

PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR. HEGEMONÍA ESTATAL Y LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Marcelo Bonilla Urvina

Docente Investigador, Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Introducción

La mayoría de operadores de justicia del sistema ordinario no reconocen la vigencia de los sistemas de derecho indígena; tampoco se interesan en conocerlos e igualmente no aplican las normas del Convenio N°. 169 de la OIT y los derechos colectivos de los pueblos indígenas en sus acciones (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007).

La cita anterior reproduce una de las conclusiones del *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, en su artículo “Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar”, que revela, después de un minucioso estudio, el incumplimiento sistemático por parte del Estado ecuatoriano de los compromisos por él asumidos a través de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Con este incumplimiento se niegan las formas de vida e instituciones de los pueblos indígenas que viven en su territorio; además, en ese informe se subraya el hecho de que la actual Constitución, en vigencia desde 1998, incorpora los principios y normas del citado Convenio, específicamente en su Artículo 191, en el cual se reconocen los sistemas consuetudinarios de derecho de los pueblos indígenas, y la competencia de sus autoridades para ejercer justicia aplicando procedimientos propios “siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a las leyes”

Hacia sistemas jurídicos plurales

(norma que reproduce las directrices de los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT).

¿Cuáles son entonces las razones de esta falta de reconocimiento de la justicia indígena y por lo tanto del pluralismo jurídico por parte de los operadores de la justicia ordinaria ecuatoriana? ¿Cómo puede ser entendido este pluralismo jurídico formal en el contexto del sistema jurídico estatal? Éstas son las preguntas que guiarán el desarrollo de nuestra reflexión, la misma que en su primera parte, titulada “Pluralismo jurídico: el campo jerárquico en el que compiten los órdenes normativos”, explica cómo, en los Estados modernos, confluye una diversidad de sistemas normativos ordenados de forma jerárquica, de acuerdo con las posiciones de mayor o menor poder, que corresponden a una mayor o menor acumulación de capital simbólico o material de los grupos sociales que actúan y forman parte de esos sistemas. Este análisis constituirá el argumento teórico transversal del presente artículo.

En la segunda parte, titulada “Lucha entre el fundamentalismo estatal y los órdenes de justicia indígenas por el monopolio del discurso jurídico”, analizaremos cómo las prácticas de deslegitimación de los órdenes de justicia indígena, ejercidas por parte de la mayoría de operadores de justicia, responden a una dinámica en la que se subordinan no solamente las formas institucionales “del otro” sino sus formas de vida, a través del aseguramiento de un monopolio estatal del poder de juzgar.

En la tercera parte, titulada “Sistema jerárquico de ciudadanía: mecanismo nuclear de la subordinación”, explicaremos cómo funciona esta institución del Estado-Nación a nivel sistémico, para configurar los lugares simbólicos de subordinación de las identidades.

En la conclusión realizaremos una reflexión sobre la articulación entre sistema de *hábitus*¹, estructura constitucional y *campo de poder*², para

1 Pierre Bourdieu define el *hábitus* como un sistema de disposiciones, formado por esquemas de acción y percepción, a través de los cuales los seres humanos actúan y piensan en el mundo, constituyen “principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones [...] colectivamente orquestadas” (Bourdieu 1991, p. 92).

2 Bourdieu define al campo de poder como “una construcción social arbitraria y artificial, área de juego regida por reglas explícitas y específicas, con un espacio y tiempo estrictamente delimitados. La entrada en este campo, que implica la entrada en el juego, toma la forma de un cuasicontrato” (Bourdieu 1991, p. 114). Adicionalmente explica Bourdieu que en esta área de juego compete una serie de actores (individuos y grupos sociales) por la apropiación o acumulación de un tipo de capital específico: material, cultural o social (Bourdieu 2000, pp. 102 -115). En el caso particular que estamos tratando en el presente artículo,

explicar la dinámica de reproducción del monopolio jurídico estatal de tipo monocultural en el Ecuador. Además expondremos la urgencia de una reforma constitucional del Estado, que permita un tránsito hacia un orden plurinacional con la implementación de mecanismos de armonización de los sistemas de justicia ordinaria e indígena, y que implique una realización de los derechos humanos de forma integral, en sus dimensiones individual, social y colectiva.

I. Pluralismo jurídico: el campo jerárquico en que compiten los órdenes normativos

Siguiendo la perspectiva que Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (2001, pp. 132 - 139) plantean sobre la naturaleza del pluralismo jurídico, creemos que éste constituye una condición de las sociedades estatales de la modernidad, producto de la confluencia de otros procesos históricos, como el colonialismo y el neocolonialismo. Los autores citados explican cómo en los tiempos contemporáneos coexisten sistemas jurídicos paralelos tanto a nivel estatal como a nivel interestatal. Los autores abordan la problemática en la época de la globalización; por ende, no sólo comprenden al pluralismo como un fenómeno en el que interactúan los órdenes estatales nacionales y los indígenas, sino como un proceso más complejo en el que también confluyen nuevos sistemas de arbitraje a nivel nacional e internacional, nuevos regímenes internacionales comerciales y otros de carácter macroestatal a nivel regional o continental.

Deslocaciones semejantes, que exigen una teorización innovadora, pueden tener lugar dentro de los tres grandes espacio-tiempos (local, nacional, global) que proporcionan el encuadramiento para el debate de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos. En situaciones de integración regional interestatal, en las cuales tiene lugar una asociación de soberanías, el espacio-tiempo nacional, que anteriormente constituía el espacio-tiempo de actuación del Estado, puede ser gradualmente recodificado como local o infraestatal [...] (De Sousa Santos y García Villegas 2001, p. 142).

analizamos un proceso de monopolización de un tipo específico de capital cultural —el discurso jurídico— por parte de los operadores de la justicia ordinaria, y la consecuente deslegitimación de las decisiones de la justicia indígena en el Ecuador.

Hacia sistemas jurídicos plurales

Es precisamente dentro de este esquema donde debemos leer las relaciones entre los sistemas jurídicos y su pluralidad. En nuestro caso, la dimensión que nos interesa es la que articula los espacios y tiempos nacional y local, es decir, la que articula la estructura normativa del Estado-Nación ecuatoriano y los emergentes sistemas de justicia indígena, tomando en cuenta que esta articulación es consecuencia del proceso de colonización emprendido desde Europa en el siglo XVI, específicamente desde el imperio español, poder hegemónico de aquel entonces a partir del cual los ordenamientos jurídicos de los pueblos sometidos fueron subordinados dentro del orden jurídico colonial. Esta conformación normativa no desapareció y se reprodujo a través de los sistemas jurídicos de las diversas repúblicas, que nacieron luego de los procesos de emancipación durante el siglo XIX, y pervive en muchos casos hasta los actuales momentos, en los que las naciones indígenas u originarias reivindican ante los Estados el reconocimiento de sus sistemas de justicia ancestral como parte de una lucha por su autonomía política como una forma de acceder al conjunto de derechos individuales, sociales y colectivos que conforman la ciudadanía contemporánea, y de los cuales han sido excluidas históricamente.

Para comprender esta articulación entre sistema normativo del Estado-Nación ecuatoriano y los actuales sistemas de justicia indígena, definimos al pluralismo jurídico como un campo de competencia. Haciendo uso de la noción de *campo* desarrollada por el sociólogo francés Pierre Bourdieu, caracterizamos a éste como el espacio en el que confluyen actores sociales en competencia por la apropiación de un capital –en este caso un capital jurídico– expresado en el monopolio del poder de juzgar³.

En este sentido, debemos leer los conflictos entre la justicia estatal y la justicia indígena como parte de una lucha por la legitimidad, por el reconocimiento de una forma de vida, lucha que por el momento marca pérdidas para el mundo indígena, en razón de las constantes prácticas de deslegitimación de su sistema de justicia realizadas por los operadores de la justicia estatal, tema éste que estudiaremos en la siguiente unidad.

3 Pierre Bourdieu explica que existen tres tipos de capital: el económico (directamente convertible en dinero), el capital cultural (conformado por el conjunto de conocimientos adquiridos a través del sistema educativo, o códigos culturales incorporados a través de la familia y del proceso de escolarización) y el capital social (conformado por un conjunto relaciones sociales). El capital simbólico es el que, en cualquiera de sus dimensiones (económica, cultural o social), es producto de un proceso de reconocimiento o desconocimiento (Bourdieu 2000, pp. 131 - 164).

Es ésta la razón por la que debemos interpretar esta pugna por el reconocimiento a la luz de un proceso histórico más complejo, como parte de la historia de construcción del orden estatal y de su hegemonía sobre diversas formas de vida. Justamente el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1998 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT son producto de un conjunto de movilizaciones sociales por la autonomía, es decir, de lucha por un reconocimiento de un derecho de las naciones indígenas a autodirigir sus procesos de cambio a través de la consecución de diversos tipos de derechos: al territorio, a la educación intercultural, a la justicia ancestral, a la conservación del acervo cultural y científico, etc.

II. Lucha entre el fundamentalismo estatal y los órdenes de justicia indígenas por el monopolio del discurso jurídico

El *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT* (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007), en su segmento dedicado al derecho indígena, y la tesis de maestría “Jurisdicción especial y su respeto en la jurisdicción estatal” (Raúl Llasag Fernández, 2007) son dos estudios de relevancia que muestran cómo los operadores de justicia (especialmente jueces ordinarios) ejercitan prácticas de deslegitimación de la justicia indígena. Los mencionados trabajos reúnen estudios de caso e información que ejemplifican cómo las resoluciones de justicia tomadas por las autoridades indígenas son sistemáticamente deslegitimadas y anuladas por las instancias de la justicia ordinaria, contradiciendo la norma constitucional que reconoce la existencia y vigencia de la justicia indígena (art. 191 de la Constitución ecuatoriana)⁴.

Así mismo, recursos constitucionales como el de amparo, utilizado en algunos casos⁵ por las comunidades indígenas para hacer respetar su

4 El estudio llevado a cabo por FLACSO – Sede Ecuador y Oxfam América (2007), constituye un informe realizado a nivel nacional, mientras el estudio de Raúl Llasag (2007) constituye una investigación a profundidad de cinco casos relativos a las siguientes comunidades indígenas: 1) Comunidad de Tuncarta (Provincia de Loja), 2) Comunidad Gallo Rumi (Provincia de Cañar), 3) Comunidad Yanzatpuzan (Provincia de Tungurahua), 4) Comunidad La Cocha (Provincia de Cotopaxi), 5) Asociación Indígena “La Unión de Venecia” (Provincia de Napo). Las comunidades de los cuatro primeros casos corresponden a la nacionalidad Kichwa predominante en la región de la Sierra Andina, mientras que la última corresponde a la nacionalidad Shuar, ubicada en la Región Amazónica.

5 Un caso paradigmático es el recurso de amparo contra la compañía petrolera Arco Oriente Inc., presentado en septiembre de 1999 por el presidente de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) por violación de derechos colectivos contemplados en el Convenio 169 de la OIT, y que se encuentran desarrollados en el art. 84 de la Constitución ecuatoriana, que obligan al Estado y a las empresas

Hacia sistemas jurídicos plurales

derecho a participar en decisiones que pueden afectarlas en temas relativos a la explotación de los recursos naturales comprendidos en sus territorios, han sido desestimados o aplicados de forma sesgada y parcial, violentando normas de convenios internacionales como el N°. 169 de la OIT en sus artículos 5 (literales a, b y c); 6 (numerales 1 y 2); 8 (numerales 1 y 2); 13 (numeral 1); y 14 (numerales 1 y 2)⁶. Todas las normas antes mencionadas están encaminadas a resguardar el derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones estatales que puedan afectar la integridad social, cultural o ambiental de sus sociedades. Esta garantía se ejecuta a través del mecanismo de la consulta, también contemplado en el art. 84 de la Constitución Política ecuatoriana.

¿Cuáles son las causas que originan las continuas prácticas y usos de deslegitimación de la justicia indígena y de su derecho a proteger su cultura, instituciones y su integridad territorial y medioambiental, por parte de los operadores de la justicia ordinaria y las autoridades del Estado? Ésta es la principal pregunta que pretendemos responder en esta segunda parte del presente estudio. Una manera de comprender este proceso es interpretando el campo de la justicia ecuatoriana como un espacio de poder, en el que el monopolio de un capital jurídico (en este caso específico el poder y la competencia para juzgar), está siendo resguardado en manos de la justicia estatal u ordinaria. En este sentido, debemos leer la situación de la justicia indígena como inmersa dentro de un campo más extenso, en el que la hegemonía es detentada por los actores de justicia estatales a través de sus prácticas cotidianas. Un ejemplo modelo de esta realidad de constante subordinación y anulación de la justicia indígena es uno de los descritos en el ya citado *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, en el que se constata cómo los operadores de la justicia estatal, en esta ocasión un fiscal distrital, desconoce lo actuado y decidido por un tribunal indígena de la comunidad kichwa de La Cocha, provincia

privadas a consultar y hacer partícipes a las comunidades indígenas en cuanto al desarrollo de proyectos de explotación de recursos que puedan afectarlas en su bienestar y forma de vida. Este recurso fue aceptado de forma parcial pues, como veremos más adelante, el juez de primera instancia obligó a la empresa en cuestión a alejarse de los diversos individuos y organizaciones de base de la comunidad y a suspender las negociaciones que había emprendido por separado con algunos líderes y grupos de la FIPSE, situación que había provocado la división al interior de este pueblo amazónico. En última instancia, el Tribunal Constitucional negó el recurso de amparo en su integridad, cuya principal petición incluía la impugnación del contrato firmado entre la empresa estatal Petroecuador y Arco Oriente, resolución que obligó a las comunidades a aceptar las actividades de la empresa en cuestión (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 33)

6 El Convenio N°. 169 de la OIT, "Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" (1989), fue ratificado por el gobierno ecuatoriano el 15 de mayo de 1998.

de Cotopaxi, en relación con un caso de asesinato de un comunero de 45 años, ocurrido en abril de 2002. El *Informe Alternativo de la OIT* indica respecto a esta resolución de la justicia indígena:

... Fruto de las investigaciones se identificó a los señores [...] como los autores de la muerte. El domingo, en Asamblea General (que contó con la presencia de 5.000 personas aproximadamente), los culpables fueron sancionados “de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad, a baño en agua fría con ortiga, a consejos, y se fijó una indemnización por el monto de seis mil dólares a ser entregada a los huérfanos y la viuda del occiso”⁷ (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 34, p. 1).

Como ya habíamos mencionado, el fiscal distrital de la provincia de Cotopaxi desconoce la decisión tomada por el tribunal indígena, e inicia una acción penal en contra de los tres implicados. En el citado Informe Alternativo se explica muy bien que esta acción fiscal violenta contraviene las normas constitucionales y las del Convenio 169 de la OIT, que reconocen la existencia y vigencia de la jurisdicción indígena, en cuanto ella no contravenga principios y normas fundamentales de derechos humanos. El 2 de septiembre de 2002, el Juez Segundo de lo Penal reencamina el proceso, declarando la vigencia y existencia de la justicia indígena y por lo tanto de lo actuado por el tribunal de la Comunidad de La Cocha, fundamentándose además en el principio según el cual “nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa”⁸. (Art. 24, 16 de la Constitución Política ecuatoriana).

El Juez dictaminó la “nulidad de todo lo actuado por el fiscal, en virtud de que las acciones conocidas fueron juzgadas de conformidad a lo que dispone el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política del Ecuador” y tomando en cuenta lo establecido en el Convenio N.º. 169 de la OIT⁹. (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 34, p. 1)

7 Los paréntesis cuadrados han sido introducidos por el autor del presente artículo. La información entre comillas corresponde a un fragmento de un comunicado de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) titulado “Solicitamos respaldo nacional e internacional ante la violación de derechos constitucionales de los pueblos indígenas del Ecuador”, que ha sido transcrito en el *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. El comunicado de la CONAIE ha sido extraído de la siguiente dirección electrónica [<http://www.llacta.org/organiz/coms/com176.htm>]

8 Principio conocido en la ciencia jurídica como *Non bis in ídem*.

9 Este fragmento, citado en el *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT* (2007), también corresponde al comunicado de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) mencionado anteriormente.

Hacia sistemas jurídicos plurales

El fiscal en cuestión contraatacó y apeló esta decisión ante la Corte Superior de Justicia de la provincia de Cotopaxi. La argumentación de esta apelación denota un discurso étnico, a partir del cual se tilda a la justicia indígena de no científica, de “delirio empírico”, deslegitimando de esta manera la decisión del tribunal indígena y a la vez ratificando de forma explícita el poder de los jueces ordinarios como el único legítimo y competente:

... compete únicamente a la Corte de Justicia en el ámbito de justicia del haber penal, derecho sustentado y galardonado en el conocimiento, en honor y la justicia sin tramas ni delirios empíricos. Non bis in ídem es un mero lirismo desvanecido por las constancias incontrastables esgrimidas. Tanto en derecho de prueba material, es obradamente contra natura permitir la vigencia de tribunales o juzgados empíricos proclives al quebrantamiento de la Ley¹⁰ (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 34, p. 2).

Por último, el Tribunal Constitucional consolida esta praxis y discurso deslegitimadores del fiscal, cuando califica de improcedente la solicitud realizada por el presidente de las Organizaciones y Comunidades Indígenas La Cocha y por el presidente del cabildo de La Cocha, para dirimir la competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Esta resolución es adoptada por el mencionado tribunal en razón de que los solicitantes “no están habilitados para llevar adelante este proceso” (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 34, p. 3)¹¹. Estas prácticas conforman un sistema de *hábitus*¹², formado por un conjunto de esquemas de acción, pensamiento y percepción dirigidos a consolidar el poder de los funcionarios de la justicia ordinaria a través de sus actos y resoluciones, que consagran una visión del mundo monocultural –la del Estado Nación ecuatoriano–, la misma que forma parte de la cultura dominante y mayoritaria. De forma simultánea, estos discursos y

10 Este fragmento de la apelación del fiscal distrital de Cotopaxi presente en el citado *Informe alternativo* también ha sido extraído del comunicado de la CONAIE.

11 Como ya hemos mencionado en líneas anteriores, Raúl Llasag Fernández (2007), en su tesis de maestría titulada “Jurisdicción indígena especial y su respeto en la jurisdicción estatal”, analiza cinco casos similares en los que la justicia estatal desconoce y deja sin efecto las actuaciones de la justicia indígena.

12 En términos de Pierre Bourdieu: “Producto de la historia, el *habitus* produce prácticas, individuales y colectivas. Produce pues historia, conforme a los principios (*schèmes*) de percepción, pensamiento y acción; tiende, con mayor seguridad que todas las reglas formales y normas explícitas, a garantizar la conformidad de las prácticas y su constancia a través del tiempo” (Pierre Bourdieu 1991, p. 92). Es decir, el *habitus* constituye un sistema de prácticas de acción y pensamiento que normaliza el pensamiento, en este caso naturalizando una perspectiva del mundo y de la justicia, y a la vez desnaturalizando y subvalorando otras formas de vida y de hacer justicia.

prácticas niegan el principio de diversidad y, por lo tanto, la posibilidad de existencia de formas diversas de vida y por ende, de sistemas de justicia diferentes. Podríamos decir que estas prácticas y discursos de los operadores de justicia prolongan estrategias históricas de dominación estatal, una de las cuales es negarles a los otros la posibilidad de ejercer el poder de juzgar en condiciones de equidad e igualdad, poder que se reservan para sí los operadores de la justicia ordinaria, como portadores y detentadores de un monopolio estatal.

Adicionalmente a esta praxis y discurso de anulación de la jurisdicción indígena por parte de operadores de la justicia estatal, debemos sumar el desconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en decisiones que afecten su integridad territorial, su forma de vida, su salud, el medio ambiente. Este derecho está resguardado, como ya hemos mencionado, a través de los artículos 5 (literales a, b y c); 6 (numerales 1 y 2); 8 (numerales 1 y 2); 13 (numeral 1); 14 (numerales 1 y 2) del Convenio N°. 169 de la OIT, y por el art. 84 de la Constitución Política ecuatoriana. Un caso paradigmático es el relativo al recurso de amparo solicitado por la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) de la provincia de Morona Santiago, en relación con los impactos sociales negativos ocasionados a partir de la suscripción, el 27 de abril de 1998, del contrato de exploración y explotación petrolera entre la empresa estatal Petroecuador y la empresa petrolera Arco Oriente. A través de este recurso se impugnaba el mencionado contrato y se exigía el cumplimiento de la consulta de todas las actividades de exploración y explotación petrolera que se habían derivado del mismo, en razón de violentar las normas constitucionales e internacionales antes mencionadas.

Uno de los reclamos que realizó la FIPSE a través de este recurso, además de la impugnación del contrato y de la exigencia de que el pueblo Shuar fuera consultado, versaba sobre las negociaciones que había emprendido la empresa Arco Oriente de forma unilateral con algunos representantes de asociaciones indígenas que eran parte de esta organización, de las cuales resultó la firma, el 25 de febrero de 1999, de un convenio de coparticipación entre la empresa y dirigentes disidentes de las comunidades Shuar de Kusutka, Ñiayua y Achunts. Este convenio iba en contra de la declaración previa de la organización indígena matriz, publicada y difundida el 27 de abril de 1998, según la cual se prohibía a sus miembros realizar cualquier tipo de negociación entre

Hacia sistemas jurídicos plurales

sus respectivos centros y asociaciones y la compañía petrolera en cuestión. En primera instancia, el Juez I de lo Civil de Morona Santiago, el 8 de septiembre de 1999 acepta parcialmente la acción de amparo:

... en tanto que de la documentación aportada se desprende que la recurrida ha realizado una serie de actuaciones en contra del orden disciplinario de las asociaciones y centros, lo cual ha generado un estado de discordia y pugna entre sus miembros [...], se dispuso que la compañía no “se acercara a individuos u organizaciones de base, dentro y fuera del territorio de la FIPSE, sin la debida y legítima autorización (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 33, p. 2).

En el mismo *Informe alternativo* se indica que, a pesar de que en última instancia el Tribunal Constitucional aceptó esta medida parcial tomada por el juez inferior, negó el recurso de amparo solicitado por la FIPSE en su integridad, argumentando que el contrato en cuestión era de tipo privado y no administrativo, por lo que no era de carácter unilateral. Además en la resolución, el Tribunal llama y conmina a la empresa petrolera a concluir los estudios exploratorios y a las comunidades indígenas a no obstaculizarlos, y al Estado y a Petroecuador a proteger los derechos de las personas y las colectividades (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 33, p. 2). Uno de los argumentos de fondo para tomar esta decisión radicó en que el contrato de participación había sido suscrito antes de que el Estado ecuatoriano ratificara el Convenio 169 de OIT¹³, y por lo tanto sus disposiciones no podían ser aplicadas de forma retroactiva. Sin embargo, hay que destacar el criterio señalado en el informe de la OIT del 27 de enero de 2000 sobre este caso específico, en cuanto a que la obligación de consultar no se limita a la celebración de contratos, sino que abarca todo el conjunto de acciones que forman parte del proceso de exploración y explotación de recursos que impliquen o involucren la forma y calidad de vida de la comunidad Shuar (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 33, pp. 4 y 5).

Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional en último término niega a las comunidades indígenas la posibilidad de participar e inter-

13 Como ya hemos mencionado en líneas anteriores del presente escrito, el contrato de participación fue suscrito el 27 de abril de 1998 y el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por el Estado ecuatoriano el 15 de mayo de 1998.

venir en procesos de exploración y explotación de recursos naturales que podrían poner en peligro su sistema de vida, su salud, su integridad territorial, que son derechos protegidos, como ya hemos visto, tanto por la Constitución Política ecuatoriana como por el Convenio N°.169 de la OIT.

¿Cuáles son las consecuencias, para las formas de vida de las comunidades indígenas, de la deslegitimación de las decisiones de la justicia indígena por parte de las autoridades judiciales ordinarias, y de la inobservancia del mecanismo de la consulta previa en casos de desarrollo de proyectos de explotación de recursos naturales? Hay que subrayar que la principal consecuencia es la negación de la autonomía de las sociedades indígenas, tanto a nivel sistémico como político. Otra consecuencia es la negación de la heterogeneidad (pluralidad) del campo jurídico, y por consiguiente la consagración de la hegemonía de un orden normativo y jurídico de tipo monocultural, con la consecuente deslegitimación, ante sus usuarios, de los sistemas de justicia ancestrales, lo cual resulta contradictorio, tomando en cuenta que la Constitución vigente, promulgada en 1998, reconoce la legitimidad de la justicia indígena en su art. 191, y que lo lógico por parte del Estado debería ser impulsar las políticas para el desarrollo de la justicia ancestral y los mecanismos de compatibilidad y coordinación de ésta con la justicia ordinaria, con miras a lograr un acceso eficaz de los ciudadanos a la justicia, en territorios en los que es evidente que el poder judicial ordinario no tiene presencia ni eficacia alguna.

La realización de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales tiene como uno de sus principales objetivos el lograr, en un horizonte próximo, la igualdad de derechos a través del reconocimiento de la diferencia cultural, y el conseguir el acceso eficaz a la justicia. El fin último de esta política es superar situaciones de marginación a las que diversos pueblos se han visto abocados como producto de estructuras jerárquicas que han impedido el acceso de sus miembros al conjunto de garantías que conforman la ciudadanía. Sin embargo, como vemos en el caso del Ecuador, el reconocimiento de estos derechos no es suficiente, pues las prácticas de los operadores de la justicia ordinaria están impregnadas de un sistema de *hábitus* y de una percepción del mundo que reproducen las dinámicas monoculturales de exclusión del Estado-Nación. A continuación haremos una reflexión sobre la matriz normativa/constitucional de esas prácticas.

Hacia sistemas jurídicos plurales

III. Sistema jerárquico de ciudadanía: mecanismo nuclear de la subordinación

Si bien la Constitución Política de 1998 introdujo nuevas categorías descriptivas, como la de pluriculturalidad o la de pluriétnicidad, no cambió la estructura ni la institución base del Estado-Nación –la ciudadanía–, la cual continúa siendo de carácter monocultural, pues legitima la fusión entre ciudadanía y nacionalidad, es decir, entre el mecanismo de pertenencia política (*civitas*) y el mecanismo de pertenencia identitaria (*ethnos*). Por lo tanto, la actual Constitución ecuatoriana reproduce el modelo de Estado moderno, según el cual a un Estado corresponde una Nación.

Sobre esta doble fusión: Estado/Nación; ciudadanía/nacionalidad, descansa uno de los principios rectores del Estado moderno: el de la homogeneidad cultural, al cual se subordinan el de igualdad y libertad. Es a partir de esta subordinación como se produce la exclusión de “los otros” internos (grupos indígenas, naciones sin Estado) y “los otros” externos (inmigrantes).

Para comprender el funcionamiento de la ciudadanía como mecanismo de exclusión e inclusión, primero será necesario que nos remitamos a los orígenes del concepto y la institución del Estado-Nación contemporáneo. Al respecto, el filósofo alemán Jürgen Habermas, en su obra *La inclusión del otro*, explica que en la definición de esta institución confluyen dos conceptos que a lo largo de la historia marcharon paralelos, y que entre los siglos XVII y XVIII se entrecruzaron y fundieron; el primero de ellos es el de Estado:

...[Éste] hace referencia a un poder estatal soberano tanto interna como externamente; en términos espaciales, se refiere a un territorio claramente delimitado, y socialmente, a la totalidad de los miembros, es decir, al “pueblo propio de un Estado” (Staatvolk). (Habermas 1996, p. 83).

El mismo autor sintetiza el segundo concepto de la siguiente manera:

Conforme al uso clásico de la lengua de los romanos, tanto natio como gens son conceptos opuestos al de civitas. Las naciones son, en primer término, comunidades de origen que están integradas

geográficamente por el asentamiento y por relaciones de vecindad, y culturalmente por una lengua común, así como por costumbres y tradiciones comunes [...] (Habermas 1996, p. 86).

Estas dos instituciones se mantuvieron separadas a lo largo de la antigüedad y la época feudal; esta última etapa estuvo caracterizada por un orden de tipo corporativo, fundamentado en relaciones de servidumbre y vasallaje, cuya cúspide estaba representada en el monarca, a quien los diferentes señores y príncipes de un territorio debían lealtad tributaria (en términos de impuestos y apoyo en la guerra) a cambio de una cierta soberanía y poder sobre sus dominios (prerrogativas forales o regionales). Podríamos describir este sistema como un conjunto de principados, ciudades, comarcas y reinos organizados de forma piramidal (jerárquica), cuya cohesión se fundamentaba en relaciones de nobleza y linaje encarnadas en el monarca, concebido como símbolo de un poder supuestamente delegado por Dios. Dentro de este orden, la adscripción identitaria de una persona o grupo se remitía a su linaje, comarca o ciudad particular, y no estaba en conexión directa con el poder político del monarca.

Diversos fenómenos de alta complejidad terminaron por desestructurar este orden feudal, entre otros: a) las guerras religiosas, provocadas por la emergencia de la Reforma Protestante durante el siglo XVII, que desencadenaron la separación del poder religioso y del Estado, y b) el desarrollo de la institución de la propiedad privada y el orden capitalista, que desestructuró la propiedad feudal y los lazos de vasallaje y corporativismo, y a su vez separó el orden político del económico. Éstas son las razones por las que, según el modelo moderno del Estado-Nación, los antiguos vasallos/siervos fueron redefinidos como individuos/ciudadanos, desconectados de sus antiguos linajes e identidades feudales, y ahora vinculados directamente con el Estado por el nuevo contrato social de la ciudadanía. En este nuevo marco fue imprescindible la fusión de una cultura dominante (Nación) con el aparato político (Estado).

Compartimos con Boaventura de Sousa Santos la idea de que este modelo político de la modernidad no fue impuesto en América Latina como producto del ascenso de una burguesía, sino como parte de un proceso de recambio de una elite colonial por otra elite blanco-mestiza, que terminó reproduciendo y prolongando la estructura de subordina-

Hacia sistemas jurídicos plurales

ción cultural que se originó en la Colonia. Ésta es la razón por la que la construcción de estructuras constitucionales modernas en América Latina, y en especial en Ecuador, pueden ser interpretadas como parte de un proceso de reproducción de sistemas coloniales de dominación.

Este constitucionalismo fue una emergencia de la sociedad civil en Europa. Pero en las Américas fue impuesto desde arriba; fue una imposición porque, como ustedes saben, aquí, al contrario del continente africano, la independencia no fue conquistada por las poblaciones nativas, sino por los descendientes de los conquistadores [...] Es este constitucionalismo moderno el que asegura la continuidad del colonialismo en los nuevos tiempos de la posindependencia (De Sousa Santos 2007, p. 22)

La fusión constitucional entre ciudadanía y nacionalidad, Estado y Nación, no sólo se expresó en las normas constitucionales de los países latinoamericanos: se sigue expresando en la praxis y sistema de *habitus* de los operadores de la justicia ordinaria, como hemos visto a lo largo del tema anterior. De acuerdo con esta fusión, el orden de justicia indígena es visto como un rezago de épocas pasadas, como una entidad “no científica”, “antimoderna”.

La actual estructura de la norma constitucional ecuatoriana no supera este modelo; en el fondo ella se sostiene sobre un esquema evolutivo unilineal y monocultural, de acuerdo con el cual la cultura dominante, la portadora de la cultura política, es la blanco-mestiza, o ecuatoriana, y las demás se ordenan de manera subordinada en torno a ella. En el preámbulo, la Constitución Política ecuatoriana proclama:

El pueblo del Ecuador [...] proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, preámbulo).

La corriente histórica actual es la del reconocimiento de la plurinacionalidad, sobre todo como producto de procesos de emancipación y lucha de los llamados pueblos originarios o etnias, tomando en cuenta que la palabra *etnia* ha sido un mecanismo utilizado desde la antropología colonial del siglo XIX, para designar a grupos humanos, considerados desde las ciencias sociales de los centros hegemónicos como “sociedades

simples”, caracterizadas por un estado de civilización anterior al del Estado-Nación, que es la “sociedad compleja por excelencia”. Por lo tanto la plurinacionalidad, además de representar un proceso histórico producto de las luchas sociales por el reconocimiento, constituye un mecanismo conceptual de deconstrucción del Estado moderno monocultural.

Así mismo, la noción constitucional de *ciudadanía*, al reproducir la fusión *ethnos* (pertenencia cultural) y *civitas* (pertenencia política) reproduce el esquema descrito de subordinación, en este caso de unas identidades (étnicas) alrededor y bajo una identidad nacional blanco-mestiza.

Art. 6.- [Clases de ciudadanía].- Los ecuatorianos lo son por nacimiento o por naturalización.

Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta Constitución (Constitución Política del Ecuador, 1998).

El término “ecuatorianos” y la mención del mecanismo preferente de acceso a esta condición: el *ius solis* (pertenencia por el lugar de nacimiento), ocultan una realidad de subordinación y sometimiento poscolonial de un conjunto de pueblos originarios, dentro de una estructura jerárquica estatal, que ha devenido en exclusiones de estas sociedades en cuanto al acceso al conjunto de garantías civiles, políticas y sociales, razón de la lucha de estos pueblos por los derechos colectivos. Las resoluciones y prácticas deslegitimadoras de la justicia indígena reflejan este ordenamiento de subordinaciones culturales y políticas, en las que un segmento social (la ciudadanía ecuatoriana) y la estructura política que él controla resultan expresión de un “orden civilizatorio”, “científico”, y la justicia indígena viene a ser “un delirio empírico”. Recordemos la posición deslegitimadora del fiscal con relación a la resolución tomada por un tribunal indígena en el caso del asesinato en la Comunidad de la Cocha de la Provincia de Cotopaxi, tratado en la primera parte del presente artículo, posición que finalmente fue consagrada por el mismo Tribunal Constitucional. Como hemos mencionado, esta situación de anulación de la justicia indígena no corresponde a un solo estudio de caso. Como Raúl Llasag lo demuestra, constituye una práctica recurrente de los operadores de la justicia ordinaria (Llasag 2007, pp. 47-74). Estas prácticas deslegitimadoras, más que criterios jurídicos neutrales, reflejan inveteradas estrategias de conservación del monopolio de juzgar, de un mundo monocultural: el del Estado-Nación.

Hacia sistemas jurídicos plurales

Conclusión

Las prácticas de deslegitimación de la justicia indígena, por parte de los operadores de justicia, pueden ser comprendidas a partir de la posición que éstos ocupan en el campo jurídico, es decir, a partir de una situación de hegemonía, que hace de ellos portadores de un discurso y praxis monoculturales dominantes dentro de ese campo. El pluralismo jurídico, concebido como el reconocimiento de la existencia de un campo en el que existen otros órdenes jurídicos, además del estatal, se ve neutralizado a partir de esta realidad estructural de poder. Dentro de este esquema, en el que prima la visión estatal monocultural de la justicia, los emergentes órdenes de justicia indígena ocupan un lugar de subordinación, que se refleja en la continua y sistemática negación de legitimidad que en su contra se emprende desde la justicia ordinaria, y en el constante bloqueo de la capacidad de los pueblos indígenas para decidir sobre su bienestar e integridad territorial, cultural y ambiental.

Este proceso de neutralización ejercido por actores estatales en contra de la lucha de estos pueblos por autodirigir su destino, es decir, por lograr un nivel de autonomía relativo, puede comprenderse en el marco histórico de una construcción de un Estado plurinacional, y la paralela deconstrucción y reforma del Estado-Nación, cuya estructura político-constitucional ha funcionado como extensión de estructuras coloniales. En los actuales momentos, la corriente se dirige al reconocimiento de la plurinacionalidad, condición indispensable para una realización plena del pluralismo jurídico, sobre todo en lo que se refiere a la legitimación y reconocimiento de las formas de vida y los órdenes de justicia indígenas. Un paso clave que debe tomarse en esa dirección es el mencionado por Boaventura de Sousa Santos: la necesidad de implementar cortes constitucionales plurinacionales como parte de una reforma estructural de los Estados latinoamericanos, que permita una apropiada inclusión de “los otros” internos, de las llamadas etnias, pueblos o naciones sin Estado.

En este sentido hay una pieza de la Constitución que puede ser muy difícil de desarrollar, pero que es clave. Se trata de una nueva Corte Constitucional Plurinacional que maneje las transformaciones de este país. Ustedes tienen un ejemplo cercano de una corte tal, que es la Corte Constitucional de Colombia, que funciona ya por un período de más de diez 10 años y que es un ejemplo de

una Corte creada, nueva, para dar esta posibilidad (De Sousa Santos 2007, p. 26).

Por supuesto, esta reforma política del Estado incluye también la reforma de su núcleo rector, la ciudadanía, mecanismo destinado a regular los procesos de inclusión y exclusión social, que lleva codificada la fusión de dos tipos de procesos y conceptos: el Estado y la Nación, la Nacionalidad y la Ciudadanía. Esta codificación y fusión, que ha originado una lógica de tipo monocultural, no permite una apropiada integración de los llamados grupos minoritarios, naciones sin Estado o pueblos originarios, ni ha permitido relaciones de carácter igualitario entre las diferentes culturas que han habitado los territorios de los Estados modernos. Esta realidad exige una reingeniería política del Estado, que permita separación de las instituciones de ciudadanía y nacionalidad, Estado y Nación, a partir de la cual se propugne un nuevo sistema de pertenencia política no fundamentado en origen étnico o nacional (ethnos), sino en una dinámica cívica, participativa y comunicacional.

En este sentido, el presente estudio está dirigido a subrayar la dimensión que la mayoría de estudios de teoría política dejan de tener en cuenta en relación con la institución de la ciudadanía en Occidente: la cultural y comunicacional. Por lo tanto, la ciudadanía no sólo constituye una estructura de tipo jurídico que contiene principios civiles, políticos y sociales; ella también constituye un mecanismo sociocultural, de cohesión social, que regula los procesos de exclusión e inclusión. Si los movimientos sociales quieren potenciar su poder inclusivo, como Habermas ([1996]1999) y Kymlicka ([1995]1996) nos sugieren, es necesario deconstruir y dismantelar sus mecanismos socioculturales de exclusión, es decir su lógica de pertenencia monocultural.

Por lo tanto, además de una reforma en la estructura política y en su núcleo, reforma ésta que constituya la ciudadanía con separación radical del sistema de pertenencia identitaria (nacionalidad) y del sistema de pertenencia política (ciudadanía), un objetivo estratégico de los movimientos sociales implicados en la lucha de las llamadas minorías, naciones sin Estado, o pueblos originarios, debería ser el legitimar y concretar un derecho y una cultura comunicacional que permitan intercambios igualitarios, horizontales e interculturales entre grupos e individuos, como núcleo de una nueva dinámica de inclusión social,

Hacia sistemas jurídicos plurales

de una nueva forma y estructura de ciudadanía, en la cual un acceso eficaz a la justicia constituye un elemento clave.

Por otro lado, este rediseño de los mecanismos político-jurídicos de acceso a los derechos de la ciudadanía, y de forma especial al de la justicia, implica una difusión y reeducación, entre los operadores de la justicia ordinaria y los operadores de la justicia indígena, de una visión intercultural que les permita encontrar e implementar formas de equilibrio y armonización de las dos formas de hacer justicia, tomando como referente y límite a los derechos humanos, con miras a una inclusión de poblaciones y ciudadanos que secularmente han estado excluidos de los mecanismos que garantizan la justicia.

Bibliografía

- Bourdieu, Pierre (2000). *Poder, derecho y clases sociales*, Editorial Desclée de Brouwer, S.A., Bilbao.
- Bourdieu, Pierre (1991). *El sentido práctico*, Taurus Ediciones Madrid.
- Chávez V., Gina (2004). *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO - Sede Ecuador / Petroecuador, Quito.
- De Sousa Santos, Boaventura (2007), *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*, Alianza interinstitucional CENDA - CEJIS - CEDIB, Santa Cruz de la Sierra.
- De Sousa Santos, Boaventura y Mauricio García Villegas (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra (Centro de Estudios Sociales, CES), Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- Engle Merry, Sally; John Griffiths; Brian Z. Tamanaha (2007). *Pluralismo jurídico*, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

- FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América (2007). “Los pueblos indígenas del Ecuador: Derechos y bienestar”, en *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, Quito.
- Habermas, Jürgen ([1996]1999). *La inclusión del otro*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona.
- Kymlicka, Will ([1995]1996). *Ciudadanía multicultural*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona.
- Llasag Fernández, Raúl (2007). “Jurisdicción indígena especial y su respeto en la jurisdicción estatal”, Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, en proceso de edición y publicación.



Este trabajo forma parte del siguiente libro:

Huber, Rudolf *et al.* (coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2008.