político entraña cuestiones filosóficas, históricas, sociales y culturales específicas, particulares y concretas.

En este sentido, las dimensiones teóricas, históricas, doctrinales y jurídicas que han sido revisadas en el presente trabajo, buscan dibujar un contexto lo suficientemente amplio que refleje con mayor claridad los fines que se plantea la Constitución de Montecristi al colocar las actuaciones de las autoridades indígenas que ejercen justicia, bajo un examen de constitucionalidad y no de legalidad.

2) El marco teórico aquí revisado da cuenta del amplio y diverso bagaje reflexivo del cual se alimenta el constitucionalismo plural diseñado en la Constitución de Montecristi, el mismo que incorpora, se apropia, reinterpreta, sobre interpreta e inventa, a partir de los elementos conceptuales que han ido surgiendo de la agitada discusión que se mantuvo a lo largo del siglo XX respecto del Estado, la política y lo político, la democracia, la ciudadanía, la cultura, la moral y el derecho.

Esta discusión teórica, cuya particularidad es que involucra a muchas corrientes de pensamiento –varias de ellas sin coincidencias en sus objetos de

estudio pero conectadas desde ejercicios de lecturas críticas y rupturistas-, pusieron en duda los marcos de análisis en los que se encasillaron el pensamiento hegemónico, el pensamiento especializado y las teorías duras, a partir de lo cual han venido perdiendo influencia argumentativa frente a una realidad que también ha roto las viejas fronteras imaginarias y reales entre países, sociedades y culturas. En su lugar, se imponen los paradigmas teóricos que describen e interpretan la realidad compleja, incierta, diversa, específica y en permanente cambio.

3) Entre los principales debate teóricos que contribuyeron para definir el Estado constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural del Ecuador, tenemos aquellos que enfrentaron a liberales, neoliberales, post neoliberales y multiculturalistas, con los teóricos anti neoliberales, neo *ius naturalistas*, anti positivistas y anti formalistas. Influyeron también los debates neo estructuralistas, neorrepblicanistas y neomarxistas, y las corrientes de pensamiento críticas, anticolonialistas, neo colonialistas y emancipatorias, reclamado su voz al momento de concretar un nuevo marco constitucional para el Estado ecuatoriano. Esto fue posible, en un estado de situación en el que emergió el poder constituyente y se expresó en la Asamblea Constituyente ecuatoriana, que alcanzó a diseñar una Constitución rupturista y de nuevo tipo.

4) Considerando que no todas estas corrientes de pensamiento tienen al Derecho como objeto de reflexión, el debate alcanzó indefectiblemente al Derecho y se tradujo en una amplia discusión acerca del pluralismo jurídico, esto es, de la existencia de otros órdenes jurídicos distintos al orden jurídico nacional –actuando a nivel supraestatal o infraestatal–, que conviven y disputan la capacidad normativa del Estado nacional. Se trata, por tanto, de un debate que confronta las formulas liberales, unitaristas, monoclasistas, individualistas e instrumentalistas con las posiciones que abogan por miradas pluralistas, multclasistas, republicanistas y de justicia social.

Es así que, frente a la operación liberal que consiste en excluir toda otra identidad sustantiva que no sea la del individuo y asumir a la identidad del Estado como único universal reconocido como común por los individuos –inclusive en su

versión más avanzada de un pluralismo razonable que reduce la pluralidad a una diferencia ideológica-, se alzan argumentos demostrando que no puede hablarse de democracia sin que en el debate se incluyan tanto a la pluralidad no razonable como a la *otra* pluralidad, ajena a la razón. Las posiciones anti liberales, desde distintas perspectivas teóricas, exigen añadir al escenario las colectividades, las identidades intersubjetivas diferenciadas, las diversidades y las distintas perspectivas morales que constituyen la pluralidad política y social, con el objeto de enfrentar –no esconder– tales diversidades, y manejarlas con herramientas deliberativas y participativas que democratizen de manera radical la sociedad y la política.

Se trata de un esfuerzo teórico por dibujar un estatuto propio de las identidades diferenciadas, específicamente las de raigambre étno-cultural, no solo porque se encuentran atrapadas en una serie de condicionamientos históricos y sociales, sino porque en estos ámbitos no opera la ‘libre elección’: se ‘es’ indígena, no ‘se hace’ indígena. Esto pasa, indefectiblemente, por reconstruir el Estado democrático superando el unitarismo, el individualismo, el universalismo, como entidades ontológicas y optando por escenarios democráticos que reconstruya la noción de sujeto, que incluya a los sujetos colectivos de juridicidad, que reordene el espacio público bajo modelos descentralizadores y participativos, y que coloque a la interculturalidad como herramienta de relación entre lo estatal y lo social.

5) Una característica de la corriente pluralista a la que se alude es que, aún en sus vertientes más radicales, no busca sustituir al Estado sino transformar sus cimientos unificadores, universalistas, estatistas, asépticos y a valorativos; aspiraciones en las que coinciden varias líneas de pensamiento crítico, dentro y fuera del Derecho.

En tal sentido, es el Estado de Derecho de tradición liberal el que entra a discusión y al que se le demanda abandonar su cómodo aislamiento de la sociedad para incursionar en ella equilibrando las fuerzas sociales e interviniendo frente a las injusticias e inequidades. Se le demanda también, relativizar aquella

centralidad política que ahoga la emergencia de una ciudadanía activa y participativa, y en su lugar, concentrar esfuerzos para someter a las instituciones que reproducen relaciones de coloniaje o neocoloniaje; para fortalecer una soberanía que limite la imposición de reglas del capitalismo internacional por acentuar las inequidades existentes y devastar la naturaleza; para desterrar el monismo clasista que torna invisible a la pluralidad social, cultural, moral o religiosa y le condena a su sobrevivencia en el ámbito privado; en fin, para superar las estructuras de pensamiento asentadas de manera esencial en el racionalismo utilitario. Este esfuerzo hará que el Derecho no pueda cumplirse con la mera sujeción a la ley sino bajo la condición de que esas leyes garanticen la igualdad de trato en el sentido de igualdad jurídico-material.

6) Estos paradigmas que vienen construyéndose desde una crítica sostenida a la modernidad y su modelo de economía y de sociedad plantean, en sus distintas versiones, un 'pensamiento desde abajo', una democracia participativa, un post extractivismo, un post desarrollismo, una teoría decolonial, un neorrepblicanismo, esto es, una recomposición material y epistémica de las relaciones sociales. Estas distintas posiciones teóricas que constituyen el pensamiento crítico latinoamericano, postulan el paradigma del nuevo constitucionalismo latinoamericano, apreciable no tanto como teoría ni doctrina jurídica, sino como formulación política-normativa, en las constituciones que fueron surgiendo a manera de reforma o mediante procesos constituyentes, desde la década de los años ochenta.

En el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano, la Constitución ecuatoriana define al Estado como constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural, cambiando no solo el sistema de fuentes del Derecho al poner a la Constitución como fuente primaria, sino también estableciendo una pluralidad de fuentes constituidas por ordenes normativos de distinta tradición jurídica, con lo que da concreción y materialidad al pluralismo jurídico tan ampliamente debatido, instaurando, de este modo, un constitucionalismo plural,

que descentraliza lo jurídico no solo desde su lógica interna sino también externa al propio Derecho.

El constitucionalismo plural instituye un esquema normativo que supera aquel monismo jurídico que reduce el dominio legal al derecho del Estado, que admite valores solo de raigambre liberal desconociendo la riqueza moral de la vida social, que se apoya en sí mismo pretendiendo una pureza metodológica, que hegemoniza la violencia y la torna arbitraria cuando busca reducir la conflictividad social, prolongar exclusiones y desigualdades y encubrir intereses ilegítimos detrás del interés colectivo.

7) Entre versiones del pluralismo clásico y el nuevo pluralismo, América Latina mantiene sus propias preocupaciones y ha participado del debate sobre el pluralismo jurídico con una nutrida producción literaria, con el diseño y aplicación de diversos tipos de políticas sea de corte desarrollista, multicultural o interculturales, pero sobre todo, ha sido un laboratorio social de la construcción de nuevos sentidos sociales, políticos y jurídicos formulados ‘desde abajo’, aunque estos aparezcan plagados de contradicciones, de tesis preliminares, de malabares mentales, de indignaciones históricas, de empoderamientos, de nuevas coherencias, de necesidades y más necesidades. En este sentido, un gran porcentaje de la literatura pluralista latinoamericana se concentra en el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo normativo del pluralismo, enfocando sus preocupaciones en la emergencia de nuevos sujetos de derechos, nuevos derechos y nuevas formas de la política, así como en las rupturas culturales y epistemológicas que ello implica.

Es en este contexto de inconformidades colectivas, de intuiciones acerca de lo nuevo, de sobreinterpretaciones y de certezas esquivas, que debe entenderse el revisionismo latinoamericano del Derecho y, dentro de él, la crítica que plantea el pluralismo jurídico democrático.

8) El constitucionalismo ecuatoriano zanjó en el nivel normativo y político más alto, la intensa, amplia y confusa discusión sobre el Estado de derecho, la justicia y el pluralismo jurídico. Instauró un pluralismo jurídico democrático, al reconocer la convivencia dentro de las fronteras nacionales del derecho oficial con el 'otro derecho' y reconociendo 'otras prácticas de justicia', que siendo distintas por su naturaleza y procedimientos, son obligatorias para los miembros que hacen parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y gozan de la garantía del Estado para su eficacia.

El reconocimiento de derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador y de la justicia indígena representa una forma de mediación entre lo universal y lo particular. Propone pensar al individuo en los límites del pluralismo democrático; añade al escenario las colectividades y las identidades intersubjetivas diferenciadas; excluye las diferencias ontologizadas por efectos de las colonizaciones clásicas y moderna y las inequidades y desigualdades; poner en escena 'otras' conflictividades para enfrentarlas y resolver los conflictos; mira de frente a las diferencias y se deja influenciar e influencia al 'otro'. En este esquema, los ideales humanos comunes, los individualismos, colectivismos, humanismos, universalismos se relativizan; deja de reina la tolerancia o el desconocimiento sino la posibilidad de transformación intersubjetiva a través del diálogo intercultural.

El reconocimiento de la justicia indígena en el Ecuador, hace posible sostener la tesis de que por medio de diálogos transculturales se determinan las normas que regulan las relaciones interculturales. Hace posible también conectar el Derecho a la vida social y hacer del respeto a la diversidad social y del reconocimiento de lo plural, una característica de las democracias contemporáneas.

II. Sobre la ruptura de la tradición constitucional ecuatoriana que sustenta la emergencia del constitucionalismo plural

9) Una lectura que de cuenta de las distintas etapas del constitucionalismo ecuatoriano, permite poner en evidencia la naturaleza histórica de la problemática relación existente desde la Colonia entre Estado y pueblos indígenas, haciendo del tema indígena un asunto no resuelto en el Estado de derecho. Permite ver, también, que a partir de los años setenta del siglo XX, en lo que se ha dado en denominar como la emergencia de lo étnico, las organizaciones indígenas comenzaron a cambiar sus estrategias de resistencia social, planteando al Estado una impugnación de naturaleza política que les permitió reivindicarse como pueblos y nacionalidades. Es, por tanto, la naturaleza político contenciosa que adquiere el tema, el debate contemporáneo respecto de los derechos de los pueblos indígenas, marcadamente diferente de los debates clásicos que estuvieron centrados en los desafíos de la transculturización del indígena.

En este sentido, el constitucionalismo ecuatoriano viene de una tradición asentada en una particular noción de cultura nacional asociada a un centralismo político-presidencialista, un modelo de democracia elitista y una economía de base patrimonialista, fundamentos estos que marcaron los conceptos de dignidad humana, libertades fundamentales, división de poderes, así como la aplicación práctica de la ecuación razón y voluntad. Estos énfasis y opciones valorativas respecto de aquellos elementos sobre los que se articuló el Estado constitucional, a su vez, determinaron las formas de relacionamiento entre Estado y pueblos indígenas, sus condiciones de vida y su estatus social y político en el espacio de hegemonía estatal.

La particularidad del caso es que ninguno de estos factores impulsa ni la producción de ciudadanía, ni el ejercicio de la democracia, ni la economía capitalista, ni la vigencia de la equidad social, que hicieron posible los Estados modernos, liberales y constitucionales a partir del siglo XVIII.

Por tanto, no se puede entender el nuevo constitucionalismo ecuatoriano sin comprender la ruptura que este hace con el constitucionalismo histórico, en el que pese a proclamar la igualdad de los ciudadanos, los indígenas ocuparon siempre posiciones subalternas que de distintas maneras respondieron al estatus que les fuera conferido desde la Colonia: menores de edad, rústicos y miserables.

10) El proyecto republicano que dio origen al Ecuador, asentado en las aspiraciones autonomista de las élites locales serán, desde ese entonces, la materia generadora de una identidad nacional que nacerá con el pecado original de la inferioridad natural y cultural de la mayoría de su población, lo que llevó a mantener la mirada hacia el norte civilizado; máscara que representaba no un juego de encantos sino una representación indigna y caricaturesca del verdadero Ser. Desde ese entonces, las dicotomía de civilizado y primitivo, ilustrado y rústico, superior e inferior, norte y sur, definirán las relaciones internas y externas del Estado nacional.

En este contexto, la manifiesta existencia de diferencias económicas y culturales al interior de la sociedad generaron una concepción de nación, no como una realidad presente asentada en un pasado digno de ser proyectado, sino como un proyecto de futuro. Un republicanismo que se construyó en el vacío de la historia y que solo alcanzaba a enarbolar un débil e incierto proyecto de futuro sirvió de fundamento para construir un frágil relato acerca del Estado ecuatoriano. La tradición quedará desde entonces representada en las formas de vida de los indígenas, mientras que la modernidad se expresará en el proyecto de nación. En adelante la historia transcurrirá en paralelo: juntos pero de espaldas, unos proyectados hacia el futuro y los otros hacia el pasado, unos modernos y otros tradicionales.

11) Si el siglo XIX se caracterizó por instaurar un constitucionalismo conservador, débil y temeroso de sucumbir a los asechos de los faccionalismos y las fuerzas estamentales que gozaban de buena salud gracias a los mismos resguardos constitucionales, las siguientes etapas constitucionales mantuvieron la

lógica de adaptación de instituciones de corte colonialistas, sin alcanzar a resquebrajar su patrón de funcionamiento, que para este momento ya se expresaba claramente en el Estado corporativo.

Las modalidades de relación entre Estado e Iglesia y Estado y Fuerzas Armadas, servirán para articular la estructura corporativista del Estado que acompañará la vida republicana del Ecuador, hasta las rupturas que hace la Constitución de Montecristi. Desarmar el Estado corporativo, sin embargo, es una empresa de dimensión histórica, por lo que hoy mismo es objeto de una intensa disputa política, sin poder predecirse los resultados. De lograrlo, el Ecuador habrá enrumbado su destino hacia la equidad, la interculturalidad y la justicia social.

12) La lógica de las rupturas que hace la Constitución de Montecristi con el Estado corporativo está basada en la articulación orgánica que traza entre republicanismo y derechos ciudadanos. En tal sentido, el retorno del Estado está sustentado en al menos tres grandes fundamentos: el reconocimiento de nuestras raíces históricas no coloniales, de la cultura forjada con el aporte de diversas culturas y de las luchas sociales que hicieron posible la existencia del Estado; la ruptura con el pasado; y la recuperación de los postulados revolucionarios del Estado moderno.

Un fuerte sentido de lo público, una clara reafirmación de la soberanía popular, una reformulación del poder y de la división del poder, la promoción de una ciudadanía activa y participativa y un reconocimiento extenso de derechos ciudadanos que pueden ejercerse en forma individual y colectiva, son su expresión más evidente. También se evidencia en el ejercicio de un estilo de gobierno cercano a los ciudadanos y un accionar gubernamental hacia la transformación de la sociedad, de su cultura y de su modelo de desarrollo.

13) La naturaleza republicana del constitucionalismo de Montecristi, así como la necesidad de superar el Estado corporativo y revalorar lo público y lo comunitario, hace que las políticas que se diseñan al amparo de ella tengan un

enfoque esencialmente universalista, en el que no solo que no caben las tradicionales visiones sectoriales de la gestión gubernamental y del desarrollo social sino que, paradójicamente, tampoco caben las tradicionales demandas étnicas que con la conquista de espacios de reconocimiento y visibilidad en la estructura estatal, también hacían parte de la lógica del Estado corporativo. Paradójicamente, dichas aspiraciones inspiraron y orientaron los conceptos constitucionales de buen vivir, relacionamiento intercultural, democracia comunitaria y pluralismo jurídico.

El republicanismo instaurado en la Constitución de Montecristi ha supuesto la desarticulación del propio movimiento social que articuló el poder constituyente en el 2007, lo que, junto con el debilitamiento de las estructuras organizativas de las principales organizaciones indígenas y las discrepancias con las políticas gubernamentales que alejaron paulatinamente a estas del proyecto de la revolución ciudadana, la falta de iniciativa del movimiento indígena para acoplar sus formas organizativas a los nuevos mecanismos de participación, han limitado la incidencia de la perspectiva indígena en los procesos de transformación, lo que vuelve a dejar en manos de burócratas o de actores externos a los pueblos y nacionalidades indígenas, el poder de otorgar sentido a los mandatos constitucionales o de tomar decisiones que afecten sus formas de vida.

14) El republicanismo contenido en la Constitución de Montecristi, apunta a desarmar los factores supervivientes de su historia colonial y neoliberal, y emprende la recuperación del Estado y de la sociedad fortaleciendo la institucionalidad pública, asumiendo la centralidad que tienen los derechos como límites del poder público y promocionando la construcción de una ciudadanía activa y participativa. Este modelo también traza una nueva forma de relacionamiento entre Estado y pueblos indígenas que se distancia de los distintos modelos vigentes hasta el momento, y que contiene una apuesta por construir una igualdad en la diferencia.

Con la conciencia y la voluntad puesta en romper los viejos esquemas de privilegios y exclusiones históricas, las constituciones que se enmarcan en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, contienen más que normas, proyectos de sociedad que se asientan sobre ideas de Estados fuertes, de soberanías populares renovadas, de instituciones jurídicas generadoras de ciudadanía activa e igualdad social que se plantean reconducir al Estado y a la sociedad por causas constitucionales y democráticas.

III. Sobre la constitucionalización de los derechos indígenas en Bolivia y Ecuador

15) La constitucionalización de los derechos indígenas en Bolivia y Ecuador se encuentra articulada en una clara referencia a normas del derecho internacional de los derechos humanos y a doctrinas contemporáneas de los derechos humanos, específicamente, aquellas que sostienen importantes críticas a la visión liberal de los derechos humanos y apoyan los cambios de perspectiva que fueron adoptando con el tiempo los organismos internacionales de derechos humanos.

Entre estas se cuentan: la doctrina que defiende la personalidad jurídica internacional de las personas para actuar en el ámbito internacional en defensa de sus derechos; la doctrina que desarrolla el concepto *jus cogens*, por el cual se fortalece la responsabilidad de los Estados y también de los particulares en la protección de los derechos humanos; las doctrinas que favorece una visión integral de los derechos y las que postulan una reparación integral de la violación de derechos; la amplia reflexión en torno al concepto de derechos fundamentales, principalmente la perspectiva desarrollada después de la Segunda Guerra Mundial, y que sirvió para sustentar el neoconstitucionalismo europeo y las discusiones contemporáneas de la constitución como valor, principio y regla, así como contribuyó el desarrollo de particulares técnicas interpretativas de naturaleza pública como la ponderación, el exámen del núcleo esencial de los derechos, el

test de razonabilidad, etc.; la doctrina que postula la igualdad jerárquica de los derechos, que en el constitucionalismo moderno tuvo su expresión en la Declaración de Derechos del Hombre, en la Revolución Francesa, y que fue olvidada en el desarrollo doctrinal posterior por poner el énfasis en los derechos de libertad y en el legicentrismo; y las doctrinas que reconocen la viabilidad de la protección colectiva de los derechos y critican el tratamiento clásico que se daba a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales, en calidad de minorías

A los avances doctrinarios, hay que añadir el aporte de importantes perspectivas críticas que pusieron en cuestión determinadas doctrinas que servían de sustento para las políticas nacionales de exclusión y marginación social. En lo que tiene que ver con los derechos indígenas, son importantes los debates y las críticas que se plantearon en torno a tres temas centrales: la doctrina hegemónica de los derechos humanos, las nociones liberales de los derechos y de la igualdad, y la noción hegemónica de cultura nacional. Estos debates, que enfrentaron a liberales, multiculturalistas, comunitaristas, etnicistas, feministas y ambientalistas, principalmente, tuvieron gran influencia en los nuevos enfoques sobre derechos indígenas.

Especial importancia tienen las concepciones que resaltan la dimensión étnico-cultural de los derechos humanos y que plantean, por un lado, superar el debate entre universalismo y relativismo cultural a favor del impulso de diálogos y coaliciones transculturales que destierren la carga eurocentrista y monocultural de los derechos humanos y favorezcan un entendimiento plural e intercultural de los mismos. Así también tienen importancias las lecturas que asumen que todas las culturas tienen concepciones y versiones diferentes sobre la dignidad humana y que todas son incompletas y problemáticas en sus concepciones sobre dignidad humana.

16) El concepto de derechos humanos que contienen las Constituciones de Ecuador y Bolivia entiende a estos, al menos, en las siguientes dimensiones: integral y integrada con los derechos de la naturaleza; ejercibles por las personas

pero también dentro de comunidades sociales tanto genéricas como situadas y cuyos miembros están comprometidos con la comunidad política a la que pertenecen; amparables sobre criterios de preponderancia y no de jerarquía; capaces de establecer límites legítimos a las aspiraciones individuales y colectivas y de amparar políticas intervencionistas socialmente justificadas.

17) Las críticas a las visiones hegemónicas de los derechos humanos apuntan a poner en evidencia que no es posible establecer una jerarquía universal de verdades, como tampoco es posible separar al sujeto de la comunidad a la que pertenece. No obstante, las posiciones etnicistas no se conforman con esta apertura comunitarista y colectivista, y apoyados en discursos colonialistas y neocolonialistas, sostienen imputaciones a la idea limitada de ‘colectivo’, posicionado en el debate, en razón de que un colectivo de interés no deja ver la dimensión histórica y el grado de diferenciación cultural que conlleva la idea de ‘pueblo’. Los postulados etnicistas, por tanto, se centraron en el reconocimiento de derechos en calidad de pueblos, naciones o nacionalidades.

Las rupturas que provocan las perspectivas pluralistas respecto del consenso liberal sobre los derechos humanos individuales, por tanto, tienen que ver con el hecho de que el reconocimiento de colectivos etno-culturales de carácter histórico convierte a la cultura en un bien primario, y a los grupos sociales portadores de dichas culturas, como entidades morales plenas. Hecho que transformó las minorías étnicas en pueblos.

18) Los debates entre multiculturalismo, interculturalidad, diversidad y pluralismo en torno a ‘la cultura’ y ‘lo cultural’, aportaron al constitucionalismo del Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009, para superar la caracterización previa que se había hecho del Estado como pluricultural y multiétnico y optar por definirlo como plurinacional e intercultural, lo que tiene implicaciones, al menos, en tres aspectos: 1) superar las visiones tutelares, integracionistas, parciales, sectoriales o puntuales ensayadas por el Estado hasta esos momentos en el tratamiento del tema indígena, y en su lugar, asegurar –al más alto nivel jurídico–, la aplicación de

perspectivas estructurales e integrales respecto del tema; 2) diferenciar constitucionalmente la naturaleza de las distintas exclusiones (económicas, sociales, políticas o culturales) que en el multiculturalismo aparecían agrupadas en una misma categoría (feminismos, nacionalismos, colonialismos), y establecer modalidades y mecanismos distintos y pertinentes para su tratamiento y superación; 3) asumir la tesis de la insuficiencia de los derechos individuales, pero también de los derechos económicos y sociales, para remontar los problemas derivados de colonialismo y el neocolonialismo; lo que plantea una superación más radical de la dicotomía liberal entre libertad e igualdad.

En tal sentido, un modelo jurídico que incorpora nociones etno-culturalistas, entiende que las diferencias, más que listados de rasgos culturales, son visiones del mundo y valoraciones que sirven para orientar la convivencia social y las conductas individuales. El derecho a la propia cultura no es un derecho más, sino que compromete la misma personalidad humana y la propia construcción de comunidades, sean estados u otra cosa; dejando claro que no es posible desarrollar sentidos del derecho y de la justicia independientemente de 'lo cultural', esto es, de la cultura a la que se pertenece, y de la participación que desde esa posición tienen los individuos en la comunidad.

Una consecuencia de aquello es que deja de ser suficiente definir a la ciudadanía como estatus, o reconocer solamente a la persona como agente moral, sino que las colectividades también requerirán ser reconocidas como agentes morales, ya que son portadoras de concepciones de bien y de justicia, de la que los individuos son el reflejo.

A diferencia del multiculturalismo, la interculturalidad pone el énfasis ya no en la yuxtaposición de distintas culturas, sino en su interrelación, en la existencia de fronteras culturales y subculturales dinámicas, en el traspaso cultural, el sincretismo, los préstamos y apropiaciones culturales, los juegos de poder, la transculturación y la aculturación. El ejercicio intercultural no se orienta a poner

énfasis en las diferencias culturales sino en la búsqueda de elementos que permitan la comunicación para el entendimiento intercultural.

19) En cuando a la importancia del desarrollo de conceptos claves en el derecho internacional de los derechos humanos, las nociones de pueblo, etnicidad, interculturalidad adquieren carácter normativo en el Convenio 169 de la OIT. La importancia de este instrumento internacional de derechos humanos, radica en dos aspectos fundamentales: 1) la incorporación de la noción de "pueblos", como entidades titulares de derechos fundamentales, sujetos internacionales para la protección de su vida y su supervivencia, con las salvedades que el Instrumento internacional así lo establece; 2) el reconocimiento de un abanico amplio de derechos de pueblos indígenas y tribales que posibilitan, precisamente, su existencia como pueblos. Este reconocimiento permite la irrupción de un nuevo tipo de sujeto de derechos en el escenario internacional: los pueblos indígenas que en calidad de pueblos se encuentran dotados de singularidad y de personalidad internacional para actuar en defensa de sus derechos y propender a la realización plena de sus metas colectivas.

Estas nociones se ratificarán y fortalecerán con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en la sesión plenaria 107ª de la Asamblea General, el 13 de septiembre de 2007.

Desde una mirada evolutiva, vemos que la comunidad internacional de los derechos humanos en el siglo XX, pasó de un marco de protección individual de la dignidad humana, a proteger la vida y el derecho de sobrevivencia de las colectividades indígenas vistas no tanto como minorías étnicas, sino como pueblos. Avanzó en el reconocimiento y protección de derechos económicos sociales y ambientales, para luego poner un énfasis importante en el reconocimiento de derechos culturales (identidad colectiva) y políticos (autogobierno, participación y representación).

20) Asentada sobre un marco teórico crítico, una revisión histórica de los factores de exclusión y un cuerpo de normas internacionales de derechos humanos que reconocían a los indígenas en calidad de pueblos, las reformas constitucionales que se fueron dando en Latinoamérica desde las últimas décadas el siglo pasado, establecieron un conjunto de normas que no solo tenían que ver con el reconocimiento de derechos sino que incluyeron una redefinición del Estado. En el campo judicial, esto permitió el desarrollo de una importante jurisprudencia constitucional, lo que dio pie a otros importantes ejercicios interpretativos que siguen influenciando la labor de las cortes y tribunales constitucionales de la Región latinoamericana, así como animaron a la ruptura de los moldes doctrinarios tradicionales y a emprender nuevas retóricas argumentativas a favor de la vigencia material de los derechos.

Aunque en la mayoría de países latinoamericanos esta ola de reformas quedaron estancadas en el reconocimiento de derechos colectivos puntuales y en la implementación de políticas sectoriales de naturaleza corporativista y multiculturalista, Ecuador y Bolivia emprendieron una nueva fase de cambios constitucionales en el 2007 y 2006, respectivamente, cuyos resultados significaron dar un nuevo giro tanto a la naturaleza de los cambios, como a la misma naturaleza de los procesos de reforma del Estado.

En este giro, el Estado plurinacional de Bolivia y Ecuador se plantea, entre otros aspectos: el diseño de un Estado comprometido con la aplicación de nuevas formas de gobernabilidad; el diseño de una nueva institucionalidad pública que atienda, promueva y garantice el cumplimiento de metas sociales, generales y específicas, orientadas a generar equidad social por fuera de moldes corporativistas; la creación de mecanismos concretos y efectivos de participación ciudadana y control social de la gestión pública; la instauración de procedimientos institucionales eficaces y vinculantes. Se trata, sustancialmente, de una apuesta por la descolonización política, cultural y económica del Estado y de la sociedad, que logra penetrar el armazón institucional de la estructura política estatal.

21) La inclusión de derechos indígenas en Latinoamérica siguen, al menos, dos estrategias: 1) el reconocimiento de derechos puntuales ejercibles de forma individual o colectiva por personas, comunidades y pueblos indígenas; 2) el reconocimiento estructural, integral y transversal de derechos, que apunta a incidir en la forma de Estado. Modelo al que responden las aludidas Constituciones de Ecuador y Bolivia.

El carácter plurinacional, intercultural y anticolonial es más intenso en la Constitución boliviana, mientras la Constitución ecuatoriana pone más énfasis en la equidad social, en los mecanismos de participación ciudadana, en la descorporativización del Estado y en la interculturalidad de las relaciones sociales e institucionales.

La particularidad de las últimas constituciones de Bolivia y Ecuador está en la transversalidad, la intensidad y el grado de especificidad que alcanza la dimensión colectiva del ejercicio de los derechos; en su capacidad de incidencia en la naturaleza del Estado, del derecho, de la sociedad, de la política y de lo político; así como en las garantías aplicables a la protección de todos los derechos, en los que están incluidos los derechos indígenas.

En los años que tienen de vigencia las constituciones aludidas, las prevenciones más comunes en torno al reconocimiento de los derechos colectivos, relacionadas con los temores frente a la vulneración o limitación a los derechos individuales, viene siendo desmontadas, ya que por el contrario, han abierto importantes posibilidades de alcanzar justicia social para las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

22) No obstante de lo dicho, tres aspectos dificultan, limitan o condicionan el potencial democratizador del constitucionalismo plural, en especial a la hora de garantizar la integridad étnico-cultural de los pueblos y nacionalidades, de generar un relacionamiento intercultural transformador entre Estado y pueblos y nacionalidades, y de asegurar su participación como ciudadanos plenos, esto es,

exentos de exclusión, marginación o desprecio; estos aspectos son: 1) contextuales, relacionados con el estado social y las condiciones políticas y económicas del Ecuador en la realidad de las sociedades globalizadas contemporáneas; 2) teóricos, relacionados con las concepciones jurídicas de raigambre liberal, positivistas y formalistas que permanecen arraigadas en los actores sociales y operadores jurídicos; 3) instrumentales, relacionados con las dificultades de transformación de las instituciones, los procedimientos y los mecanismos sobre los que se asientan el carácter hegemónico y coercitivo del Derecho y el monismo jurídico.

Respecto de la primera dificultad, el racismo está aún suficientemente arraigado como para actuar como factor que amenaza permanentemente en frustrar los avances normativos alcanzados. En cuanto a la segunda dificultad, el arraigo teórico, filosófico y moral que tienen los actores sociales y jurídicos al derecho estatal liberal positivista y formalista, y a los conceptos de Estado, derecho, autoridad o comunidad que en él se conciben, dificulta y entorpece el avance y la consolidación del constitucionalismo plural. Respecto de la tercera dificultad, la falta de comprensión y de entendimiento de lo que significa la vida comunitaria, la institucionalidad comunitaria, las relaciones de poder comunitario y sus sistemas de justicia, impide que se concrete de manera efectiva la plurinacionalidad e interculturalidad. Se trata de una no comprensión histórica y dialéctica del mundo indígena y es un subproducto de la marginalidad, la anomia y la aculturación.

Esto último trae severas consecuencias como: la falta de observancia por parte de jueces y fiscales, por ejemplo, de las normas constitucionales que los excluyen del conocimiento de las 'causas indígenas'; la falta de compromiso de la legislatura ecuatoriana para desarrollar las normas secundarias que establezcan los espacios de coordinación y cooperación entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena; el pobre ejercicio interpretativo que hacen los jueces y fiscales en causas sometidas a su conocimiento que involucra a indígenas en una o en ambas partes

del litigio, que ignoran el elemento de diferenciación étnico-cultural en la evaluación jurídica que realizan.

23) El constitucionalismo plural complementa la protección del sujeto individual, la autonomía personal y la dignidad humana, con la obligación que adquiere el Estado de protección a entidades morales colectivas de pleno derecho. Los derechos de libertad son equiparados en importancia e interdependencia con los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos, con lo cual, la interpretación jurídica se desplaza, del principio jerárquico hacia el principio de preponderancia de los derechos.

La eficacia de dicha protección, y de ahí también su dificultad, exigen poner en marcha mecanismos y procedimientos de protección adecuados a la naturaleza multidimensional de los derechos, esto es, tanto relativos a la legitimación activa de los sujetos individuales y colectivos, como relativos a la protección negativa que asume frente a estos el Estado.

El constitucionalismo plural ecuatoriano ha desarrollado mecanismos propios para garantizar aquella dimensión colectiva como pueblos y nacionalidades, entre los que podemos mencionar: el control constitucional de la justicia indígena que se realiza mediante acción extraordinaria de protección; la informalidad de procedimientos y la asistencia de traducción en sus propios idiomas; la obligatoriedad de incorporar la dimensión intercultural en el diseño, elaboración e implementación de la política pública; la aplicación de medidas de acción afirmativa que contribuyen a la igualdad material de las personas pertenecientes a pueblos y nacionalidades, fundamentalmente.

24) La centralidad que adquieren ‘todos’ los derechos y la justicia en el constitucionalismo plural, hace de estos, ejes articuladores de las relaciones sociales, con lo que la noción abstracta de dignidad humana, la separación artificial entre derechos fundamentales y no fundamentales, la hegemonía de unos derechos sobre otros, y de la dictadura de la razón instrumental, quedan superadas. La

definición del Estado como plurinacional e intercultural, hace del unidad estatal un espacio capaz de abarcar la dinámica del pluralismo social, político y jurídico existente dentro de sus fronteras, dejando atrás la ideología monista que tenía como única virtud reducir la realidad compleja, a costa de vaciarla.

25) Las tareas del órgano de cierre del sistema jurídico nacional, la Corte Constitucional, que sabemos tiene un efecto irradiador en todo el sistema jurídico, no se limitan a cumplir esa doble función de preservar el Orden constitucional y garantizar los derechos, sino que al hacerlo, también actúan –las decisiones del órgano constitucional de cierre del sistema– como dispositivos jurídicos para generar la transformación social. Esto ocurre dado que la evaluación que hace de los derechos y la justificación jurídica de sus decisiones ya no podría operar en el balance entre distintos derechos individuales sino en el balance de estos con los derechos económicos, sociales y culturales, los colectivos y los de la naturaleza. En este sentido, la labor que le corresponde hace al juez activista en el Orden de los derechos tiene que ver, antes que nada, con la determinación del marco hermenéutico, argumentativo, evaluativo y justificativo de naturaleza jurídica que asegura la dialéctica entre los distintos niveles, dimensiones y tipos de derechos.

El efecto irradiador de la Constitución en el sistema jurídico-político, por tanto, no se da en términos abstractos, sino concretamente en los mecanismos, procedimientos e instituciones diseñadas para el cambio social. Las decisiones de cierre del sistema no solo empoderan a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y disciplinan al poder público en el ejercicio de sus funciones, sino que inciden en la actualización constante de aquellas instituciones garantistas que hacen posible la materialización de los derechos; aunque como se puede deducir, un proyecto constitucional de esta naturaleza depende fuertemente de una ciudadanía activa, de unas instituciones públicas al mismo tiempo sólidas y dinámicas, y de un poder político fuertemente comprometido con la transformación social. Esta dependencia de factores altamente contingentes es, probablemente, el Talón de Aquiles del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

IV. Sobre los derechos indígenas, las garantías jurisdiccionales y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena

26) La Constitución de Montecristi elabora una estructura compleja de principios, derechos, garantías, instituciones y mecanismos para hacer efectiva la plurinacionalidad e interculturalidad, abarcando todos los ámbitos, dimensiones y niveles del Estado. Esta estructura no se limita al reconocimiento de la diferenciación étnico-cultural, como ocurría en el modelo multiculturalista, sino que diseña un tipo de Estado.

Dada la vocación republicanista que tiene la Constitución, los principios, derechos e instituciones jurídicas crean condiciones permanentes y estables, institucionalizadas y universales de convivencia social y política en la diversidad, lo que le diferencia de los modelos clásico y multiculturalista ensayados en épocas anteriores.

27) La centralidad de los derechos y las garantías es viable gracias a la creación de una institucionalidad de control constitucional especializada, que sin duda contribuye con sus acciones a constitucionalizar el orden jurídico-político, así como a fortalecer las ideas de sujeción del poder al Derecho, de control constitucional del poder público y de garantía material de los derechos.

Lo anterior es posible gracias a un concepto de supremacía constitucional que sigue la idea de que para el Estado constitucional solo puede existir constitución donde hay constitución material, cuestión que en la Carta Política ecuatoriana se consagra en el carácter “fuerte” de la Constitución; carácter que no puede soslayar el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la misma.

En cuanto al modelo de Constitución que adopta el Constituyente de Montecristi, por la manera en que la Constitución invade la vida en el Orden del Estado, por el carácter vinculante de sus principios, reglas y demás disposiciones, por los dispositivos jurídicos que establece para sujetar las acciones tanto del

poder público como de los particulares, por la centralidad que adquieren los conceptos de derechos y de justicia, no puede entenderse a la Constitución ecuatoriana sino bajo la idea de constitución viva.

Para que la apropiación y mediación cultural de la Constitución no quede librada a la voluntad o espontaneidad, esta toma mucho cuidado al momento de establecer un complejo de instituciones jurídicas, procedimientos e instrumentos a los que los actores deben sujetar sus actos, buscando que finalmente dicha sujeción termine por cambiar la cultura social; cuidando además de no frustra ni la espontaneidad de la vida social ni la competencia política.

28) Las prohibiciones y mandatos en la Constitución de 2008 están dirigidos a las autoridades públicas en todos sus grados y niveles –incluidas las actuaciones judiciales–, al legislador y a los particulares cuando la violación de derechos provoquen grave daño, preste servicios impropios o si la persona afectada se encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

De este modo, de una justicia constitucional tradicionalmente limitada a la dirimencia de las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes, la Constitución de Montecristi da un salto copernicano hacia un modelo múltiple de control constitucional, que asegura la supremacía directa de la Constitución, limita al poder público y garantiza los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Labor de control que realizan los jueces constitucionales de instancia así como el órgano de cierre del sistema jurídico nacional, ejerciendo de igual manera, este último, atribuciones múltiples: a través de la justicia rogada, del control de oficio y del control previo de constitucionalidad.

Los desafíos, por tanto, son variados y complejos, y pasan no solo por la interpretación que haga los jueces de los contenidos constitucionales, sino también por la aceptación –apropiación, utilización– que la ciudadanía haga del nuevo modelo; pasa también por la comprensión que vayan desarrollando los actores

sociales de las nuevas instituciones y procedimientos de garantía constitucional; por las destrezas profesionales que adquieran los operadores jurídicos para operar en el nuevo esquema de protección de derechos; sin dejar de considerar que también es importante la legitimidad que vaya acumulando la justicia constitucional en el cumplimiento de sus funciones.

29) En cuanto al sistema de garantías constitucionales, en una necesidad de reforzarlo, dada la centralidad de los derechos y de la justicia, la Constitución de Montecristi se preocupó de desarrollar modalidades específicas de amparo constitucional, como vías para la protección eficaz de los derechos, adaptando los sistemas garantistas más avanzados a las propia realidad política, social y culturales del Ecuador. En este sentido, las distintas modalidades de amparo en contra de decisiones del poder público, y entre estas, la acción extraordinaria de protección como modalidad de amparo o tutela, juegan un papel central en el sistema de garantías jurisdiccionales, tanto para resguardar el Orden jurídico-político como los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Esta acción que tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, podrá ser presentada de forma individual o colectiva, por lo que la Corte Constitucional verificará que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas, y que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

La acción extraordinaria de protección no solo tiene una dimensión subjetiva por medio de la cual se toma conocimiento de las vulneraciones a los derechos de las personas en las decisiones judiciales, sino que además tiene una dimensión objetiva, dado que a través de esta acción, el máximo órgano de control constitucional, puede establecer precedentes judiciales e interpretaciones

constitucionales de obligatorio cumplimiento por parte de los órganos judiciales, cuyo objetivo es garantizar los derechos constitucionales, y educar a la actividad jurisdiccional, a fin de evitar que persistan las vulneraciones a derechos.

30) En lo que tiene que ver con los derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades, la Constitución de Montecristi no deja un solo espacio relevante de la vida social y política sin imprimir el carácter intercultural del Estado ecuatoriano. Esto tiene, por lo tanto y consecuentemente, implicaciones concretas tanto en el carácter de las políticas públicas, como en la evaluación que desde el punto de vista jurídico se haga de ellas; para lo cual, la Constitución también dedica tiempo y espacio al momento de establecer garantías jurisdiccionales apropiadas para ello.

La protección al ejercicio del derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, consiste en reservar la evaluación de las actuaciones de las autoridades indígenas que resuelven conflictos internos, al máximo órgano de control constitucional, la Corte Constitucional; control que lo hace a través de la acción extraordinaria de protección de la justicia indígena.

Esto implica, en primer lugar, que las actuaciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas quedan excluidas del examen de legalidad; y en segundo lugar, que la evaluación de las decisiones de la autoridad indígena se circunscriben a realizar un control externo y no de corrección jurídica de las decisiones de la autoridad indígena, tal como sucede con la acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales.

En este sentido, la Corte se limitará a examinar si en la sustanciación del caso, la autoridad indígena vulneró el debido proceso 'propio', u otros derechos reconocidos en la Constitución para todos los ciudadanos, en general, y para los ciudadanos indígenas, en particular; todo lo cual deberá hacerse en clave intercultural y a la luz del derecho indígena.

31) En el examen de constitucionalidad de los actos y decisiones de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, la Corte Constitucional no podría limitarse a realiza el control de constitucionalidad o de convencionalidad de dichas actuaciones, sino que necesariamente, debe extender su acción de control a la evaluación del derecho propio del pueblo o nacionalidad al que la respectiva autoridad indígena pertenece y dentro del cual actúa.

El examen de este doble sentido de coherencia jurídica exige, por tanto, que el órgano de control de constitucionalidad no pueda lograrlo sin que medie una previa indagación acerca del derecho propio al que responde y dentro del cual actúa la autoridad indígena a la que se le examina, cuestión que le lleva a requerir el auxilio de otros medios y mecanismos de indagación de naturaleza extra jurídica.

La Corte, deberá considerar que la comprensión –aproximación– a la ‘otra’ cultura, reviste una complejidad singular, por lo que evitará superponer las propias clasificaciones sobre las formas de mirar el mundo que tienen los otros. Considerará, también –y sobre la base de los estudios técnicos y académicos que se han realizado en el Ecuador en torno al derecho indígena–, que es el sentido comunitario, lo comunitario y la comunidad, lo que define a la justicia indígena, razón central para hacer imposible ejercicios de equiparación o silogismo entre justicia ordinaria y justicia indígena.

32) La justicia indígena está constituida por los sistemas jurídicos de todos y cada uno de los pueblos indígenas, los que se ejercen en el marco de la sociedad y el Estado ecuatoriano como jurisdicciones propias, para conocer y resolver las cuestiones relativas al orden organizativo político, económico, social y cultural. La competencia de sus autoridades propias se deriva, por tanto, de la cultura, la historia y su derecho, que contempla las formas y mecanismos por los que escogen su autoridad y establecen sus funciones y responsabilidades.

En tal sentido, la Constitución 2008 asume para el Ecuador un pluralismo jurídico formal al reconocer el derecho de los pueblos indígenas de crear,

desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio, dotándoles de facultades a las autoridades indígenas para que apliquen dicho derecho en la solución de los conflictos entre sus miembros, dentro de sus territorios, garantizando la participación de las mujeres y observando la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Pero también es de carácter igualitario, en el sentido que coloca en igualdad jerárquica a la justicia ordinaria y a la justicia indígena y reconoce como único mecanismo de evaluación de las decisiones jurisdiccionales, el control constitucional de sus decisiones, y como única instancia de evaluación, al órgano de cierre del sistema jurídico nacional.

33) De las acciones constitucionales que se han planteado al amparo de la Constitución de la República, en los siete años de vigencia de la justicia constitucional plena, se ha avanzado en el conocimiento de quién es autoridad indígena, qué normas aplica, cuál es la naturaleza de dichas normas, qué se debe entender por 'conflictos internos'. También se tiene algunas luces acerca de los bienes jurídicos de especial relevancia para los pueblos indígenas que requieren de protección constitucional, adelantando también criterios de compatibilización con los bienes jurídicos de especial relevancia para el derecho nacional. De igual forma, la Corte Constitucional ha determinado ciertos límites para el ejercicio jurisdiccional de la autoridad indígena; ha brindado protección al ejercicio de la justicia indígena; ha establecido ciertos parámetros de evaluación intercultural; ha desarrollado conceptos constitucionales (como propiedad comunitaria y sanciones penales que pueden vulnerar la relación comunitaria); y ha disciplinado a autoridades públicas delimitando sus competencias frente a la justicia indígena.

Las decisiones de la justicia constitucional de cierre del sistema jurídico nacional no han complacido a todos los accionantes –ni puede complacer a todos–, pero han puesto a prueba la viabilidad del constitucionalismo plural en un terreno social y cultural en donde solo había prejuicios y marginalidad en contra de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Sin duda la justicia constitucional tiene que profundizar aún más en el desarrollo de elementos, conceptos y orientaciones de naturaleza constitucional, y por mucho tiempo más deberá combatir con las herramientas de la justicia constitucional el racismo, el hegemonismo cultural y el desconocimiento de la justicia indígena, tres muertos que gozan de buena salud.

34) La resolución del caso 'La Cocha', que actúa como sentencia fundante de línea jurisdiccional sobre la justicia indígena sobre las formas de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena y sobre los parámetros de actuación que deben seguir los medios de comunicación cuando realizan reportajes sobre la justicia indígena, consolida a nivel jurisprudencial el concepto de que las normas constitucionales relacionadas con el derecho propio, suponen un reconocimiento estatal de parámetros normativo-culturales distintos a los que justifican y dan fundamento al orden jurídico nacional, incluida la ley penal.

Sobre esta base, toma la decisión de excluir –luego de verificar el peso que tiene el sentido comunitario en la adjudicación de responsabilidades y de considerar las responsabilidades que tiene el Estado frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con relación a derechos de especial relevancia como la protección de la vida–, del conocimiento de las autoridades indígenas, los casos que incluyen vulneración al derecho a la vida.

Mucho camino falta por recorrer, especialmente en orden a brindar respeto y valorar las distintas alternativas de vida que comparten el tiempo y el espacio del Estado plurinacional, en donde solo el concepto de constitución viva hace posible todas las adecuaciones y reconfiguraciones que exijan el devenir histórico de los pueblos.

35) El estudio que contiene el presente trabajo demuestra que el concepto de pluralismo jurídico en la Constitución de Montecristi se refiere a aquella situación en la que existen una pluralidad de ordenes normativos institucionales, cada uno con una Constitución, en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que

establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro.

En los ordenes jurídicos de los pueblos y nacionalidades, también se presume –como efectivamente hace el máximo Órgano de control constitucional en el caso La Cocha–, la existencia de reglas y principios de distintos rangos, entre ellas, unas de rango superior: el principio comunitario, la reciprocidad, la armonía comunitaria, por ejemplo, que actúan en sentido constituyente de la comunidad.

36) La evaluación que le corresponde realizar a la Corte Constitucional de los límites formales y sustanciales que deben observar las autoridades que ejercen jurisdicción indígena, no tiene que ver con una equiparación de las normas jurídicas nacionales con las normas del derecho indígena –debido proceso, sanción, pena, etc.–, sino con la armonización entre los parámetros constitucionales que en esta caso actúan como normas mínimas, y las normas internas de rango superior– principio comunitario, reconciliación, armonía, y otros que se encuentren vigentes en la justicia indígena–, sobre las que actúa la autoridad indígena al momento que ejerce justicia frente a conflictos internos que debe resolver. De ahí que la función de la Corte Constitucional no sea uniformadora sino armonizadora de los sistemas de garantía existentes en el Estado, así como que el parámetro de enjuiciamiento no sea el de la identidad-conformidad con el estándar nacional sino el de la proximidad-compatibilidad, no solo entendido como principio de no contradicción, sino como principio para asegurar la equidad, la democracia y la paz social.

El juez de control constitucional de la justicia indígena deberá manejar el criterio interpretativo de conceptos autónomos, no solo porque debe aplicar significados jurídicos de naturaleza intercultural, sino porque debe manejar los significados autónomos que los pueblos indígenas tienen sobre términos como Estado, autoridad, ley, proceso, comunidad, delito, sanción, pena, reinserción social, etc., los mismos que no corresponden necesariamente con los significados que esos mismos términos poseen en el ordenamiento nacional.

CONCLUSIONES

En cuanto al principio de legalidad, es claro que el juez constitucional debe manejar un concepto amplio de ley, que para los casos del control de la administración de justicia indígena debe necesariamente incluir a la costumbre y a las normas comunitarias sobre las que se rigen dichos pueblos.

El control constitucional de la justicia indígena, por tanto, siendo una tarea compleja, específica y distinta del control que hace la Corte Constitucional de las decisiones judiciales de la justicia ordinaria, cumple una crucial función democratizadora de la sociedad ecuatoriana, dejando en el pasado todo modelo estatal de integración excluyente y forjando, caso a caso, los pilares de una sociedad equitativa, abierta, pluralista y democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO-GALVIS, R. (2011). *Introducción al estudio de las normas ius cogens en el seno de la Comisión de Derechos Internacional*. CDI. Vniversitas.
- ABRAMOVCH, V.; COURTIS, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta.
- ACOSTA, A.; MARTÍNEZ, E. (comp.) (2009). *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: AbyaYala.
- ACOSTA, A. (2010). *De la deuda de la Independencia a la deuda de la Dependencia en la economía política de la Independencia. Ensayos de historia económica por el Bicentenario*. Banco Central del Ecuador.
- AGENCIA ANDES. "El Modelo de Educación Bilingüe de Ecuador se tradujo para las 14 lenguas del país". Quito: 15 de enero de 2016.
- AGUIRRE ROJAS, C. A. (2009). *Mandar obedeciendo: las lecciones políticas del neozapattismo mexicano*. Rosario: Prehistoria Ediciones.
- ALEXY, R. (2002 [1993]). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2001). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. (P. Gaido, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Ecternado de Colombia.
 - (1994). *El concepto de validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
 - (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. San Sebastián.
- ANDRADE UBIDIA, S. (2009). La Función Judicial en la vigente Constitución de la República. En S. ANDRADE, & A. S. GRIJALVA (Edits.), *La nueva constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Vol. 30, págs. 239-268). Quito: Corporación Editora Nacional.
- (s/f). *Aportes al debate sobre justicia indígena: observaciones y sugerencias al anteproyecto de "Ley de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador"*.
- ANDUEZA, P. (2000). "Hacia el reconocimiento de los derechos políticos de los pueblos originarios: El modelo de cogestión en Isla de Pascua". En: Estudios Atacameños, No. 19, pp. 113-120. 2000.
- ARENT, H. (1963). *Sobre la Revolución* (Versión electrónica. <http://es.scribd.com/doc/25031433/Arendt-Hannah-Sobre-la-revolucion> ed.). (P. Bravo, Trad.) Alianza Editorial.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIZA HIGUERA, L.; BONILLA MALDONADO, D.; MERRY, S. E.; GRIFFITHS, J.; TAMANAHA, B. Z. (2007). *Pluralismo jurídico*, Bogotá: Siglo del Hombre (Biblioteca universitaria. Ciencias sociales y humanidades).
- ARIZA, R. (2009). "Estado de relacionamiento en Colombia" En: *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*. Eddie Córdor Chuquiruna (coord.): 15-38. Lima. Comisión Andina de Juristas.
- ARÍZAGA, L.; BONILLA, D. (2007). "El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico" En: *Pluralismo Jurídico*. Daniel Bonilla [et al.]: 21-85. Bogotá- Colombia: Siglo del hombre editores.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R.; GRIJALVA, A.; MARTÍNEZ DALMAU, R. (2008). *Desafíos constitucionales: La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (1ra ed.), Serie Justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad: Vol. 2. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008.
- AYALA MORA, E. (2008). *Resumen de la Historia del Ecuador* (3ra. ed.). Quito: Corporación Editora Nacional.
- (1988). *Lucha Política y origen de los partidos en Ecuador* (4ta. ed.). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- (2006). *Simón Bolívar, pensamiento fundamental*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional; Universidad Simón Bolívar.
- BAILÓN, M. (2009). "Legislación federal y estatal en materia de derechos indígenas" En: *Derecho y sociedad en Oaxaindígena. Logros alcanzados y desafíos pendientes*. Fundación para el Debido Proceso Legal: 1-10. Washington D.C: - Estados Unidos. Fundación para el Debido Proceso Legal.
- BALLÓN, A. F. (2004). *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas. Doctrina, principios y normas*. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- BANCO MUNDIAL. (s.f.). Obtenido de Portada > Temas > Reseñas > Pueblos Indígenas: <http://www.bancomundial.org/temas/resenas/indigenas.htm>
- BARÓ PAZOS, J. (1993). *La codificación del Derecho Civil en España, 1808-1998*. Cantabria, España: Universidad de Cantabria.
- BARTH, F. (1976). "La Organización Social de las Diferencias Culturales" En: *Los Grupos Étnicos y sus fronteras*. México: Fondo de Cultura Económica.
- BELLO, A. (2000). *Etnicidad, "Raza" y equidad en América Latina y El Caribe*. LC/R.196/Rev.1, CEPAL.
- (2004). *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL.

BIBLIOGRAFÍA

- BENEDICT, A. (1993). *Comunidades imaginadas. Reflexión sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. (E. L. Suárez, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- BERLIN, I. (1993). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- BERMUDO, J. M. (2008). *El pluralismo razonable de J. Rawls*. Universidad de Barcelona. www.ub.edu/demoment/2008-9/Bermudo_Pluralismo_razonable.doc. Recuperado el 15 de enero de 2016
- (Ed.) (2006): "Sobre pluralismo y Humanismo" En: *Del Humanismo al Humanitarismo*. Universidad de Barcelona. Barcelona: Horsori Editorial.
- BIDART CAMPOS, G. (1991). *Constitución y Derechos Humanos. Su reciprocidad sistémica*. Argentina: Ediar.
- BOBBIO, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- BOBBIO, N.; GARZÓN VALDÉS, E. (1991, 2007). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 12).
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (2000). *El poder constituyente como concepto límite. Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*.
- BONILLA MALDONADO, D. (2006). *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar (Biblioteca universitaria. Ciencias sociales y humanidades).
- BONILLA, D. (et al) (Ed.). (2007). *Pluralismo Jurídico*. Bogotá-Colombia: Siglo del Hombre.
- BORJA JIMÉNEZ, E. (2000). *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BURGOS GUEVARA, H. (1977). *Relaciones interétnicas en Riobamba. Dominio y dependencia en una región indígena ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- CABEDO MALLOL, V. (2012). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. 1^{ra} ed. Barcelona: Icaria (Akademia, 133).
- CAMPS, V. (2002). "Tolerancia, multiculturalidad, convivencia". En A. Hernández (Ed.), *Republicanismo contemporáneo. igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- CARBONELL SÁNCHEZ, M. (Ed.) (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

- (2003). *La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: Una aproximación teórica*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI (108), 839-861.
- CÁRCOVA, C. M. (1998). *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.
- CARRILLO PRIETO, I. (1994). "Algunas Tendencias actuales de la teoría del derecho"
En J. Soberanes, *Tendencias Actuales del Derecho*. México D.C., México: Fondo de Cultura Económica.
- CASTAÑEDA, P. (1971). *La condición miserable del indio y sus privilegios*. Anuario de Estudios Americanos (28), 245-334 .
- CASTRILLÓN Y LUNA, V. (s/f). *El control constitucional en el Derecho comparado*.
Jurídicas (6), 53-95.
- CASTRO NEIRA, Y. (2009). *En la orilla de la justicia: migración y justicia en los márgenes del estado*. México: Universidad Atónoma Metropolitana.
- CEPAL. (Febrero, 2007). *Pueblos indígenas e América Latina: antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias del siglo XXI*. Naciones Unidas.
- CHÁVEZ VALLEJO, Gina. (2011). "Estados plurales y conflictividad en el Siglo XXI: las salidas institucionales" En: *Crítica Jurídica*, Publicación semestral (31), 57–78.
- (2008) "El derecho propio: ¡destapando la Caja de Pandora! En: ÁVILA SANTAMARÍA, R., GRIJALVA JIMÉNEZ, A. Y MARTÍNEZ DALMAU, R. (ed.) *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Pp. 67-88
- (2007) "Orden, Poder y Conflicto. Los derechos intelectuales de los pueblos indígenas en el Ecuador" En: Chávez, Gómez & Grijalva. *Temas de propiedad intelectual*. Serie Estudios Jurídicos. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, UASB. 85-158
- (2006) "A 35 años de relaciones interétnicas en Riobamba" en *Ecuador Debate*. Quito (67)
- CHÁVEZ VALLEJO, G.; GARCÍA, F. (2004). *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*. Quito, Ecuador: FLACSO Sede Ecuador – Petroecuador.
- CHEMERINSKY, E.; PARKER, R. D.; GONZÁLEZ JÁCOME, J.; SETIÉN RAVINA, C.; MORALES, D. (2011). *Constitucionalismo popular*. Bogotá: Siglo del Hombre (Biblioteca universitaria. Nuevo pensamiento jurídico).

BIBLIOGRAFÍA

- CLAVERO, B. (2002). *Genocidio y Justicia. La Destrucción de las Indias, ayer y hoy*. Madrid, Ed. Marcial Pons Historia.
- (1994). *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI Editores.
- COMANDUCCI, P. (2007). "Modelos e interpretación de la Constitución" En: *Teorías del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (Miguel CARBONELL SÁNCHEZ, coord.) (123-154).
- (2002) "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico" En: *ISONOMÍA*, No. 16, abril. (traducción Miguel CARBONELL).
- CONAIE. (s/f). *Proyecto político de las nacionalidades y pueblos del Ecuador. Construyendo el Estado plurinacional*. Documento de avance y discusiones. Quito: CONAIE.
- CONCHA VERGARA, M. (2000). *Don Simón Rodríguez y la vigencia de su pensamiento educacional, político y económico en el siglo XXI*. Caracas, Venezuela: Impresos Urbina.
- CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DEL ECUADOR. (s/f). *Las nacionalidades indígenas y el Estado Plurinacional*. Quito, Ecuador: CONAIE.
- CORRAL, F. (2008). *¿El fin de la legalidad?*. Opinión, diario El Comercio. Quito, jueves 18 de diciembre, p. 11.
- CORREA DELGADO, R. (2009). *Ecuador: de Banana Republic a la No República*. Bogotá, Colombia: Nomos.
- CUJI, L. F. (2011). *Decisiones, Omisiones y Contradicciones. Interculturalidad y Políticas Públicas en Educación Superior en Ecuador*. En Mato, Educación Superior y Pueblos Indígenas y Afrodescendientes en América Latina. Normas, Políticas y Prácticas. (pp. 283-316). Caracas: IESALC-UNESCO.
- CUNILL GRAU, N. (1997). *Repensando lo público a través de la sociedad*. Caracas: CLAD.
- DECOSTER, J.; RIVERA, E. (2009). "Estado de relacionamiento en Perú" En: *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*. Eddie Cóndor Chuquiruna (coord.): 15-38. Lima. Comisión Andina de Juristas.
- DE CABO, A. (2012). "Introducción" En: *Aproximaciones al nuevo constitucionalismo. Debate sobre sus fundamentos*. Quito: Corte Constitucional.
- DEL CASTILLO, L. (2008). "Perú entre la jurisdicción especial de las comunidades y la unidad del poder jurisdiccional" En: *Derechos, costumbres y jurisdicciones*

- indígenas en la América Latina contemporánea*. Laura Garrido (ed.): 243-264. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DE VEGA, P. D. (2002). "Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX". En: CARBONELL, M. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México D.F., México: Porrúa.
- DIARIO HOY (2009). *Fiscal censura Justicia indígena*. Quito: 2009. 04.13
- DÍAZ RICCI, S. M. (2004). *Teoría de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- DÍAZ-POLANCO, H. (2006). *Elogio a la diversidad*. México: Siglo XXI Editores.
- (1997). "La realidad es más que una inmensa estepa verde. Siete precisiones necesarias". Ojarasca (6). Dilthey, W. (1996). *La construcción del mundo histórico en las ciencias del espíritu*. Suhrkamp Verlag.
- DÍAZ, N. (2010). "Constitucionalidad posneoliberal y la nueva forma de vivir bien". En: *Socialismo y Sumak Kawsay. Los nuevos retos de América Latina*. Memorias. Quito: SENPLADES. (Colección Memorias, No. 1) 29-36.
- DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*, SuhrkampVerlag. 1996 (1883).
- DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS INDÍGENAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR. (1997). *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*. Colombia: Imprenta Nacional.
- DODDS BERGER, D. A. (2011). *Paradigmas del derechos, reflexión y derechos sociales*. Derecho y Humanidades (18), 99-111.
- DONOSO PAREJA, M. (2004). *Ecuador: identidad o esquizofrenia*. Quito, Ecuador: Eskeletra.
- DORADO PORRAS, Javier 2001 *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*. Prólogo de Gregorio Peces-Barba. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Colección Estudios Políticos.
- DUPRET, Baudouin (2007) "Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación axiológica". En: *European Journal of Legal Studies*. Volume 1. Issue 1. Disponible en: <http://www.ejls.eu/1/14ES.pdf>. Visitado en: junio 11 de 2013.
- DWORKIN, R. (2010). "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", (trad. Leonardo García Jaramillo). *Isonomía*. N. 32, México, abril.

- (1984) *Los derechos en serio* (Prólogo de A. Calsamiglia), Barcelona: Editorial Ariel.
- ECHEVERRÍA, B. (2011). *Bolívar Echeverría. Ensayos Políticos* (<http://www.bolivare.unam.mx/ensayos/Libro%20Pensamiento%20Politico%201.pdf> ed.). Quito, Ecuador: Ministerio de Coordinación Política y Gobiernos Autónomos Descentralizados.
- En Ecuador "se gobierna por el bien de todo el pueblo", según Latinobarómetro.* (27 de septiembre de 2015). Diario *El Telégrafo*.
- ESCOBAR, A. (2016). *Desde abajo, por la izquierda y con la Tierra*. El País. Blogs , p. 14.
- (1995). “El Desarrollo Sostenible: Diálogo de Discursos” en *Ecología Política*. Cuadernos de debate internacional (9), 7-25.
- ESPINOZA, María Fernanda (1999) "Políticas étnicas y reforma del Estado en el Ecuador". En: *El reto de la diversidad*. Willem Assies, Gemma van der Haar y André Hoekema (eds.): 101-117. México. Colegio de Mixoacán.
- ESPÓSITO, M. C. (2007). *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*. Navarra, España: Aranzadi.
- FERNANDES, F. (2015). *Dominación y desigualdad: el dilema social latinoamericano* (electrónica ed.). Buenos Aires: CLACSO.
- FERNÁNDEZ PUYANA, D. (2003). “Régimen jurídico para la protección de las minorías nacionales en los países de la Europa Oriental conforme al Derecho previsto en Naciones Unidas” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Segundo (43/44), 125-131.
- FERRAJOLI, L. (2008). *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (A. d. Pisarello, Ed., & A. d. Perfecto Andrés, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- (1999). *Derecho y Garantías, la ley del más Débil*. Madrid, España: Trotta.
- FERREYRA, R. G. (2013). *Fundamentos Constitucionales*. Argentina: Ediar.
- FRASER, N. (1997). *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "post socialista"*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- FUENTEALBA, G. (1990). “La sociedad indígena en las primeras décadas de la república: continuidades coloniales y cambios republicanos” En: E. Ayala

Mora, *Nueva Historia del Ecuador, Época Republicana II* (Vol. 8). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.

GABBERT, Wolfgang (2011) "Los juzgados indígenas al sur de México". En: *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*. Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra (coords.): 443-463. Ecuador. Publicaciones de la Casa Chata

GARCÍA AMADO, J. A. (2012). Sobre formalismos y antiformalismo en la Teoría del Derecho. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad* (3), 13-43.

GARCÍA BELAUNDE, D. (1991). *La acción de inconstitucionalidad en el Derecho Comparado*. Lecturas Constitucionales Antinas (1).

GARCÍA CANCLINI, N. (2004). *Diferentes, Desiguales y Desconectados. Mapas de la interculturalidad*. Barcelona: GEDISA.

–(1990). *Culturas Híbridas: Estrategias para Entrar y Salir de la Modernidad*. México D.F.: Grijalbo.

GARCÍA LINERA, (2010) "La construcción del Estado". Conferencia magistral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, UBA.

GARCÍA PELAYO, M. (1990). *Derecho Constitucional Comparado* (7ma. ed.). Madrid: Revista de Occidente.

GARCÍA SERRANO, F (2009) "Estado de relacionamiento en Ecuador". En: *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*. Eddie Cóndor Chuquiruna (coord.): 105-169. Lima. Comisión Andina de Juristas.

– (2008) "Los retos del pluralismo jurídico". En: *Íconos*. No. 31: 11-14.

– (2002). *Formas indígenas de administrar justicia. Estudio de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*. Quito, Ecuador: FLACSO, Sede Ecuador.

GARCÍA VILLEGAS, M. (2011). "Ineficiencia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina" En: RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI* (Versión electrónica ed.). Argentina: Siglo XXI Editores.

– (2010). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento* (Director). Colombia: Siglo del Hombre Editores.

GARGARELLA, R. (2011). "Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina" En: RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *El Derecho en América Latina. Mapas para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 87-108). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

- (2011). "Introducción" En: *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.
- GARZÓN LÓPEZ, P. (2013) "Sobre la indeterminación conceptual de la ciudadanía multicultural" En: *El Cotidiano* (180), 75-88.
- GIL ROBLES, A. (1994). "Tendencias actuales del Derecho" En: J. L. (compilador), *Tendencias Actuales del Derecho*. México D.C., México: Fondo de Cultura Económica.
- GIMÉNEZ, C. (2000). *Guía sobre Interculturalidad. Fundamentos Conceptuales*. Guatemala: Colección Cuadernos Q'anil.
- GÓMEZ-ROBLEDO, J. M. "La implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: una tarea pendiente", en: Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx. (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28096.pdf>)
- GRIFFITHS, J. (2007). "¿Qué es el pluralismo jurídico". En: *Pluralismo Jurídico*. Daniel Bonilla [et al.]: 143-220. Bogotá- Colombia: Siglo del hombre editores.
- GRIJALVA, A. (2009). "El Estado plurinacional y multicultural en la Constitución ecuatoriana de 2008". En: *Derechos ancestrales Justicia en contextos plurales* Quito-Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- GUASTINI, R. (2005). "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano" En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: TROTTA (49-73)
- GUENTES, G., GUENES, M. C.; ISAZA, C. (2009). *Modernizar y democratizar la Administración Pública. Una mirada desde la realidad latinoamericana*. Enfoques, VII (11), 57-85.
- HABERMAS, J., 1998: (con John Rawls) *Debate sobre el liberalismo político*. Paidós, Barcelona.
- HÄBERLE, P. (2002). *Constitución como Cultura* (Temas de Derecho Público No. 66 ed.). (A. M. Montoya, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HART, H. L. (1997) *Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad* Isonomía N° 6. México.
- HART, H. L.; DWORKIN, R. M.; RODRÍGUEZ, C.; HOLGUÍN, M. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. (B. U. Jurídico, Ed.) Santafé de Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre; Universidad de los Andes.

- HEGEL, G. W. (2005). *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*. (J. Gaos, Trad.) Editorial Tecnos.
- HERNÁNDEZ, A. (2005). *El desafío republicano al liberalismo igualitario de Rawls y los debates sobre libertad, ciudadanía y democracia*.
- HESPANHA, A. M. (1993). *Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica*. En *La Gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna* (A. C. Haurie, Trad., págs. 17-60). Centro de Estudios Constitucionales .
- HIDALGO, F. (2008). *Compendio de la rebelión de la América. Cartas de Pedro Muñoz sobre los acontecimientos en Quito de 1809 a 1915*. Quito: Fonsal.
- HOBBS, T. (2002). *Leviatán*. Madrid, España: Aliansa.
- HOEKEMA, A. J. (2002). *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. El Otro Derecho* (26-27).
- HÖFFE, O. (2000). *Derecho intercultural*. Barcelona, España: Gedisa.
- HURTADO, O. (1969). *Dos mundos superpuestos*. Quito, Ecuador: Instituto Ecuatoriano de Planificación para el Desarrollo Social.
- IBÁÑEZ, P. A. (2011). *Cultura constitucional de la jurisdicción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT.
- ILAQUICHE LICTA, R. (2004). *La administración de justicia indígena en Tigua, su evolución y práctica actual*. Maestría en Ciencias Sociales con mención en Asuntos Indígenas; FLACSO sede Ecuador. Quito.
- Inversión en Educación Intercultural Bilingüe supera los 200 millones de dólares* (30 de marzo de 2015). Obtenido de <http://educacion.gob.ec/inversion-en-educacion-intercultural-bilingue-supera-los-200-millones-de-dolares/>
- ITURRALDE, D. (2008). "Entre la ley y la costumbre veinte años después: evaluar las normas y sistematizar las prácticas". En: *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Laura Garrido (ed.): 57-93. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Jaque al Neoliberalismo. Una mirada no convencional al modelo económico*, l. g. (2007). Mamvas.blogspot.cl. Recuperado el 12 de febrero de 2015, de <http://mamvas.blogspot.cl/2007/11/el-origen-del-neoliberalismo.html>
- KAHN, P. (2001). *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona, España: Gedisa.

- KELSEN, H. (1982). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Buenos Aires. EUDEBA.
- KENNEDY, Duncan (2013) *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- KOHUT, K. (2006). *Clavijero y las disputas sobre el Nuevo Mundo en Europa y América*. *Destiempos* (14), 67-103.
- KUHN, T. S. (1971) [1962]. *La estructura de las revoluciones científicas*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- KOTTAK, C. P. (1996). *Antropología: Una exploración de la diversidad humana*. México: Mc Graw Hill.
- KYMLICKA, W. (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós.
- LAPORTA, F. J. (2002). La creación judicial y el concepto de derecho implícito. *Revista Jurídica* (6), 133-152.
- LARREA, A. M. (2010). “La disputa de sentidos por el Buen Vivir como proceso contrahegemónico”. En: *Socialismo y Sumak Kawsay. Los nuevos retos de América Latina*. Memorias. Quito: SENPLADES. (Colección Memorias, No. 1) 15-28
- La Senescyt pone en marcha el programa de Becas para Pueblos y Nacionalidades del Ecuador*. (17 de enero de 2013). El Telégrafo.
- LEFF, E. (1986). “Ambiente y Articulación de Ciencias” En: *Los Problemas del Conocimiento y la Perspectiva Ambiental del Desarrollo*. México D.F.: Siglo XXI. (72-125).
- LEMA, M. M. (2007). *El sistema de derecho indígena en el Ecuador*. Quito: Corte Suprema de Justicia.
- LOEWESTEIN, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- LLÁSAG FERNÁNDEZ, R. (2012). “Justicia indígena, ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?” En: SANTOS, B.D.; GRIJALVA, A. (Edits.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo/AbyaYala.
- LÓPEZ DAZA, G. A. (2011). “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces? Cuestiones Constitucionales”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (24 enero-junio).

- LÓPEZ, F. (2005). *Legislación y derechos indígenas en México*. México. Centro de estudios para el desarrollo sustentable y la soberanía alimentaria.
- LÓPEZ MEDINA, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis Editores.
- (2001). *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- LUCAS VERDÚ, P. (1998). *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid: DYKINSON.
- MÁIZ, R. (2007). "Prefacio" En: MÁIZ, R., *Nación y Literatura en América Latina*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- MALDONADO, K. (2011). "El juzgado Indígena de Huehuetla, Sierra Norte de Puebla: construyendo la totonaqueidad". En: *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*. Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra (coords.): 487-506. Ecuador. Publicaciones de la Casa Chata.
- MARTÍNEZ; REYES (2012). "El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales" En: *América Latina. Política y Cultura* (37), 35-64.
- MARTÍNEZ ALIER, J. (1992). *Ecología y Pobreza*. Valencia: Centre Cultural Bancaixa.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. (2016) "Democratic Constitutionalism and Constitutional Innovation in Ecuador The 2008 Constitution". Victoria J. Furio (traducción). *En LATIN AMERICAN PERSPECTIVES*, Issue 206, Vol. 43 No. 1, January 2016, 158–174
- (2013). "Plurinacionalidad y pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericana" En: SOLÉ, A. P. (Ed.), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia* (pp. 259-284). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2008) "Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional" *En: (Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad ed. G. J. Avila Santamaría Ramiro, Ed. Quito, Ecuador: V&M Gráficas.) Pp. 279-290
- MARTÍNEZ DALMAU, R.; VICIANO PASTOR, R. (2011). *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-200)*. Valencia: TIRANT LO BLANCH.

- MASAPANTA GALLEGOS, C. (2015). *Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- MENDOZA, M. A. (2009). "Estado de relacionamiento en Bolivia". En: *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*. Eddie Córdor Chuquiruna (coord.): 171-229 Lima. Comisión Andina de Juristas.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2008). "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y 'canon reforzado' de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional". En: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (73), 127-146.
- MERRY, S. E. (2007). "Pluralismo jurídico". En: *Pluralismo Jurídico*. Daniel Bonilla [et al.]: 87-141. Bogotá- Colombia: Siglo del hombre editores
- MILLER, D.; WALZER, M. (1997). *Pluralismo, Justicia e Igualdad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- MINISTERIO DE DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2008). *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad ed.). (G. J. Avila Santamaría Ramiro, Ed.) Quito, Ecuador: V&M Gráficas.
- MINTEGUIAGA, A.; UBASART-GONZÁLEZ, G. (2013). *Regímenes de Bienestar y gobiernos "progresistas" en América Latina: los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia*. *Política y Sociedad*, 52 (3), 691-718.
- MOLINA BARRIOS, R.; VADILLO PINTO, A. (2007). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Bolivia. Una introducción a las normas, contextos y procesos*. La Paz-Bolivia: Centro Boliviano de Estudios Multidisciplinarios, CEBEM. (Versión electrónica: http://www.bivica.org/upload/pueblos-indigenas-derechos_bolivia.pdf).
- MOORE, S. F. (1972). "Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study". En: *Law and society*. Vol. 7. No. 1: 719-746
- MORALES, A. (1997). "El pueblo guambiano y su justicia tradicional ante la jurisdicción especial indígena". En: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*. Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior: 75-85. Colombia. Imprenta Nacional.
- MOUFFE, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós, Barcelona.
- NAVARRO BELTRÁN, E. (2011). *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)* (Vol. 43). Cuadernos del Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- NINO, C. S. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Argentina: Siglo XXI Editores.
- (2012 [1992]). *La validez del derecho*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- NÚÑEZ, J. (2008). *Mejía: portavoz de América (1775-1813)*. Quito, Ecuador: FONSA.
- (1992). *Nación, Estado y Conciencia Nacional*. Quito, Ecuador: Adhilac; Editora Nacional.
- OLIVEROS, M. N. (1967). *La construcción jurídica del régimen de tutela del indio*. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene (18), 105-128.
- Oppenheim, F. (1981). *Political Concepts: A Reconstruction*. Oxford: Basil Blackwell.
- ORTIZ, M. (1995). *Origen del poder político en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Gráficas San Pablo.
- OSZLAK, O. (2006). *Burocracia estatal: política y políticas públicas*. Postdata. Revista de reflexión y análisis político, IX, 1-30.
- PACARI, N. (2009). *Todo puede ocurrir. Una mirada interna a la experiencia política del movimiento indígena del Ecuador: rupturas y nuevos paradigmas*. Quito: Instituto para las Ciencias Indígenas PACARI.
- PALADINES, C. (2007). *Eugenio Espejo, pensamiento fundamental*. Quito, Ecuador: CNEE, CEN, UASB.
- (2000). “La conformación del Estado Nacional desde la perspectiva del pensamiento ilustrado y romántico ecuatoriano” En: NÚÑEZ, J., *Antología de Historia* (págs. 213-225). Quito, Ecuador: FLACSO, ILDIS, Fundación Friedrich Ebert.
- PAULSON, S. L. (2012). *La interpretación débil de la autoridad en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen*. Revista Derecho del Estado (29), 5-49.
- POU GIMÉNEZ, F. (2011). “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo” En: Rodríguez Garavito, C. (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores
- PAZMIÑO FREIRE, L. P. (2015). *La acción extraordinaria de protección en Ecuador: cuestiones de legitimidad y eficacia*. Tesis doctoral. Universidad de Valencia, España.
- (2012). *Aproximaciones al nuevo constitucionalismo. Debate sobre sus fundamentos*. Quito: Corte Constitucional.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1973). *Derechos fundamentales*. Madrid: Latina.
- (1991). *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*. Madrid: EUDEMA.
- PEÑA, G. d. (2002). Costumbre, ley y procesos judiciales en la antropología clásica: apuntes introductorios. En E. KROTS (Ed.), *Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del derecho* (págs. 51-68). México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2006). *La tercera generación de los derechos humanos*. Navarra, España: Aranzadi.
- PETTIT, P. (2004). "Liberalismo y Republicanismo" En: OVEJERO, F. (Ed.), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Barcelona: Editorial Paidós.
- PHILLIP KOTTAK, C. (1996). *Antropología: Una exploración de la diversidad humana*. México: Mc Graw Hill.
- PICOLLI, E. (2008). "El pluralismo jurídico y político en Perú: el caso de las Rondas Campesinas de Cajamarca". En: *Íconos*. No. 31: 27-41.
- PIÑACUÉ, J. (1997). "Aplicación autonómica de la justicia en comunidades paeces. Una aproximación". En: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*. Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior: 31-52. Colombia. Imprenta Nacional.
- PISARELLO, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta.
- PLANT, R. (1999). "Los derechos indígenas y el multiculturalismo latinoamericano: lecciones del proceso de paz en Guatemala". En: *El reto de la diversidad*. Willem Assies, Gemma van der Haar y André Hoekema (eds.): 57-97. México. Colegio de Mixoacán.
- POST, R. S. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (L. G. Jaramillo, Trans.). Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- PRIETO, M. J. (2012). "Una invitación al pluralismo legal" En: *Revista de Derecho*, Vol. XXV, No. 1: 25-45.
- PRIETO SACHÍS, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.
- (1999). *Constitucionalismo y positivismo* (2da. ed.). México D.C., México: Fontamara.

BIBLIOGRAFÍA

- (1991). "Notas sobre la interpretación constitucional" En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, pp. 175-198.
 - (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. (2004). *La construcción de democracias multiculturalistas. Informe sobre desarrollo Humano*. Cap. II. Obtenido de www.hdr.undh.org
- QUINCHE-RAMÍREZ, M. F.; RIVERA-RUGELES, J. C. (2010). "El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos" En: *Vniversitas* (121), 113-137.
- QUINTEROS, R.; SILVA, E. (1995). *Ecuador: una nación en ciernes*. Quito.
- RAMÍREZ, R. (2016). *Vienen con sed de venganza luego de 10 años*. El Telégrafo. Quito:16 de Marzo.
- (2010). *Los nuevos retos de América Latina: socialismo del sumak kawsai o biosocialismo republicano*. Quito, Ecuador: Secretaría Nacional de Planificación.
- RAMÍREZ, S. (s/f). "Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena". Buenos Aires: Jura Gentium, Centro de filosofía del derecho internacional y de la política global. Documento en línea: www.tsd.unifi.it/juragentium/es/index.htm?surveys/latina/ramirez.htm. Ultimo acceso: 07.03.16
- RAWLS, J. (2002). *La justicia como equidad. Una reformulación*. (N. Erin, Ed.) Barcelona: Paidós Estado y Sociedad.
- (1995) *Liberalismo político*. Trad. Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica.
 - (1971). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- RAZ, J. (2001). "Multiculturalismo: una concepción liberal" En: *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa. (ed. Original 1994). (trad., de Marí Luz Melón).
- (1999). "Autonomía, tolerancia y el principio del daño" R. Correa (Trad.) en *Revista de Estudios Públicos* (76), pp. 91-113. Santiago-Chile. (Trabajo original publicado en 1987).
- REAL ALCALÁ, J. A. (2011) "Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza del Derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott." en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (131), 675-700.

- (2007). ¿'Paradoja' de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica? *Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*.
 - (2006). "Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el Derecho" en Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXIX (117), 755-775.
- RECASÉNS SICHES, L. (1956). *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México D.F., México: Dianoia.
- RODRÍGUEZ GARATIVO (2010). Introducción. En *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- (2011). Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. En *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento juirídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. (págs. 68-84)
- RUBIO LORENTE, F. (1982). Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4 (2), 35-68.
- RODRÍGUEZ M., E. (1991). "Pluralismo jurídico. ¿El derecho del capitalismo actual?" En: *Nueva Sociedad* (112), 91-101.
- ROITMAN, M. (2010). "La alternativa al neoliberalismo y los futuros contingentes". En: *Socialismo y Sumak Kawsay. Los nuevos retos de América Latina*. Memorias. Quito: SENPLADES. (Colección Memorias, No. 1) 37-53
- SADER, E. (2008). *Refundar el Estado. Posneoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires, Argentina: IEditiones CTA, CLACSO.
- SAGÜES, N. P. (2004). "Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina". Ponencia presentada al Seminario de Derecho Procesal Constitucional realizado en Quito en el seno del Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador, 25.
- SALGADO, J. (. (2002). *Justicia Indígena. Aportes para un debate*. Quito, Ecuador: Abya-Yala, Universidad Andina Simón Bolívar.
- SÁNCHEZ BOTERO, E. (1998). "Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano" En: *América Indígena*, LVIII (1 y 2).
- (2004 [1998]). *Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2005). *El Estado constitucional y su sistema de fuentes* (3ra. ed.). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- SANDEL, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Gedisa
- SANTOS; GRIJALVA. (2012) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo/AbyaYala.
- SANTOS, B. D. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito, Ecuador: AbyaYala.
- (2009). "Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad" En: ACOSTA; MARTÍNEZ, *PLURINACIONALIDAD. Democracia en la diversidad*. Quito, Ecuador: AbyaYala.
 - (1998). *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. (C. Rodríguez, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
 - (1998) *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá: Ediciones Uniandes
- SARTORI, G. (4 de julio de 1996). *Límites de la ingeniería constitucional*. México D.F.
- (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.
- SECRETARÍA DE PUEBLOS, MOVIMIENTOS SOCIALES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA. (2009). *Memorias del Primer Foro Internacional. Hacia la construcción del Estado Plurinacional e Intercultural*. Quito: Ministerio Coordinador de Patrimonio.
- SEGADO, F. F. (1996). *El control de constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo*. *Pensamiento Constitucional* (3), 231-264.
- SHIVA, V. (1993). *Monocultures of the Mind. Perspectives on Biodiversity and Biotechnology*. (M. cast. Red del Tercer Mundo, Trad.) Londres: Zed Books.
- SIEDER, R. (2011). Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina. En C. SOLAR CAYÓN, J. I. (2012). *Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano*. *Economía. Revista de Cultura de la Legalidad* (2), 176-226.
- (1998). "Customary law and local power in Guatemala". En: *Guatemala after the peace accords*. Rachel Sieder (ed.): 97-115. London: Institute of Latin American Studies.

- SIEDER, R.; YURI FLORES, C. (2011) *Autoridad, autonomía y derecho indígena en la Guatemala de la posguerra*. Guatemala: F&G Editores; Casa Comal: Universidad Autónoma del Estado de Morelos.
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio (2012) “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano” *Revista Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*. No. 2, marzo-agosto, pp. 179-226.
- SOLÓRZANO PEREYRA, J. (1647). *Política Indiana* (Vol. Libro II). Madrid.
- SOTELO, L. C. (s/f). “Derechos Humanos en una república multicultural. La supervivencia cultural de lo diferente” En: *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y análisis jurídico* (9).
- SKINNER, Q. (1996). “Acerca de la justicia, el bien común y la prioridad de la libertad”. En: *Revista La Política*. No. 1, Primer semestre, Barcelona.
- (1985). *Los fundamentos del pensamiento político moderno. I. El renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- (1984). *Maquiavelo*. Madrid: Alianza Editorial.
- STORINI, C.; NAVAS, M. (2013). *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* Quito: Corte Constitucional del Ecuador. (Nuevo Derecho Ecuatoriano, 3).
- SUNSTEIN, C. R. (2004). “Más allá del resurgimiento republicano”. En: Feliz Ovejero, J.L. Martí y R. Gargarella (Edit.) *Nuevas ideas republicadas. Autogobierno y libertad*, Barcelona: Editorial Paidós.
- TAMANAH, B. Z. (2007). “La insensatez del concepto ‘científico social’ del pluralismo jurídico” En: BONILLA MALDONADO, D., *Pluralismo Jurídico*, (pp. 223-276). Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- TAYLOR, C. (1993). *El Multiculturalismo y la Política de Reconocimiento*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica (TIBÁN, L.; ILAQUICHE, R. (2004). *Manual de Administración de justicia indígena en el Ecuador*. Latacunga, Ecuador: FUDEKI).
- Teoría de las audiencias*, (s.f.). Mass Communication Research. Recuperado el 8 de octubre de 2010, de <http://comunicacion.idoneos.com/index.php/337570>
- TEUBNER, Gunther (2000) "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno". En (BOURDIEU, P. y TEUBNER, G., *La fuerza del derecho*. Estudio preliminar Carlos Morales de Setién Ravina). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

- TIBÁN, L.; ILAQUICHE, R. (2004). *Manual de Administración de justicia indígena en el Ecuador*. Latacunga, Ecuador: FUDEKI.
- TOCQUEVILLE, A. D. (2010). *La democracia en América* (Colección Libertad de los Antiguos, Libertad de los Modernos ed.). (E. Nolla, Trad.) Madrid: Trotta, Liberty Fund.
- TORRES, R. (1998). "Régimen Constitucional y derechos de los pueblos indígenas en el Ecuador". En: *Derechos de los pueblos indígenas: situación jurídica y políticas de Estado*. Ramón Torres (ed.): 45-60. Quito: Abya - Yala.
- TREVES, R. (1988). *Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*. Barcelona: Editorial Ariel
- UNESCO. (2012). Educación Superior y Pueblos Indígenas y Afrodescendientes en América Latina. Normas, Políticas y Prácticas (Segunda edición ampliada ed.). (D. (. Mato, Ed.) Caracas: IESALC-UNESCO.
- UPRIMNI, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En RODRÍGUEZ GARAVITO, *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (págs. 109-137). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- VAN COTT, D. L. (2000). "A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia". En: *Journal of Latin American Studies*, Vol. 32, No. 1: 207-234.
- VARGAS, E. (2009). "La Plurinacionalidad: un paradigma de transformación social" En: ACOSTA, A.; MARTÍNEZ, E., *PLURINACIONALIDAD. Democracia en la Diversidad*. Quito, Ecuador: AbyaYala.
- VELÁSQUEZ, María Cristina (1999) "Fronteras de gobernabilidad municipal en Oxaca, México: El reconocimiento jurídico de los usos y costumbre en la renovación de los ayuntamientos indígenas". En: *El reto de la diversidad*. Willem Assies, Gemma van der Haar y André Hoekema (eds.): 289-313. México. Colegio de Mixoacán.
- VERGALITO, E. (2011) Acotaciones filosóficas a la "hermenéutica Diatópica" de Boaventura de Sousa Santos. *Impulso*, 19 (48), 19-30.
- VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). "Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Gaceta Constitucional* núm. 48 (diciembre) pp. 307-329
- (2010). "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano" En: *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Memorias del encuentro internacional. El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI (págs. 9-43). Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

- WRAY, A. (1983/1995). "El Sistema Jurídico Ecuatoriano", en *Nueva Historia del Ecuador, Ensayos Generales II, Nación, Estado y Sistema Político*, Enrique Ayala Mora (ed.), Volumen 13, Quito: Corporación Editora Nacional y Grijalbo.
- *et al*, (1993). *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*. Quito: Abya Yala.
- WALSH, C. (2002). *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*. Boletín ICCI-RIMAI (36).
- WALZER, M. (1993). *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, México: Fondo de Cultura Económica.
- WEBER, M. (1944/1992). *Los tipos de dominación*. En *Economía y Sociedad* (Mimeo ed., pp. 170-181). México D.F.: FEC.
- (s.f.). *El político y el científico*. (U. N. Martín, Productor) Obtenido de <http://www.bibliotecabasica.com.ar>
- WOLKMER, A. C. (2006). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Colección universitaria Textos Jurídicos. España, MAD. WRAY, A. (1983-1995). *El Sistema Jurídico Ecuatoriano* En: Ayala Mora (Ed.), *Nueva Historia del Ecuador. Ensayos Generales II. Nación, Estado y Sistema Político*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional y Grijalbo.
- WRIGHT, C. (2009). *Estado, justicia y ciudadanía en el constitucionalismo boliviano*. *Cuestiones Jurídicas*. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, III (2), 55-72.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. (ed.) (2010). *Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina*. Perú. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- (2004). *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países antinos*. *El Otro Derecho* (30), 171-195.
- (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.
- ZAFRA, G. (2009) "Por la ley o la costumbre: obstáculos en la participación política de las mujeres en el sureste mexicano" En: *Derecho y sociedad en Oaxaíndígena. Logros alcanzados y desafíos pendientes*. Fundación para el Debido Proceso Legal: 63-73. Washington D.C. - Estados Unidos. Fundación para el Debido Proceso Legal.
- ZAGREBELSKY, G. (2011). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

BIBLIOGRAFÍA

- ZAMBRANO TIZNADO, J. P. (2009). Multiculturalidad y derechos colectivos en Joseph Raz. ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política (41) julio-diciembre. 287-292.
- ZIZEK, S. (1998). *Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional*. En F. J. Zizek, Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo. Buenos Aires: Paidós.
- ZÚÑIGA, N. (1985). *Vicente Rocafuerte: síntesis biográfica, selección de textos*. Quito, Ecuador: Ministerio de Cultura

Documentos jurídicos

Constituciones y leyes del Ecuador e instrumentos internacionales:

- Constituciones de 1830, 1835, 1845, 1846, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1879, 1897, 1906, 1929, 1945, 1946, 1967, 1979, 1998 y 2008
- Constituciones de Bolivia de 1994 y 2009
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
- Código Orgánico de la Función Judicial
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del 2009; Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de Abril del 2009
- Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, y el 25 de mayo de 2015

Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador:

- Corte Constitucional para el período de transición, sentencia: No. 214-12-SEP-CC.; No. 007-09-SEP-CC; No. 018-09-SEP-CC; No. 011-09-SEP-CC; No. 027-09-SEP-CC
- Corte Constitucional, sentencias: No. 131-15-SEP-CC; No. 155-15-SEP-CC; No. 182-15-SEP-CC; No. 258-15-SEP-CC; No. 066-13-SEP-CC; No. 0218-14-SEP-CC; No. 001-13-SEP-CC; No. 002-15-SEP-CC; No. 100-15-SEP-CC, No. 074-14-SEP-CC; No. 113-14-SEP-CC; No. 004-13-SAN-CC; No. 012-14-SEP-CC; No. 141-14-SEP-CC

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia:

- Sentencias: T-380 de 1993; T-001 de 1994; T-1292 de 2005; T- 349 de 1996; T-523 de 1997; C-139-96; T-349-96; T-921-13; C-463-14; T-642-14, T-010-15

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso Loayza Tamayo Vs. Perú; Caso Mohamed Vs. Argentina; Caso J. vs. Perú; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú; Caso Mohamed Vs. Argentina; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú; Caso No. 11.006. Informe No. 1/95; Caso Alan García Vs. Perú; Caso Barrios Altos Vs. Perú; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador; Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala; Caso García y familiares Vs. Guatemala; Caso J. vs. Perú; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile; Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia; Caso Carpio Nicolle y otros; Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana; Caso La Cantuta Vs. Perú; Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo.

ANEXOS

CASOS INGRESADOS A LA CORTE

CONSTITUCIONAL RALACIONADOS CON

PUEBLOS INDÍGENAS (PERÍODO 2008-2016)

ANEXOS

Nº	Acción por incumplimiento	Datos
0017-14-AN	Dé inmediato cumplimiento a las medidas cautelares ordenadas el 10 de marzo del 2006, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Nro. MC-91-2006, CONAIE, Moscoso y Ponce vs Ecuador para proteger a los pueblos hermanos en situación de aislamiento. En concreto, cumplir la obligación del Estado ecuatoriano de respetar y proteger la integridad física y cultural de los miembros de los pueblos Tagaeri y Taromenane y sus territorios, e impedir el ingreso de terceros.	ACCIONANTE: Carlos Pérez Guartambel, Presidente ECUARUNARI INGRESO: 2014-05-08 ESTADO: En fase de sustanciación.
0043-12-AN	Solicitan se declare el incumplimiento en el que ha incurrido el juez segundo de garantías penales de Loja y el tribunal segundo de garantías penales de Loja, incumplimiento del artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial "los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinaran su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. a tal efecto se abrirá un termino probatorio de tres días...".	ACCIONANTE: Floro Vicente Medina Guamán y Klever Rolando Chalan Gualán, Presidente y Secretario Presidente Comuna Jatun Ayllu INGRESO: 2012-11-01 ESTADO: Inadmitida mediante auto dictado el 12 de marzo de 2013.
0016-11-AN acumulado con el caso 015-11-AN	Solicitan se disponga a los jueces de la segunda sala de lo penal de la corte provincial de justicia del Azuay, de inmediato cumplimiento al mandato constituyente de "amnistía a personas involucradas en hechos acaecidos en el Cantón Chillanes, provincia de Bolívar, en el paro nacional minero y casos de criminalización por defender la territorialidad, derechos colectivos y de los pueblos" resuelto el 11 de julio del 2008 por la asamblea nacional constituyente.	ACCIONANTE: Caso No. 016-11-AN, Rodrigo de los Ángeles Quezada Sanmartín, procurador común Caso No. 0015-11-AN, Patricio Benalcázar Alarcón y Wilton Guaranda Mendoza Director Nacional de Protección de Derechos Humanos Defensoría del pueblo INGRESO: 2011-03 14 Y 2011-03-11 ESTADO: Inadmitidas mediante auto dictado el 18 de julio de 2011.

ANEXOS

0056-10-AN	Mediante la cual solicita se declare el incumplimiento por parte del Ministerio de Salud Pública de la disposición del Artículo 18 y la Disposición Transitoria Primera de La Ley Orgánica de Instituciones Publicas de los Pueblos Indígenas.	ACCIONANTE: Santi Gualinga Marlon Rene INGRESO: 2010-08-12 ESTADO: En fase de sustanciación.
0023-10-AN	Solicitan se disponga al presidente del Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior del Ecuador CONEA, deje sin efecto o se declare la nulidad de la evaluación realizada el 18 de agosto del 2009, a la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi", mediante la cual se le dio una calificación tipo E.	ACCIONANTE: Sarango Macas Luis Fernando, Quizhpe Quizhpe Manuel Enrique INGRESO: 2010-03-30 ESTADO: Inadmitido mediante auto dictado el 18 de julio de 2011.
0056-09-AN	Se deje sin efecto el contenido del Decreto Ejecutivo Nro. 1733 de 26 de mayo del 2009, dictado por el Presidente de la República, mediante el cual se derogo el Decreto Ejecutivo Nro. 3535, publicado en el R.O. Nro. 745 de 15 de enero del 2003 y se crea la Comisión de Transición para la Definición de la Institucionalidad Pública	ACCIONANTE: Abarca Duran Ximena INGRESO: 2009-05-29 ESTADO: Inadmitido por la Sala de Admisión
0027-09-AN	Que el organismo de evaluación, acreditación y aseguramiento de la calidad de la educación superior, dé cumplimiento a las disposiciones constitucionales, a fin de que la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi" cumpla con los objetivos de su creación y se permita implementar sus propios métodos de aprendizaje, sus modalidades y las diferentes extensiones que sean necesarias. NOTA: La Corte Constitucional dentro del presente caso dictó la sentencia No. 008-09-SAN-CC en la cual se establecen parámetros jurídicos para la evaluación académica e institucional intercultural.	ACCIONANTE: Sarango Macas Luis Fernando, Quizhpe Quizhpe Manuel Enrique INGRESO: 2009-03-26 ESTADO: Etapa de verificación de cumplimiento de la sentencia No. 008-09-SAN-CC, dictada dentro del presente caso.

ANEXOS

Nº	Dictamen de constitucionalidad de tratados internacionales	Datos
0033-10-TI	"Protocolo de enmienda al Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación, Técnica entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la Republica Bolivariana de Venezuela, para el intercambio de saberes ancestrales y conocimientos tradicionales entre los pueblos indígenas", a fin de que se pronuncie si requiere o no aprobación legislativa, suscrito en la ciudad de Quito el 26 de marzo del 2010.	ACCIONANTE: Alexis Mera Giler, Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República INGRESO: 2010-07-16 ESTADO: Resuelta mediante Dictamen No. 039-10-DTI-CC, a través del cual se declaró la constitucionalidad del Tratado Internacional.
0012-09-TI	Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa, para la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del 13 de septiembre del 2009.	ACCIONANTE: Murillo Marco INGRESO: 2009-11-20 ESTADO: Resuelto mediante Dictamen No. 013-10-DTI-CC mediante el cual se declaró la constitucionalidad del instrumento internacional.
0023-11-TI	Dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de tratados internacionales a fin de que la Corte Constitucional emita el correspondiente dictamen del "Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica. NOTA: Control de constitucionalidad del "Protocolo de Nagoya sobre acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización al Convenio sobre Diversidad Biológica". En este dictamen la Corte Constitucional se pronuncia respecto de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, sobre el convenio 169 de la OIT, entre otros.	ACCIONANTE: Alexis Mera Giler INGRESO: 2011-06-17 ESTADO: Resuelto mediante Dictamen No. 011-13-DTI-CC, mediante el cual se declaró que el Instrumento Internacional guarda armonía con la Constitución.

ANEXOS

Nº	Remisión de sentencias	Datos
0047-13-JD	Mediante la cual se resolvió rechazar la acción de habeas data N. 003-2013-JVGPP, seguido por Luis Francisco Paredes Trujillo. en contra de Secretaria de Pueblos Movimientos Sociales y de Participación Ciudadana (para el desarrollo de jurisprudencia vinculante)	INGRESO: 2013-09-12 ESTADO: Caso no seleccionado por la Sala de Selección, por lo que se encuentra archivado.
0214-12-JP	Mediante la cual se resolvió negar la acción de protección N. 2011-0210, propuesta por Jenny Espinoza Guallpa en contra de la Secretaria Nacional de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana. (para el desarrollo de jurisprudencia vinculante)	INGRESO: 2012-02-28 ESTADO: Caso no seleccionado por la Sala de Selección, por lo que se encuentra archivado.
1195-10-JP	Mediante la cual se resolvió confirmar la sentencia subida en grado que rechaza la acción de protección N. 406-2010 propuesta por Cristian Manuel Paucar Salas, en contra del Secretario Nacional Ejecutivo del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades Indígenas. (para el desarrollo de jurisprudencia vinculante).	INGRESO: 2010-08-09 ESTADO: Caso no seleccionado por la Sala de Selección, por lo que se encuentra archivado.
0564-10-JP	Mediante la cual se resolvió negar la acción de protección N. 17111-2010-0075 propuesta por Nilda Mireya Bustos Astudillo en su calidad de presidenta de la Comunidad de Pakayacu, en contra del Secretario Nacional Ejecutivo del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador, CONDEPE. (para el desarrollo de jurisprudencia vinculante)	ACCIONANTE: Vintimilla Zea Lupe INGRESO: 2010-04-09 ESTADO: En fase de Sustanciación

ANEXOS

Nº	Interpretación constitucional	Datos
0007-10-IC	Solicita se interprete al Artículo 171 de la Constitución.	ACCIONANTE: Correa Delgado Rafael INGRESO: 2010-08-05 ESTADO: En fase de sustanciación
0002-09-IC	Solicitan se realice la interpretación de las normas constitucionales para establecer el alcance de las disposiciones contenidas en los Artículos 156, 157 y Disposición Transitoria Sexta de La Carta Política aprobados en el referéndum de 28 de septiembre del 2008 y de los Artículos 6, 7 y 33 del convenio 169 de la OIT y los Artículos 19, 23 y 45 de la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.	ACCIONANTE: Andrango Andrés, Tibán Guala Lourdes Licenia, Santi Gualinga Marlon Rene, Cholango Tipanluisa Humberto INGRESO: 2009-01-07 ESTADO: En fase de sustanciación.

ANEXOS

Nº	Consulta de norma	Datos
0078-14-CN	Solicitan se determine la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial (declinación de competencia.- los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinaran su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido....), dentro del juicio por tráfico ilegal de migrantes Nro. 0377-2013, seguido en contra del señor Segundo Pedro Chimbaina Guamán.	ACCIONANTE: Hernán Patricio Moncayo Verdugo, Juez "B" Juez Unidad Judicial de Garantías Penales del Cañar INGRESO: 2014-05-05 ESTADO: Causa inadmitida mediante auto de admisión de 24 de junio de 2014.
0005-11-CN y acumulados 058-11-CN, 021-12-CN y 003-13-CN	Se solicita se determine la constitucionalidad de la norma contenida en el Artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial (declinación de competencia.- los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinaran su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido....), dentro del juicio penal por el delito contra la libertad individual nro. 0119-2012, 116-2012, Seguido Por la señora Mayda Romelia Díaz Sisalema, En contra del señor Luis Tarquino Silva Yagchirema, por pedido del señor Jorge Humbertovivas Punina, presidente de la Unión de Organizaciones Campesinas Indígenas de Pasa U.O	ACCIONANTE: Caso No. 005-11-CN, Ocio de las Mercedes Sumbana Iza presidenta de la Sala de lo Penal Corte Provincial De Justicia de Cotopaxi, Walter Hugo Navas Estrella juez de la Sala de lo Penal Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, Miguel Oswaldo Ortega Leno juez de la Sala de lo Penal Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi Caso No. 058-11-CN, Fernando Tinajero, en calidad de Juez Segundo de Tránsito de Cotopaxi. Caso No. 021-12-CN, Walter Hugo Navas Estrella, Rocío Sumbana Iza y Oswaldo Ortega León, jueces Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi. Caso No. 003-13-CN, Carlos Fabián Altamirano Dávila, Juez Juzgado Primero De Garantías Penales De Tungurahua INGRESO: <i>Caso No. 005-11-CN:</i> 2011-01-19 <i>Caso No. 058-11-CN:</i> 2011-12-05 <i>Caso No. 021-12-CN:</i> 2012-01-25 <i>Caso No. 003-13-CN:</i> 2013-01-09 ESTADO: Resueltos mediante sentencia No. 008-15-SCN-CC por la cual se niega las consultas de constitucionalidad.

ANEXOS

<p>0006-11-CN y acumulado No. 0036-10-CN</p>	<p>Se solicita se determine si "es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena si ya fueron juzgados por las autoridades de esta", dentro del juicio penal por asesinato Nro. 0143-2010-TPCX, seguida en contra de Iván Bladimiro Candelejo Quishpe, Hernán Candelejo Quishpe, Manuel Orlando Quishpe ante, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga y Klever Fernando Chaluisa Umajinga, dentro de la comuna de Guantopolo, Zumbahua, Cotopaxi. (justicia indígena)</p>	<p>ACCIONANTE: Caso No. 0006-11-CN Luis Balarezo Mesías presidente Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi Caso No. 0036-10-CN_Segovia Dueñas José Luis INGRESO: <i>Caso No. 0006-11-CN 2011-02-03</i> <i>Caso No. 0036-10-CN 2010-06-11</i> ESTADO: En etapa de verificación del cumplimiento de la sentencia No. 006-14-SCN-CC mediante la cual se resolvió aceptar las consultas de norma planteadas, disponer el archivo de la causa de la cual proviene el proceso No. 036-10-CN, mientras que respecto del caso que dio origen a la causa No. 006-11-CN se determinó que se continúe con su tramitación.</p>
<p>0519-12-CN</p>	<p>Consulta remitida mediante la cual se solicita que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del acta de juzgamiento dictada por la Comunidad Samana y la Organización UNOCANC de 10 de abril de 2012, al considerar que es contraria a la Constitución de la República y a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en cuanto a la protección del derecho de los menores de edad y principalmente su identidad sexual y discapacidad, a su vez la validez o no del juzgamiento por parte de la justicia indígena que se realiza en forma posterior al inicio del proceso por parte de la Fiscalía de Cotopaxi.</p>	<p>ACCIONANTE: Mayra Chimborazo Palma Jueza del Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cotopaxi. INGRESO: 2012-08-01 ESTADO: Resuelto mediante sentencia No. 004-15-SCN-CC, en la que se negó la consulta de constitucionalidad.</p>
<p>0072-14-CN</p>	<p>Consulta mediante la cual se solicita a la Corte Constitucional resuelva sobre la constitucionalidad de la norma contenida en el Artículo inserto antes del Artículo 441 del Código Penal dentro del juicio de acción penal pública por genocidio</p>	<p>ACCIONANTE: Álvaro Guerrero, Juez Segundo de Garantías Penales de Orellana. INGRESO: 2014-04-16. ESTADO: Resuelto mediante sentencia No. 004-14-SCN-CC, mediante la cual se resolvió aceptar la consulta de norma, y</p>

ANEXOS

	<p>seguido en contra de Tocari Coba Quimintari Orengo y otros pertenecientes a la nacionalidad indígena Waorani por la muerte de los ancianos Waoranis Ompore Omehuay y Buganey Caiga.</p> <p>NOTA: Este caso hace referencia al juicio de acción penal pública por genocidio No. 223-2013, seguido en contra de Tocari Coba Quimintari Orengo y otros pertenecientes a la nacionalidad indígena Waorani.</p>	<p>que en el caso concreto la interpretación del Artículo 441 merece una interpretación intercultural.</p>
--	--	--

ANEXOS

Nº	Acción pública de inconstitucionalidad	Datos
0019-13-IN	Solicita se declare la inconstitucionalidad de todo el Decreto Ejecutivo Nro. 16 publicado en el suplemento del Registro Oficial Nro. 19 de 20 de junio de 2013, con el cual se expide el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas	ACCIONANTE: Carlos Ranulfo Pérez Guartambel presidente Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador, Ecuarunari INGRESO: 2013-08-08 ESTADO: En fase de sustanciación
0026-12-IN	Solicitan se declare la inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial Nro. 41 que expide el Reglamento del Sistema de Identificación y Trazabilidad Animal del Ecuador SITA, suscrito por el señor Santiago León Abad, entonces Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (e) de 15 de marzo del 2012.	ACCIONANTE: Carlos Pérez Guarambel, Virgilio Ramón y otros, Coordinador Federación de Organizaciones Indígenas y Campesinas del Azuay FOA INGRESO: 2012-05-03 ESTADO: En fase de sustanciación
0023-11-IN	Solicita se declare la inconstitucionalidad de los incisos primero y segundo del Artículo 16 de la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 583 de 5 de mayo del 2009 (regulariza la ocupación ilegal de espacios públicos y de posesión y propiedad de pueblos ancestrales que subsisten en torno al manglar)	ACCIONANTE: Líder Góngora Farías, procurador común. INGRESO: 2011-05-10 ESTADO: Resuelta mediante sentencia No. 020-15-SIN-CC en la cual se resolvió
0030-10-IN	Mediante la cual solicitan se declare la inconstitucionalidad por el fondo del último inciso del Artículo 3 de la Ley Orgánica de las Instituciones Publicas de Pueblos Indígenas Del Ecuador.	ACCIONANTE: Anastacio Héctor Gonzalo INGRESO: 2010-06-09 ESTADO: Rechazado por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional mediante auto dictado el 30 de noviembre de 2010.
Caso No. 0008-09-IN, 011-09-IN.	Acción pública de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería. NOTA: Esta causa fue resuelta mediante sentencia No. 001-10-SIN-CC mediante la cual la Corte	ACCIONANTE: Marlon René Santi Gualinga, en su calidad de Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE; y Carlos Pérez Guartambel, en su calidad de

ANEXOS

	<p>desarrollo importantes nociones acerca del derecho a la consulta previa y consulta prelegislativa como derechos colectivos, además de que dictó reglas encaminadas a precisar la forma en virtud de la cual debían desarrollarse dichas consultas.</p>	<p>Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay. INGRESO: 17 y 31 de marzo de 2009 respectivamente. ESTADO: Resuelta mediante sentencia No. 001-10-SIN-CC en la cual se dictaron reglas a efectos de que se efectuó la consulta previa a los pueblos indígenas hasta que la Asamblea Nacional subsane la falta de disposiciones jurídicas.</p>
--	---	--

ANEXOS

Nº	Acción extraordinaria de protección	Datos
0032-09-EP	<p>Acción extraordinaria de protección presentada en contra de las sentencias dictadas por el Juez Segundo de lo Civil del Napo, por la ex Corte Superior de Justicia de el Tena, y por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia.</p> <p>El caso trata sobre una compraventa de territorios comunitarios (enajenado por una comunidad indígena) que se busca dejar sin efectos jurídicos.</p> <p>NOTA: La Corte determinó que no existe vulneración a derechos constitucionales.</p>	<p>ACCIONANTE: Segundo Andrés Soto Eras, en su calidad de Presidente de la Comuna "JAMANCO", domiciliada en la parroquia Papallacta, cantón Quijos, provincia del Napo</p> <p>INGRESO: 2009-01-26</p> <p>ESTADO: Resuelta mediante sentencia No. 002-11-SEP-CC, en la cual se determinó que no existe vulneración de derechos constitucionales y se rechazó la acción extraordinaria de protección.</p>
0210-09-EP	<p>Acción extraordinaria de protección presentada en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago el 27 de enero de 2009 mediante la cual se resolvió negar la acción de protección seguida por el accionante en contra de la resolución de 27 de octubre del 2008, en la cual se resolvió aceptar la denuncia de invasión seguida por el señor Carlos Cesar Carpio y Edwin Jaramillo y se dispone el desalojo del terreno de propiedad de la misión Salesiana.</p> <p>NOTA: En este caso la Corte se pronuncia respecto de un desalojo iniciado por la denuncia de invasión de predio, presentado por el procurador de la Sociedad Salesiana del Ecuador y la Misión Salesiana de Bomboiza en contra de Silverio Saant Chapaik y otros, pertenecientes a la comunidad Shuar.</p>	<p>ACCIONANTE: Saant Chapaik Silverio.</p> <p>INGRESO: 2009-04-13</p> <p>ESTADO: Resuelto mediante sentencia No. 141-14-SEP-CC en la cual se declaró la vulneración de derechos constitucionales, se aceptó la acción extraordinaria de protección y se dictaron medidas de reparación integral dejando sin efecto las decisiones judiciales impugnadas así como la resolución del INDA.</p>
0056-10-EP	<p>La presente acción extraordinaria de protección fue interpuesta por los señores Manuel Agustín Lozano Medina y Rosa Vicenta Gualán Sarango en representación</p>	<p>ACCIONANTE: Manuel Agustín Lozano Medina y otros</p> <p>INGRESO: 2010-01-14</p> <p>ESTADO: Resuelta mediante sentencia No. 309-15-SEP-CC, en</p>

ANEXOS

	<p>del Consejo de Autoridades de la Justicia Indígena de la parroquia San Lucas del cantón y provincia de Loja, por sus propios derechos y por los de los señores Luis Enrique Guamán Zhunaula, Juana Sarango Andrade, José Manuel Medina Gualán, Zoila Narcisa Medina Sarango, Jaime Medina Sarango, Marianita de Jesús Sarango Guailas y María Inocencia Sarango Guailas, quienes comparecieron el 22 de diciembre de 2009, ante el Juzgado Tercero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja que dictó la resolución del 24 de noviembre de 2009, dentro del recurso de apelación N.º 414-2009.</p> <p>NOTA: Caso referente al maltrato contra un menor en el procedimiento de desalojo ordenado por una autoridad indígena Kichwa Saraguro.</p>	<p>la cual se resolvió declarar la vulneración de los derechos a aplicar el derecho propio y seguridad jurídica, por lo tanto dejar sin efecto la decisión judicial impugnada y retrotraer los efectos hasta el momento anterior a la vulneración.</p>
<p>0958-09-EP</p>	<p>Acción extraordinaria de protección presentada en contra de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Penal del Azuay, el 19 de marzo de 2009 mediante la cual se resolvió dictar sentencia condenatoria en contra Luis Olmedo Pumanquiza por el delito de violación.</p> <p>NOTA: Este caso se refiere a la ocurrencia de un delito de violación que fue sancionado por la justicia ordinaria y sobre la que se alega hubo un doble juzgamiento, puesto que el procesado hacía parte de una comunidad indígena, y a esta le corresponde ejercer jurisdicción. La Corte realiza una argumentación de la jurisdicción indígena y encuentra que en el caso no hay vulneración a derechos constitucionales, en particular, no existe un doble juzgamiento.</p>	<p>ACCIONANTE: Lema Paredes Ángel María INGRESO: 2009-12-22 ESTADO: Resuelta mediante sentencia No. 319-15-SEP-CC por la cual se declara la no existencia de vulneración de derechos constitucionales, y en consecuencia niega la acción extraordinaria de protección.</p>

1780-11-EP	<p>Acción extraordinaria de protección presentada en contra de la sentencia de 27 de junio de 2011, dictada por el Juzgado Décimo Sexto de lo Penal del Guayas, dentro del proceso de acción de protección mediante la cual se declaró sin lugar la acción de protección presentada en contra del Ministerio de Agricultura y Ganadería.</p> <p>NOTA: En este caso se conoce la solicitud presentada por los accionantes ante el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca -MAGAP- para la titulación de tierras ancestrales de la Comuna "La Estacada". En su argumentación, la Corte no constata que la pretensión de los accionantes, en relación a que se tutele el derecho a la propiedad que alegan, sea un tema de conocimiento y tutela mediante una acción de protección, toda vez que los legitimados activos acuden a la jurisdicción constitucional persiguiendo la declaración de la titularidad de un derecho mediante sentencia constitucional.</p>	<p>ACCIONANTE: Edison Atilio Sánchez Cantos, Vicente Plutarco Tomalá, Isabel Quijiije Hurtado, Manuel Jacinto Mejía León y Flavio Holguín Beltrán, en calidad de presidente, vicepresidente, secretaria, tesorero y síndico de la Comuna "La Estacada"</p> <p>INGRESO: 2011-10-11</p> <p>ESTADO: Resuelta mediante sentencia No. 006-16-SEP-CC, en la cual se resolvió declarar la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía de motivación, sin embargo la Corte determina que el tema central de la acción de protección corresponde a un asunto de legalidad.</p>
0438-12-EP	<p>Acción extraordinaria de protección presentada en contra del auto de 8 de febrero del 2012, dentro del juicio No. 00740-2012, seguido en contra el señor Oscar David Cabascango, mediante el cual se resolvió desechar el recurso de apelación presentado ante la negativa de declinar la competencia por parte del señor Juez Tercero de Garantías Penales de Imbabura en el expediente penal No. 232-2011 a la justicia indígena. Por lo que solicita se declare nulo todo lo actuado por parte de los jueces ordinarios por su falta de competencia.</p>	<p>ACCIONANTE: Héctor de la Torre, en calidad de Presidente y autoridad indígena del Pueblo Kichwa Otavalo.</p> <p>INGRESO: 2012-03-12</p> <p>ESTADO: En fase de sustanciación.</p>

ANEXOS

1382-15-EP	Acción extraordinaria de protección presentada en contra de la sentencia dictada el 31 de julio de 2015 por la Unidad Judicial Penal de Loja dentro del juicio penal por usurpación seguido por José Manuel Minga mediante la cual se resolvió declarar la competencia del caso a favor del Consejo de Autoridades de la Justicia Indígena del Pueblo Kichwa Saraguro de la Parroquia San Lucas.	ACCIONANTE: María Magdalena Sarango INGRESO: 2012-03-12 ESTADO: Rechazado por la Sala de Admisión mediante auto dictado el 02 de febrero de 2016.
-------------------	--	--

ANEXOS

Nº	Incumplimiento de sentencias	Datos
0039-13-IS	Solicita se declare el incumplimiento en el que han incurrido la presidenta de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República y Procurador General del Estado, al no dar cumplimiento a la sentencia Nro. 0001-10-SIN-CC, adoptada dentro de las acciones públicas de inconstitucionalidad de actos normativos Nros. 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), dictada el 18 de marzo del 2010, por la Corte Constitucional y publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 176 del 21 de abril del 2010. (inconstitucionalidad de la Ley Minera)	ACCIONANTE: Carlos Pérez Guartambel, presidente Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador, ECUARUNARI INGRESO: 2013-07-10 ESTADO: En fase de sustanciación
0038-13-IS	Solicita se declare el incumplimiento en el que han incurrido la Presidenta de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República y Procurador General del Estado, al no dar cumplimiento a la sentencia Nro. 0001-10-SIN-CC, adoptada dentro de las acciones públicas de inconstitucionalidad de actos normativos Nros. 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), dictada el 18 de marzo del 2010, por la Corte Constitucional y publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 176 del 21 de abril del 2010. (inconstitucionalidad de la Ley Minera)	ACCIONANTE: Manuel Humberto Cholango Tipanluisa, presidente Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE INGRESO: 2013-07-09 ESTADO: En fase de sustanciación

ANEXOS

Nº	Conflicto (dirimencia) de competencias	Datos
0006-09-DC	Dirima el conflicto de competencia entre las autoridades de las comunas indígenas de Bolívar y el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar (expediente Nro. 17-2009, por supuesto delito de plagio que se sigue a algunos comuneros del Recinto Limones de la Parroquia Guanujo del Cantón Guaranda)	ACCIONANTE: Andrade Pico Ángel Pifanio INGRESO: 2009-10-15 ESTADO: Inadmitido
0003-08-DC	Solicita se dirima el conflicto de competencia que se produjo entre las autoridades de las comunidades indígenas de Papahurco y Cumbijín y el Juez Primero de lo Penal de Cotopaxi, quien mediante providencia de 24 de noviembre de 2008 niega la petición de competencia por parte de las autoridades de las comunidades indígenas	ACCIONANTE: Montaña Valencia Mae y otros Hurtado Núñez Carlos Avilés, Cadena Luciano Reinaldo, Rivadeneira Ávila Daniel Alberto, Naranjo Fonseca Luz Irene, Vivar Lascano Augusto Roberto, Pastor de Vivar Emilia, Merchán Peralta Pablo Orlando, Arias Durango Gonzalo, Cabezas Velasco Patricia, Coello Martillo Clímaco Eduardo INGRESO: 2008-12-08 ESTADO: No dice

ANEXOS

Nº	Acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones jurisdiccionales de autoridad indígena	Datos
0731-10-EP caso La Cocha	Acción extraordinaria de protección presentada en contra de la resolución de 16 y 23 de mayo de 2010, adoptada por la Comunidad Indígena de la Cocha, Zumbahua, seguido en contra de cinco jóvenes de la Comunidad Guantopolo, mediante la cual se resolvió aplicar la justicia indígena, solicitando se revise si las autoridades indígenas podían ejercer funciones jurisdiccionales, además si la resolución observa lo dispuesto en los Artículos 171 y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.	ACCIONANTE: Olivo Pallo Víctor Manuel INGRESO: 2010-06-08 ESTADO: Resuelta mediante sentencia No. 113-14-SEP-CC, en la cual se analiza la jurisdicción indígena en la aplicación de justicia de la comunidad kichwa Panzaleo, y determina la regla que para resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es competente la justicia ordinaria.
0001-13-EI	Acción extraordinaria de protección contra decisión de la justicia indígena emitida por el Comité de Desarrollo Comunitario "Pacto" cuarto lote, en cangahua, Cayambe, mediante acta de la justicia indígena de 22 de mayo de 2013.	ACCIONANTE: Patricio Benalcazar Alarcón, adjunto primero del Defensor del Pueblo y otros adjunto Ministerio de Educación INGRESO: 2013-06-20 ESTADO: Para conocimiento del Pleno
0001-15-EI	Acción extraordinaria de protección contra decisión de la justicia indígena presentada en contra de la decisión adoptada por la Corporación de Gobiernos y Comunidades del cantón Otavalo, de 25 de agosto de 2015 mediante la cual se resolvió que por la justificación de la acusación que es clara, suficiente prueba para sancionar con pena privativa de la libertad de dos años, por lo que se procede a dictar el fallo conforme lo determina el Código Orgánico Integral Penal.	ACCIONANTE: José Antonio Correa Vásconez INGRESO: 2015-10-07 ESTADO: En fase de sustanciación
0001-16-EI	Acción extraordinaria de protección contra decisión de la justicia indígena presentada en contra de la decisión adoptada por la justicia indígena el 08 de octubre de 2015 por la	ACCIONANTE: José Antonio Correa INGRESO: 2016-01-07 ESTADO: En fase de admisibilidad.

ANEXOS

	Corporación de Gobiernos y Comunidades del cantón Otavalo mediante la cual se resuelve imponer una sanción económica de un millón ochocientos mil dólares a la empresa UNACEM Ecuador, como resarcimiento por una calumnia.	
0001-14-EI	Acción extraordinaria de protección contra decisión de la justicia indígena presentada en contra de la decisión adoptada por la Comunidad Indígena Silante Alto dentro del trámite de solución de conflicto mediante la cual se resolvió que el señor Edison Jacinto Huera se compromete a ayudar económicamente para beneficio de la menor Nancy Yupa y su madre, por concepto del accidente de tránsito y fallecimiento del señor Ángel Yupa.	ACCIONANTE: Edison Jacinto Huerta y María Cruz Camas Quiroz INGRESO: 2014-04-30 ESTADO: En fase de admisibilidad.
0002-14-EI	Acción extraordinaria de protección contra decisión de la justicia indígena presentada en contra de la decisión adoptada por la Asamblea de la Comunidad Tunibamba Bellavista el 04 de septiembre de 2014, mediante la cual se resolvió fraccionar y distribuir el aprovechamiento privado de la tierra comunal tunibamba Llaktapak Allpa Mama entre 66 socios y adjudicarle a cada uno de ellos media hectárea	ACCIONANTE: José Rafael Pérez, Segundo Conejo Apuango y Luis Alfonso Guandinango. INGRESO: 2014-09-18. ESTADO: En fase de sustanciación.
0001-12-EI	Acción extraordinaria de protección contra decisión de la justicia indígena, presentada por Mariana de Jesús Paqui González, en contra de la sentencia o acta impugnada de 11 de mayo del 2012 y notificada el 8 de septiembre del 2012, emanada del señor Luis Antonio Sarango Tene, coordinador de la justicia comunitaria de la comunidad "tambo pamba", situada en la parroquia y cantón Saraguro,	ACCIONANTE: Mariana de Jesús Paqui González INGRESO: 2012-09-17 ESTADO: En fase de admisibilidad

ANEXOS

	<p>provincia de Loja, denominada "acta de transacción por mutuo acuerdo entre la cooperativa de ahorro y crédito economía del sur "ecosur" y el señor Jorge Daquilema Contento Paqui y sus familiares", mediante la cual se acordó que el dinero faltante de la cooperativa que suma la cantidad de USD 19.437.89 dólares se transforme en crédito a nombre de la señora Paqui González, con un pago mensual de USD 300.</p>	
0001-11-EI	<p>Acción extraordinaria de protección contra decisión de la justicia indígena, impugnando la resolución de 09 de mayo de 2010 adoptada por la Comisión de Justicia indígena de la comuna Chukidel Ayllullakta de la comunidad de Lagunas de la parroquia Saraguro, por un asunto referente a una propiedad.</p>	<p>ACCIONANTE: Luis Antonio Cartuche y Rosa María Beltrán, en compañía de sus hijos Rosa Angélica, Manuel Benigno, Ángel Romelio, Luz María y Nancy Lucía Cartuche Beltrán. INGRESO: 2011-01-13 ESTADO: En fase de sustanciación.</p>

DATOS: Corte Constitucional del Ecuador.

ELABORACIÓN: Gina Chávez Vallejo.