

Colonialidades legales: la constitucionalización de la justicia indígena y la continuidad del discurso judicial hegemónico en Ecuador***

Legal Colonialities: The Constitutionalisation of Indigenous Justice and the Continuity of Hegemonic Judicial Discourse in Ecuador

*La colonialidad es ante todo epistémica*¹

RESUMEN

Este estudio examina una sentencia vinculante sobre la exigibilidad de la justicia indígena dictada en 2014 por la Corte Constitucional de Ecuador. Si bien la plurinacionalidad, la interculturalidad y la jurisdicción indígena se habían reconocido en la Constitución de 2008, evidenciamos que la decisión de la Corte no transmitió una comprensión intercultural del Estado plurinacional. Con base en un examen de los registros parlamentarios de la Asamblea Constituyente de 2007-2008 y sus mesas de trabajo, analizamos las peticiones del movimiento indígena y las comparamos con la sentencia

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Azuay (Cuenca, Ecuador); profesor contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito). Doctor en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador) y Universidad de Sevilla (España). ORCID ID: 0000-0002-5793-8353. Contacto: pslopez@uazuay.edu.ec

** Profesora investigadora y coordinadora de investigaciones en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay (Cuenca, Ecuador). Doctora en Filosofía (PhD), en Estudios Socio Jurídicos, Universidad de Kent (Reino Unido). ORCID ID: 0000-0002-5598-7098. Contacto: stapia@uazuay.edu.ec

*** Recibido el 28 de abril de 2020, aprobado el 16 de enero de 2022.

Para citar el artículo: LÓPEZ HIDALGO, S. y TAPIA TAPIA, S. *Colonialidades legales: la constitucionalización de la justicia indígena y la continuidad del discurso judicial hegemónico en Ecuador*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 52, mayo-agosto de 2022, 299-331.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.10>

1 QUIJANO, A. En *III Congreso Latinoamericano y Caribeño de Ciencias Sociales*. 26 de agosto de 2015. Disponible en: <https://youtu.be/OxL5KwZGvdY>

constitucional de 2014, evidenciando un momento inicial de aparente inclusión en la fase constituyente, que luego se confirma como de exclusión a través de la práctica de la Corte. Argumentamos que la aspiración indígena a un Estado plurinacional no era solo una demanda de inclusión, sino que constituía un llamado contrahegemónico que debería haber proporcionado las bases para integrar diversas representaciones de la justicia en la práctica judicial. Sin embargo, la Corte legitimó una imagen monolítica de la justicia, restringiendo la protección del derecho a la vida a los límites del derecho penal. La Corte Constitucional reafirmó así al aparato penal como el único mecanismo legítimo para proteger la vida como bien jurídico, lo que a su vez subordina a la justicia indígena, restringiendo severamente su aplicabilidad. Este caso nos puede advertir sobre los peligros de un reconocimiento constitucional inferior en contextos jurídicos plurales.

PALABRAS CLAVE

Ecuador, justicia constitucional, justicia indígena, derechos humanos, Estado plurinacional.

ABSTRACT

This paper examines a binding judgement on the enforceability of indigenous justice given in 2014 by the Constitutional Court of Ecuador. Although plurinationality, interculturality, and indigenous jurisdiction had been recognised in the Constitution of 2008, we show that the Court's decision did not convey an intercultural understanding of the plurinational state. Based on an examination of the parliamentary records of the Constituent Assembly of 2007-2008 and its working boards, we analysed the petitions of the indigenous movement and compared them with the 2014 reflecting an initial moment of apparent inclusion in the constituent moment that is later confirmed as exclusion through the practice of the Court. We argue that the indigenous aspiration to a plurinational state was not just a demand for inclusion, it constituted a counter-hegemonic call, which should have provided the foundations to integrate diverse representations of justice in judicial practice. However, the Court legitimised a monolithic image of justice, drawing from a Western epistemic tradition through a human rights discourse that rigidly confined the protection of the right to life to the boundaries of criminal law. The Constitutional Court thus reaffirmed the penal apparatus as the only legitimate mechanism to protect life, which in turn subordinates indigenous justice, severely narrowing its applicability. This case may warn of the perils of inferior recognition at other legally plural sites.

KEYWORDS

Ecuador, constitutional justice, indigenous justice, human rights, Plurinational State.

SUMARIO

Introducción. 1. Métodos. 2. Estructura y objetivos. 3. El constitucionalismo aspiracional, la colonialidad del derecho y la paradoja del reconocimiento formal. 3.1. Los derechos humanos y la penalidad como vehículos de la colonialidad. 4. La constitucionalización de la justicia indígena (2007-2008). 5. El discurso de la Corte Constitucional de Ecuador y la subordinación del *Sumak Kawsay*: derechos humanos y penalidad en el caso “La Cocha” (2014). Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En 2008, la nueva Constitución de Ecuador instituyó “un estado constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y secular” (art. 1). Esta innovación fue en gran parte el resultado de las movilizaciones del movimiento indígena, que tiene una historia destacada de lucha y resistencia en el país, y ha sido considerado uno de los más fuertes y más importantes en América Latina². Para varios autores, la Constitución de 2008 fue “post-neoliberal” y “descolonial”³, por considerarla una ruptura radical de la ortodoxia constitucional ecuatoriana. De esta forma se reconoció la jurisdicción indígena y se desafió la imagen de la ley estatal como universal y monolítica, prometiéndose el reconocimiento de la diversidad de una realidad jurídica plural.

El proceso constituyente de 2007-2008 elevó las expectativas de los actores sociales, incluidos los movimientos de mujeres, los ambientalistas y los colectivos indígenas y afrodescendientes. Los intelectuales y políticos progresistas en Ecuador también estaban entusiasmados con este cambio constitucional, si bien existe una tradición crítica que ha advertido, desde una

2 YASHAR, D. J. *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous Movements and the Postliberal Challenge*. Cambridge (MA): Cambridge University Press, 2005. La población indígena de Ecuador se estima en alrededor de 1.1 millones de personas (el 7% de la población total). Hay 14 nacionalidades indígenas en el país, agrupadas en organizaciones locales, regionales y nacionales.

3 RADCLIFFE, S. A. *Development for a Postneoliberal Era? Sumak Kawsay, Living Well and the Limits to Decolonisation in Ecuador*. En *Geoforum*. 43, 2, 2012, 240-249; TAPIA TAPIA, S. *Sumak Kawsay, Coloniality and the Criminalisation of Violence against Women in Ecuador*. En *Feminist Theory*. 17, 2, 2016, 141-156; TAPIA TAPIA, S. *Feminism and Penal Expansion: The Role of Rights-Based Criminal Law in Post-Neoliberal Ecuador*. En *Feminist Legal Studies*. 26, 3, 2018, 285-306.

perspectiva legal, sociológica y antropológica, de los peligros de formalizar y regular las leyes consuetudinarias⁴. Dada la larga historia poscolonial de América Latina, no debe pasarse por alto la posibilidad de que las distinciones de clase, género y raza impacten en la práctica judicial, incluso cuando la ley ha sido reformada para reflejar mejor la pluralidad material. Además, los críticos han sugerido que la reforma constitucional puede brindar una oportunidad atractiva, para los poderes dominantes dentro de las democracias liberales, de reafirmar la protección de sus intereses, bajo la apariencia de transformaciones legales que no implican un cambio social estructural más profundo. Varios aspectos de un pacto constituyente que en principio se presentan como un diálogo entre iguales pueden estar velados por una realidad que oculta exclusión y subordinación persistente marcadas por momentos en los que las fuerzas sociales, políticas y económicas dominantes forcejean para introducir en el texto constitucional la garantía rígida de sus intereses⁵.

Frente a dichas tensiones, este artículo analiza las consideraciones legales y epistemológicas mediante las cuales la jurisdicción indígena y la plurinacionalidad se introdujeron en la Constitución ecuatoriana de 2008, y luego se desplegaron en el discurso y la práctica de la Corte Constitucional. A tal efecto, examinamos una sentencia del año 2014 de la Corte Constitucional como un marcador jurídico-político clave dentro de lo que sería la práctica jurisdiccional de la Corte. Si bien dicha sentencia refleja un momento “inicial” de la doctrina desarrollada por la Corte en materia de jurisdicción indígena, la misma no ha permitido conocer cómo la formalización de los conceptos indígenas no hegemónicos terminó siendo restringida en su implementación, a través de un discurso jurídico principalmente liberal.

Más específicamente, sostenemos que los discursos liberales occidentales sobre derechos humanos han desempeñado un rol paradójico, tanto durante el momento constituyente inicial, cuando se reconoció a la justicia indígena, como durante un segundo momento, cuando la Corte Constitucional abordó su aplicabilidad e implementación. Aun cuando actualmente existe algún nuevo pronunciamiento de la Corte que intenta recuperar la independencia de la jurisdicción indígena, sostenemos que, a través del pronunciamiento de la Corte en el presente caso “La Cocha”, se produjo una inferiorización de los sistemas legales indígenas, debido a la prevalencia de las epistemologías legales dominantes en el discurso judicial ecuatoriano, a pesar de la puesta en vigencia de una constitución declaradamente plural. Por lo tanto,

4 ESTERMANN, J. *Colonialidad, descolonización e interculturalidad. Apuntes desde la filosofía intercultural*. En *Polis. Revista Latinoamericana*. 13, 38, 2014, 347-368; MERRY, S. E. *Legal Pluralism*. *Law & Soc’y Rev.* 22, 5, 1988, 869; WALSH, C. *Interculturalidad, Estado, sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: Abya-Yala, 2009.

5 LAPORTA, F. *El ámbito de la Constitución*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 24, 2001, 459-484.

sostenemos que la ausencia de un cambio epistémico en el discurso legal y judicial subyace a esta subordinación de la justicia indígena, y concluimos que la prevalencia de los marcos legales de estilo occidental ha determinado que la lectura de los derechos humanos por parte de la Corte haya dado como resultado la afirmación de que la justicia indígena no puede responder adecuadamente a la violación del derecho a la vida como un derecho humano individual. A decir de la Corte, es solo el Estado, a través de su aparato penal formal, el que puede proteger debidamente este derecho fundamental; una visión que, a su vez, margina severamente los enfoques indígenas no penales de la vida y la armonía comunitaria.

1. MÉTODOS

El núcleo de nuestro análisis mapea cómo las instituciones legales indígenas reconocidas en 2008 se desarrollaron en la interpretación judicial constitucional posterior. Este análisis se hizo con base en tres fuentes documentales: la primera está constituida por la totalidad de los registros de la actas del plenario de la Asamblea Nacional Constituyente de 2007-2008; la segunda fuente se refiere a los documentos de dos de las mesas constituyentes que trabajaron en las áreas relevantes en relación con el reconocimiento de la justicia indígena (incluidas las comunicaciones que fueron enviadas a dichas mesas por diversos actores sociales, organizaciones y activistas). Los documentos de la Asamblea Constituyente son públicos, pero no están disponibles en línea, por lo tanto, realizamos una visita de campo a los archivos físicos de la Asamblea Nacional de Ecuador (el órgano parlamentario del país). La tercera fuente es la sentencia de la Corte Constitucional de 2014 emitida sobre el tema de la aplicabilidad de la justicia indígena, conocido como “el caso La Cocha 2014”.

Explicaremos brevemente cómo la Asamblea Constituyente adoptó la Constitución de 2008. Hubo 10 mesas temáticas durante el proceso constituyente, cada una encargada de preparar los borradores de las secciones que luego constituirían el texto final de la Constitución. Las mesas temáticas fueron:

1. Derechos fundamentales y garantías constitucionales.
2. Organización, participación social y ciudadanía.
3. Estructura e instituciones estatales
4. Organización territorial y tareas de atribución.
5. Recursos naturales y biodiversidad.
6. Trabajo, producción e inclusión social.
7. Régimen de desarrollo.
8. Justicia y lucha contra la corrupción.
9. Soberanía, relaciones internacionales e integración.
10. Legislación y auditoría.

Después de una exploración preliminar, concluimos que las mesas con mayor relevancia para nuestra investigación fueron la 1 y la 8, que abordaron los temas relativos a la plurinacionalidad, la pluralidad legal y los derechos humanos. Estos temas se discutieron no solo en las sesiones ordinarias de las mesas, sino también en reuniones y talleres extraordinarios con la participación de colectivos indígenas, especialistas en justicia indígena y asambleístas indígenas. De la Mesa 1 (sobre derechos fundamentales y garantías constitucionales) examinamos 18 carpetas que contienen documentos diversos, incluidos memorandos, peticiones, cartas, registros de talleres y actas de reuniones con movimientos sociales. De la Mesa 8 (sobre justicia y lucha contra la corrupción) examinamos 85 carpetas con contenidos similares.

Luego revisamos las transcripciones completas de los debates del pleno de la Asamblea Constituyente sobre el nuevo texto constitucional. Nuestro objetivo era evidenciar las expectativas originales de los activistas, intelectuales y asambleístas indígenas sobre cómo los sistemas legales indígenas deberían relacionarse e interactuar con el derecho estatal. Esto nos permitió identificar varios puntos de consenso entre los actores indígenas con respecto al reconocimiento de la plurinacionalidad, una noción que se reveló como central para las aspiraciones políticas del movimiento indígena. Estos acuerdos han constituido a su vez los criterios centrales que utilizamos para contrastar analíticamente los discursos indígenas con la decisión de la Corte Constitucional.

Finalmente, examinamos la sentencia N. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador sobre el caso N. 0731-10-EP (en adelante, caso “La Cocha”), por el cual la Corte estableció un precedente sobre la validez de las decisiones de las autoridades indígenas con respecto a la justicia penal estatal. Nos centramos en el discurso de los jueces (entendiéndose al discurso como un conjunto de supuestos que no se ponen en duda), que deja en evidencia una visión formalista de la interpretación jurídica. También analizamos el discurso de la Corte sobre los principios de derechos humanos en relación con el homicidio y el derecho a la vida. Luego nos centramos en comprender el enfoque que la Corte asigna a la protección legal y los bienes jurídicos, así como su lectura de la plurinacionalidad y la jurisdicción indígena. Dejamos claro, por otra parte, que, si bien pueden existir nuevos casos de decisión de la Corte que intentan avanzar en el reconocimiento de la autonomía de la jurisdicción indígena, el asunto central en cuanto a la competencia material sobre la protección del derecho a la vida no ha sido revisado críticamente en la nueva jurisprudencia, por lo que el análisis se centra en las consecuencias que se han derivado para el entendimiento y comprensión de los derechos fundamentales y la jurisdicción indígena en el caso “La Cocha”.

Empleamos codificación manual para identificar los temas y patrones discursivos recurrentes en los argumentos de la Corte, para, posteriormente, compararlos con las demandas indígenas presentes en el proceso constitu-

yente, prestando especial atención a las instituciones legales, categorías y significados de los conceptos doctrinales en el contexto de los documentos analizados. Identificamos los siguientes temas recurrentes: el concepto de plurinacionalidad; la pregunta sobre el alcance de la justicia indígena después de su reconocimiento constitucional; cómo el reconocimiento de la pluralidad jurídica desafió a la noción de un Estado unitario y de la unidad jurisdiccional, y finalmente, la cuestión de si la justicia indígena es “compatible” con los derechos humanos occidentales, que tradicionalmente promueven una comprensión del derecho a la vida como un interés individual, no colectivo.

Basamos nuestra crítica en teorías descoloniales y poscoloniales, que han mostrado que el encuentro entre enfoques occidentales y no occidentales de la justicia pueden resultar en el silenciamiento de las perspectivas no hegemónicas. Esto supone que el reconocimiento formal de los sistemas legales consuetudinarios puede invitar a un escrutinio y regulación que a su vez puede resultar en la subordinación e, incluso, eliminación de los sistemas de justicia no hegemónicos⁶.

Paralelamente, nos hemos basado en la crítica constitucional contemporánea para enriquecer nuestro enfoque de los llamados “momentos constitucionales”. Aclaramos estos marcos teóricos en la sección 2. Como una decisión metodológica, en esta ocasión no hemos recurrido a un estudio etnográfico que involucre a ex asambleístas, militantes del movimiento indígena o jueces constitucionales, a fin de ocuparnos en profundidad de la evidencia documental. Así, el estudio se realizó sobre la base de profuso material de archivo (no solo las actas de las mesas constituyentes, sino, también, comunicaciones, cartas, solicitudes de movimientos sociales y cobertura de prensa de eventos como talleres realizados con juristas indígenas) de las dos mesas constituyentes que discutieron justicia indígena.

2. ESTRUCTURA Y OBJETIVOS

La sección 3 de este artículo sitúa nuestra contribución dentro de la literatura de las teorías jurídicas descoloniales, en el marco de los procesos constituyentes. También resume el marco teórico utilizado para analizar el discurso de la Corte acerca de los derechos humanos. En la sección 4 se describe brevemente el contexto político en el que tuvo lugar el proceso constituyente de 2007-2008, se examinan las demandas indígenas planteadas, se identifican las prioridades del movimiento indígena y se interroga el “éxito” que supuso lograr el reconocimiento de la plurinacionalidad y la justicia indígena en el

6 ESTERMANN, J. *Colonialidad, descolonización e interculturalidad*, cit., 347-368; MERRY, S. E. *Legal Pluralism*, cit., 869; MERRY, S. E. *From Law and Colonialism to Law and Globalization*. En *Law & Social Inquiry*. 28, 2, 2003, 569-590; WALSH, C. *Interculturalidad, Estado, sociedad*, cit.

pacto constituyente. Finalmente, en la última sección, la 5, ofrecemos una lectura detallada de la sentencia “La Cocha” de 2014, escrutando los argumentos, discursos e interpretaciones de los derechos humanos, los bienes jurídicos y la posición respecto de la jurisdicción indígena asumida por la Corte, para terminar con unas conclusiones.

Este contraste de las demandas indígenas con la respuesta de la Corte después del proceso constituyente nos permite poner en evidencia algunas ideas centrales para la discusión: i) Que la justicia constitucional ha reflejado las epistemologías legales liberales que históricamente se han impuesto en Ecuador, aun cuando las mismas hayan sido de alguna manera cuestionadas por la Constitución de 2008; ii) Que la decisión de la Corte en el presente caso carece de una comprensión intercultural profunda de la plurinacionalidad y la justicia indígena; iii) Que, en lugar de avanzar en el reconocimiento y consolidación del Estado plurinacional, la Corte reforzó el aparato penal hegemónico, reafirmando como el único mecanismo apropiado para proteger los derechos humanos, lo cual, a su vez, restringió el reconocimiento constitucional de la justicia indígena; y, iv) Que el reconocimiento de la justicia indígena en el texto constitucional se hizo bajo la condición de poner en cuestionamiento una visión occidental del ejercicio de los derechos humanos.

Nuestros hallazgos destacan la necesidad de reconocer que diferentes cosmovisiones pueden encontrarse en un mismo espacio judicial, y que los tribunales nacionales pueden utilizar el discurso legal dominante en detrimento de las nociones del pluralismo jurídico. En el caso de Ecuador, la decisión de la Corte fundada sobre el discurso occidental de los derechos humanos sometió la protección del derecho a la vida exclusivamente a la jurisdicción de la justicia penal estatal, lo que resultó, consecuentemente, en un reconocimiento inferior de la justicia indígena, así como en una restricción de sus posibilidades contrahegemónicas.

3. EL CONSTITUCIONALISMO ASPIRACIONAL, LA COLONIALIDAD DEL DERECHO Y LA PARADOJA DEL RECONOCIMIENTO FORMAL

Esta sección explica el marco analítico que empleamos para abordar la demanda indígena de reconocimiento de la plurinacionalidad, y su tránsito desde que fue constitucionalmente proclamada hasta ser judicialmente implementada. Nuestro enfoque se basa en las teorías descoloniales y poscoloniales que identifican a las epistemologías legales occidentales como vehículos de la colonialidad. Los “campos” legales latinoamericanos⁷, es decir, las normas, los actores, los símbolos, las ideas, las relaciones de poder y las instituciones sociales que constituyen la práctica del derecho, coexisten en un amplio

7 BOURDIEU, P. *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. En *Hastings Law Journal*. 38, 805, 1987.

contexto de pluralidad legal⁸. El concepto de pluralidad jurídica cuestiona las nociones tradicionales del Estado monocultural y unitario, y acepta que dos o más sistemas jurídicos pueden convivir en el mismo campo social. Por lo tanto, los “sistemas legales” se entienden como amplios, e incluyen no solo a las agencias estatales sino también a las formas no estatales de ordenamiento normativo⁹.

En América Latina, la precaria estabilidad política de los primeros períodos republicanos después de la independencia, significó que los procesos constitucionales pioneros se utilizaran como legitimación institucional, mediante la cual se promulgaron leyes de corte occidental, particularmente de la tradición del derecho civil francés¹⁰, aunque los sistemas indígenas continuaron funcionando *de facto* en algunas circunscripciones territoriales. En este contexto, la noción de colonialidad¹¹ es útil para describir cómo los ordenamientos jerárquicos legales fueron históricamente producidos, se constituyeron políticamente y se reprodujeron discursivamente. Las epistemologías legales occidentales, pues, subordinaron al conocimiento legal no hegemónico, al plantear los paradigmas europeos como universales.

Los procesos constituyentes latinoamericanos posteriores han marcado momentos de refundación e intentos de reconstituir la identidad nacional, con una aspiración al progreso social¹², en el marco de una nueva comprensión del constitucionalismo, sin haberlo conseguido profundamente, sobre todo, debido a la fuerte tradición y apuesta por ejecutivos reforzados en la región¹³. Como señalan García Villegas y Rodríguez Garavito, la idea de que el destino social está vinculado al cambio legal es común entre los movimientos sociales latinoamericanos¹⁴. Julieta Lemaitre ha mostrado que los activistas y los colectivos latinoamericanos a menudo consideran a la ley como un instrumento más que como un fin, y por lo tanto exigen una reforma legal para obtener beneficios concretos. En consecuencia, los éxitos son celebrados y gozados¹⁵. De hecho, el reformismo constitucional latinoamericano ha sido etiquetado como “aspiracional” en tanto transmite la idea de que el destino de

8 GARCÍA VILLEGAS, M. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *Law and Society in Latin America: Toward the Consolidation of Critical Sociolegal Studies*. En *Beyond Law*. 9, 26, 2003, 11-57.

9 MERRY, S. E. *Legal Pluralism*, cit., 869.

10 ESQUIROL, J. *Writing the Law of Latin America*. En *George Washington International Law Review*. 40, 611, 2009, 693-732.

11 QUIJANO, A. *Colonialidad del poder y clasificación social*. En *Journal of World-Systems Research*. XI, 2, 2000, 342-386.

12 GARCÍA VILLEGAS, M. *Law as Hope. Constitutions, Courts and Social Change in Latin America*. Febrero, 2004. Disponible en: <https://www.eurozine.com/law-as-hope/>

13 GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford (UK): Oxford University Press, 2013.

14 GARCÍA VILLEGAS, M. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *Law and Society in Latin America*, cit.

15 LEMAITRE, J. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

las sociedades depende del hecho de tener buenas constituciones. En palabras de García Villegas, “nos parece natural vincular el progreso social con la promulgación de una constitución política”¹⁶. De esta forma, los “momentos constitucionales” representan la materialización de una promesa política¹⁷.

Aun así, la necesidad de que las demandas indígenas sean constitucionalmente reconocidas en países como Ecuador o Bolivia —en razón de su composición étnica diversa— “hace evidente la más grande contradicción de las democracias representativas latinoamericanas: el borrado epistémico de su diversidad, impuesto con el establecimiento de reglas de subordinación a la hegemonía de la ley estatal”¹⁸. Para el movimiento indígena ecuatoriano, el reconocimiento de sus sistemas legales consuetudinarios se ha visto como una reivindicación de sus saberes históricamente subordinados y como una forma de irrupción en las formaciones políticas y culturales hegemónicas¹⁹.

Por lo tanto, la constitucionalización de la justicia indígena no solo debe entenderse como un reconocimiento de la diversidad cultural (que ya lo hace el multiculturalismo liberal), o como un “permiso” para que las comunidades remotas resuelvan sus pequeños conflictos²⁰. Por el contrario, las demandas indígenas tienen un rol central en un proyecto profundamente descolonial y contrahegemónico, lo cual requiere que reimaginemos integralmente al Estado y sus formaciones centrales.

En ese sentido, los teóricos de la descolonialidad nos han advertido sobre los riesgos del “reconocimiento en inferioridad”²¹ si lo ancestral se reinterpreta para adaptarse a las categorías legales disponibles. Además, el lenguaje jurídico ortodoxo puede limitar severamente cómo se definen y, por lo tanto, se aplican los sistemas consuetudinarios. Por ejemplo, en Ecuador, la justicia indígena está basada en la cosmovisión andina, que es sólidamente relacional, y que entiende al cosmos como una entidad viva²².

Estos principios pueden ser difíciles de armonizar con los supuestos de la ley estatal liberal que, en cambio, se basa en una comprensión individualista de los intereses humanos y los derechos. Además, como señala Esquirol, “las

16 GARCÍA VILLEGAS, M. *Law as Hope*, cit.

17 SÁNCHEZ GARCÍA, A. *The Happy Judicialization of Sexual Rights: Abortion and Same Sex Marriage in México*. Canterbury: University of Kent, 2014.

18 *Ibid.*

19 DÁVALOS, P. *El Sumak Kawsay (Buen Vivir) y las cesuras del desarrollo*. En *América Latina en Movimiento*. Mayo, 2008. Disponible en: <https://www.alainet.org/es/active/23920>

20 DE SOUSA SANTOS, B. *Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. En DE SOUSA SANTOS, B. y GRIJALVA, A. (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. La Paz: Abya-Yala, 2012, 13-50.

21 WALSH, C. *Interculturalidad, Estado, sociedad*, cit.

22 ESTERMANN, J. *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito: Abya-Yala, 1998; TROWNSSELL, T. A. *Robust Relationality. Lessons from the Ontology of Complete Interconnectedness for the Field of International Relations*. Washington DC: American University, 2013.

críticas más comunes de los estudios [...] de derecho civil y el razonamiento civil legal generalmente enfatizan su excesiva dependencia del racionalismo lógico y el formalismo conceptual y la relativa ausencia de consideraciones contextuales”²³; fenómeno que también impacta restrictivamente en las posibilidades de integración de un sistema de justicia asentado en unos supuestos ontológicos y epistémicos diferentes.

Como mostramos en este estudio, los marcos epistemológicos jurídicos occidentales definen los límites discursivos de lo que puede exigirse del derecho y a lo que este puede aspirar. Breny Mendoza ha preguntado provocativa y retóricamente si los movimientos sociales involucrados en la construcción de la nueva Constitución de Ecuador realmente tuvieron la oportunidad de “deshacerse” de la forma dominante de Estado, o más bien decidieron que todo lo que se necesitaba eran nuevas leyes²⁴. Lo que realmente está en juego, entonces, es la (im)posibilidad de un cambio epistémico para reinventar los conceptos de derecho, Estado y unidad jurisdiccional.

Si bien esto no significa que las aspiraciones contrahegemónicas queden totalmente inmovilizadas en relación con su fuerza emancipadora, dicha emancipación, en términos de Aníbal Quijano, debe provenir de una profunda “descolonización epistemológica”. En otras palabras, el reconocimiento de la diversidad epistémica es una condición previa y necesaria para desarrollar eficazmente la pluralidad jurídica. Un reconocimiento basado en un cambio epistémico debería garantizar una argumentación plural de la práctica constitucional. De lo contrario, los marcos legales dominantes continuarán siendo presentados como los paradigmas superiores de la justicia, lo que resultará en la recolonización de los saberes no hegemónicos²⁵.

Las decisiones tomadas por los actores legales siempre están “enmarcadas en una estructura compuesta por variables históricamente organizadas, a nivel macro, económicas, culturales, sociales y políticas”²⁶. Por lo tanto, el cambio epistémico también debería tener lugar a nivel político, de lo contrario, las constituciones aspiracionales pueden estar sujetas a ataques que luego podrían influir en las interpretaciones judiciales²⁷, desnaturalizando el pacto constitucional. Como señaló Ackerman, los “encuentros democráticos” pueden producir una mayor dominación e imposición si las aspiraciones políticas

23 ESQUIROL, J. *Writing the Law of Latin America*, cit.

24 MENDOZA, B. *Response to Julieta Lemaitre, Amy Lind, and Catherine Walsh*. En *Feminists@law*. Vol. 2, n.º 1, 2012. Disponible en: <https://journals.kent.ac.uk/index.php/feministsatlaw/article/view/45/120>

25 ESTERMANN, J. *Colonialidad, descolonización e interculturalidad*, cit., 347-368; MERRY, S. E. *From Law and Colonialism to Law and Globalization*, cit., 569-590; DE SOUSA SANTOS, B. *Another Knowledge is Possible: Beyond Northern Epistemologies*. Londres y Nueva York, Verso, 2007.

26 GARCÍA VILLEGAS, M. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *Law and Society in Latin America*, cit.

27 GARCÍA VILLEGAS, M. *Law as Hope*, cit.

hegemónicas disuelven el proyecto constitucional original²⁸, que a su vez incidiría en una práctica judicial restrictiva. Pero, además, puede suceder, como lo han señalado algunos autores, que los “momentos constitucionales” representen oportunidades para que las élites sociales, políticas y económicas dominantes legitimen los mecanismos que protegen sus intereses, y corren el riesgo de que el impulso constituyente inicial se rinda ante la inercia del poder constituido²⁹. En otras palabras, es posible que los momentos constituyentes también sean un reflejo de procesos políticos ordinarios motivados por intereses particulares³⁰ y no necesariamente –parafraseando a Ackerman– especiales momentos de consenso y discusión que los diferencien de los momentos de política ordinaria.

Sobre esta idea de que los marcos legales dominantes pueden inducir una implementación limitada de los sistemas jurídicos no hegemónicos, debilitando así su potencial contrahegemónico, nosotros identificamos los patrones discursivos que son centrales en el discurso de la Corte Constitucional, como mostramos en la Sección 5 de este artículo. Argumentaremos que dichos discursos resultan en una implementación restringida de la plurinacionalidad: tales campos discursivos son los derechos humanos internacionales y la justicia penal en su versión hegemónica.

3.1. Los derechos humanos y la penalidad como vehículos de la colonialidad

Las paradojas del reconocimiento constitucional son, como se describió anteriormente, centrales en los debates latinoamericanos sobre cambio y justicia social. Al mismo tiempo, las agencias internacionales, como las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), han difundido con éxito los marcos de referencia de los derechos humanos en América Latina desde la década de 1970³¹, por lo que los derechos humanos han sido centrales en las demandas de reforma constitucional, incluidas las de los movimientos indígenas³². Paralelamente, las discusiones sobre el valor estratégico de los derechos humanos revelan que estos se presentan usualmente como si estuvieran “por encima de la política coyuntural” y como si contuvieran “un aprendizaje universalmente válido e incuestionable sobre la

28 ACKERMAN, B. *We the People*. Vol. 1, *Foundations*. USA: Harvard University Press, 1991.

29 LAPORTA, F. *El ámbito de la Constitución*, cit.

30 LÓPEZ HIDALGO, S. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018.

31 TAPIA TAPIA, S. *Feminism and Penal Expansion*, cit., 285-306.

32 SIEDER, R. y McNEISH, J. A. *Introduction*. En SIEDER, R. y McNEISH, J. A. (eds.), *Gender Justice and Legal Pluralities: Latin American and African Perspectives*. Abingdon (UK): Routledge, 2013, 1-30.

precondición de la libertad humana que debería ser compartida por todas las personas razonables”³³.

Debido a estas tendencias universalistas, algunos autores han relacionado los derechos humanos con prácticas imperialistas: Costas Douzinas ha argumentado que, desde el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, se han reafirmado las distinciones jerárquicas entre lo “humano” y lo “subhumano”³⁴. Además, a partir de las teorías poscoloniales, incluidas las obras pioneras de Mohanty³⁵ y Spivak³⁶, Ratna Kapur ha abordado el “lado oscuro” del proyecto de los derechos humanos, interrogando su universalidad y desafiando sus afirmaciones ahistóricas y supuestamente neutrales. Críticas como estas han expuesto la subjetividad liberal y los ideales universales en los que se basa el proyecto de los derechos humanos³⁷.

En relación con el sistema de la administración de justicia, se ha observado que los discursos sobre derechos humanos solo pueden adjudicar derechos a aquellas formas de subjetividad que cumplan los requisitos prescritos por el Estado, basados en el discurso legal dominante. En consecuencia, “la adopción de una conciencia de los derechos requiere experiencias con el sistema legal que confirmen esa subjetividad”³⁸. Si la cuestión de los derechos es esencialmente individual, es posible suponer, como Merry ha demostrado a través de su trabajo etnográfico, que “las ideas de los derechos humanos desplazan a visiones alternativas de la justicia social que son menos individualistas y más centradas en las comunidades y las responsabilidades, posiblemente contribuyendo a la homogeneización cultural de las comunidades locales”³⁹. En suma, las perspectivas dominantes sobre los derechos pueden subordinar a los enfoques o abordajes más comunitarios.

Esta crítica es relevante para el encuentro de la justicia indígena y estatal en Ecuador. Como mostramos en la siguiente sección, la Constitución de 2008

33 KLARE, K. *Critical Perspectives on Social and Economic Rights, Democracy and Separation of Powers*. En GARCÍA, A., KLARE, K. y WILLIAMS L. A. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*. Oxon y Nueva York: Routledge, 2015, 3-22.

34 DOUZINAS, C. *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*. Oxford: Hart, 2000; DOUZINAS, C. *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. Abingdon, Oxford y Nueva York: Routledge y Cavendish, 2007; DOUZINAS, C. *The Paradoxes of Human Rights*. En *Constellations*. 20, 1, 2013, 51-67.

35 MOHANTY, C. T. *Under Western Eyes. Feminist Scholarship and Colonial Discourses*. En MOHANTY, C. T., RUSSO, A. y TORRES L. (eds.), *Third World Women and the Politics of Feminism*. Bloomington e Indianapolis: Indiana University Press, 1991, 51-80.

36 SPIVAK, G. C. *Can the Subaltern Speak?* En NELSON, C. y GROSSBERG, L. (eds.), *Marxism and the Interpretation of Culture*. Estados Unidos: University of Illinois Press, 1988.

37 KAPUR, R. *Human Rights in the 21st Century: Taking a Walk on the Dark Side*. En *Sidney Law Review*. 28, 2006, 665-687; PAHUJA, S. *Decolonising International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

38 MERRY, S. E. *From Law and Colonialism to Law and Globalization*, cit.

39 MERRY, S. E. *Human Rights and Gender Violence. Translating International Law into Local Justice*. Chicago y Londres: University of Chicago Press, 2006, 4.

reconoció la plurinacionalidad y la justicia indígena, pero también reprodujo el marco internacional de los derechos humanos como un “límite” que se había venido consolidado en el constitucionalismo ecuatoriano. Con algunos matices, la Constitución Política de 1998 había sido considerada como un símbolo de la gobernanza neoliberal, debido a la ausencia de herramientas para materializar los derechos económicos y sociales y a una falta de comprensión efectiva de judicialización y efectividad de los derechos, y fue por tanto denunciada por los movimientos sociales de base, incluyendo el sector indígena⁴⁰. Si los derechos humanos se implementan a través de lentes legales formalistas, pueden facilitar la continuidad de las epistemologías legales hegemónicas. Los derechos humanos también podrían ser dispositivos que legitimen a los paradigmas legales dominantes y limiten las posibilidades descoloniales.

Además, los derechos humanos se han asociado con una forma predominantemente penal de respuesta estatal al conflicto legal⁴¹. Existe un vínculo discursivo y lógico entre la perpetración de una vulneración a los derechos humanos y la consecuencia jurídica de carácter penal. El enjuiciamiento penal, como mostraremos, a menudo se equipara con la materialización de la obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales. Los instrumentos de derechos humanos tienden a enmarcar a la protección legal en gran medida como un conjunto de precondiciones para habilitar el litigio penal. Como consecuencia, el aparato penal se posiciona no solo como un sistema para establecer la responsabilidad penal e imponer castigos, sino que puede elevarse a la categoría de guardián de los derechos humanos. Si la respuesta penal es una reacción estatal estándar a las violaciones de los derechos humanos, no es sorprendente que los sistemas legales no hegemónicos (que no son de naturaleza penal en un sentido tradicional) sean desplazados cuando los conflictos legales se enmarcan en términos de derechos humanos.

En ese sentido, luego de tomar posición en relación con la literatura existente sobre la colonialidad legal y el relacionado vínculo entre la penalidad y los principios dominantes de derechos humanos, la siguiente sección abordará el proceso constituyente 2007-2008, rastreando las demandas indígenas que sirvieron para reconocer al Estado plurinacional, así como el reconocimiento de la jurisdicción indígena. De este modo, ponemos en evidencia las expectativas originales de los actores políticos indígenas para

40 QUINTERO LÓPEZ, R. *La Constitución de 2008. Un análisis político*. Quito: Abya-Yala, 2008; TAPIA TAPIA, S. *Feminism and Penal Expansion*, cit.

41 JOACHIM, J. *Shaping the Human Rights Agenda: The Case of Violence against Women*. En MEYER, M. y PRUGL, E. (eds.), *Gender Politics in Global Governance*. Oxford (MD): Rowman & Littlefield Lanham, 1999; KAPUR, R. *The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the “Native” Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics*. En *Harv. Hum. Rts. J.* 15, 2002.

contextualizar sus aspiraciones y permitir un análisis de la práctica judicial frente a estas demandas.

4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA (2007-2008)

La Asamblea Constituyente de 2007-2008 se instituyó bajo la presidencia de Rafael Correa, cuyo gobierno se había pronunciado por el fin de “la larga y triste noche neoliberal”⁴², inicialmente con el apoyo del movimiento indígena y los movimientos de izquierda. Desde una perspectiva jurídico-política, esto ocurrió en el marco de lo que se ha denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano⁴³ –un calificativo que ha sido objeto de algunas críticas⁴⁴–, frecuentemente entendido como un proceso de ruptura constitucional con el pasado, al punto de que se le ha calificado de “transformador”⁴⁵ en la medida en que los jueces pueden convertirse en actores protagónicos del pacto constitucional⁴⁶ y de los derechos de los excluidos o de minorías excluidas cuyas demandas no han sido satisfechas, dando paso a una fuerte intervención judicial⁴⁷.

Estos procesos constituyentes alentaron, entonces, algunas demandas de la sociedad civil: se celebraron varias reuniones para discutir el cambio constitucional, incluso con movimientos de mujeres, grupos ambientalistas, colectivos indígenas y activistas LGBTI. Sin embargo, el proceso no ha estado exento de crítica: varios especialistas han diferenciado una fase inicial de “instalación”, caracterizada por una mayor participación social, y una segunda etapa, menos participativa, en la que el presidente original de la Asamblea fue reemplazado, y el proyecto del Ejecutivo prevaleció, distorsionando el momento constituyente originario⁴⁸.

42 CORREA, R. *Conferencia del economista Rafael Correa Delgado en la Universidad de Buenos Aires*. Diciembre, 2011. Disponible en: https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/031210_Conferencia-Magistral-dictada-por-el-Presidente-en-la-UBA.pdf

43 UPRIMNY, R. *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*. En RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, 109-134.

44 GARGARELLA, R. *El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”*. En *Diario El País*. 20 de agosto de 2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html [consultado: 2 de febrero de 2022].

45 ÁVILA, R. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala y Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.

46 ROA ROA, J. *El rol de juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law. Research Paper No. 2020-11, 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3571507>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3571507>

47 LÓPEZ HIDALGO, S. y CORREA VÁZQUEZ, A. *Matrimonio igualitario en Ecuador: entre el activismo constitucional y la autorrestricción judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana*. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung. N.º 26, 2020, 315-228.

48 ANDRADE, P. *El reino (de lo) imaginario: los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008*. En *Ecuador Debate*. 85, 2012, 35-47.

En este contexto, las demandas indígenas al interior de la constituyente giraron en torno al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el reconocimiento de la justicia indígena junto con la ley estatal, la constitucionalización de los derechos de la Naturaleza (*Pachamama*) y la adopción de un nuevo modelo de desarrollo basado en el la noción andina de *Sumak Kawsay* o “buen vivir”, con la intención de proporcionar alternativas al proyecto desarrollista neoliberal⁴⁹. La pieza clave que articulaba estas demandas era una noción transversal: el “Estado plurinacional”, entendido como aquel que integra a las diversas nacionalidades ecuatorianas sin distinciones. La plurinacionalidad fue, a su vez, definida por los assembleístas indígenas como característica de un Estado plural que integra a diversos grupos humanos con un “idioma, cultura, idiosincrasia y territorio” comunes, dentro del Estado unitario⁵⁰. La assembleísta indígena Mónica Chuji resumió cómo los colectivos indígenas entienden a la plurinacionalidad:

Lo plurinacional engloba[,] más bien, aquella posibilidad de seguir existiendo como pueblos, como naciones ancestrales; y como hemos venido sosteniendo en muchas ocasiones, los pueblos indígenas, nosotros queremos la unidad en la diversidad. En ningún momento y bajo ningún punto de vista se ha propuesto la división del Estado ecuatoriano. Hemos ratificado la unidad del Estado ecuatoriano, pero sí, insistimos en el reconocimiento de la diversidad de naciones que existimos aquí⁵¹.

Por lo tanto, en la plurinacionalidad se evidencia el postulado clave para el reconocimiento y el ejercicio de la justicia indígena, entendida como un sistema legal legítimo que no está subordinado, es decir, que no es inferior a la ley estatal. La consagración de la plurinacionalidad, en opinión de los líderes indígenas, implicaba necesariamente el reconocimiento igualitario de la justicia indígena frente al derecho estatal. Según el assembleísta indígena Vicente Masaquiza:

La plurinacionalidad y el derecho a ejercer la administración de justicia son conceptos inseparables. El Estado plurinacional exige el reconocimiento de la justicia indígena, que no es nada menos que el respeto de los sistemas jurídicos de los pueblos y nacionalidades indígenas, que se fundamenta en su forma de vida, y convivencia y la regulación de su conducta⁵².

En este contexto, el informe de mayoría presentado por la Mesa 8 (dedicada a la justicia y la lucha contra la corrupción) indicaba:

49 RADCLIFFE, S. A. *Development for a Postneoliberal Era?*, cit.

50 Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 033, 8 de abril de 2008, 79.

51 Ecuador. Acta Asamblea Constituyente. Acta 012, 26 de diciembre de 2007, 29.

52 Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 036, 17 de abril de 2008, 128.

La existencia de un sistema estructurado y armónico de normas, principios y valores, que rigen la conducta o comportamiento de los pueblos y nacionalidades indígenas, no significa de manera alguna el resquebrajamiento de la función judicial o una implementación de un paralelismo jurídico, sino que constituye el reconocimiento de la diversidad al interior de nuestra sociedad, y la garantía de un real pluralismo jurídico⁵³.

Como vemos, los asambleístas indígenas, junto con los representantes de la Mesa 8, tenían como objetivo obtener el reconocimiento de la justicia indígena de manera no jerárquica. En palabras de Vicente Mazaquiza:

La justicia indígena ha sido y siempre será una realidad que convive con nuestro Estado [...] Compañeros y compañeras: la plurinacionalidad implica la responsabilidad y coherencia. Les pedimos ser consecuentes con este principio y emprender los cambios constitucionales necesarios, para hacerla realidad de nuestro derecho, y nuestros pueblos a su propia identidad y autodeterminación⁵⁴.

De esta manera, el concepto y alcance de la plurinacionalidad fue controversial. Algunos miembros de la Asamblea se opusieron a la incorporación de esta noción y cuestionaron fuertemente la idea de un sistema indígena que coexistiera con la ley estatal. Por ejemplo, el asambleísta Luis Hernández afirmó:

En la parte en la que hablaron de Estado plurinacional, y recogiendo sus palabras, no se va a llegar a un tema conceptual [...] [S]in entrar en un análisis muy severo al tema, no estoy de acuerdo a favor de un Estado plurinacional; suficientes diferencias. Creo que esta Asamblea tiene que fortalecer el Estado ecuatoriano. Y el Estado ecuatoriano, una vez que incluido todo, de todos los grupos sociales, razas, ese será el Estado fuerte que dejemos a nuestros hijos, y no un Estado dividido⁵⁵.

Como queda claro, la idea de que reconocer varias nacionalidades y reconocer la pluralidad jurídica debilitaría al Estado, poniendo en peligro la seguridad jurídica, a menudo está basada en el principio de “unidad jurisdiccional”, por el cual el poder jurisdiccional es administrado en nombre del Estado por una sola autoridad legítima⁵⁶. Sin embargo, un sector de la Asamblea también argumentó que reconocer la plurinacionalidad y la pluralidad jurídica no implicaba una violación a dicho principio, sino que ampliaba el concepto de

53 Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 063, 17 de junio de 2008, 7.

54 Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 036, 17 de abril de 2008, 129.

55 Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 012, 26 de diciembre de 2007, 14.

56 La Constitución de la República de Ecuador de 2008, en el artículo 168.3, indica: “En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las otras funciones del gobierno podrá desempeñar funciones para la administración ordinaria de justicia, sin perjuicio de los poderes jurisdiccionales reconocidos por la Constitución”.

unidad jurisdiccional. De esta manera, de acuerdo con el informe de mayoría presentado por la Mesa 8, se señaló:

El principio de la unidad jurisdiccional como tal, enfatiza el hecho de que solo los órganos de justicia ordinaria tienen competencia para tomar decisiones legales. Pero este principio se ha vuelto relativo, debido a la existencia de otros órganos jurisdiccionales y al reconocimiento de diversos sistemas legales dentro del territorio nacional. La jurisdicción constitucional y electoral, así como la justicia indígena, los tribunales de paz y los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, enriquecen la pluralidad de la unidad jurisdiccional⁵⁷. Esas jurisdicciones no son excepciones, son jurisdicciones con su propia razón de ser, con sus funciones específicas y su propia naturaleza⁵⁸.

Dicho en otras palabras, el informe argumentó que la unidad jurisdiccional no es incompatible con la inclusión de diversas manifestaciones de la justicia. Es importante destacar que los bienes jurídicos pueden protegerse a través de diversos sistemas de justicia, y esto no descuida ningún aspecto de la protección legal ni implica una jurisdicción fragmentada. Es importante destacar que el asambleísta indígena Vicente Mazaquiza declaró: “con respecto a la unidad jurisdiccional, el reconocimiento de un Estado multiétnico, pluricultural y el eminente paso de un Estado plurinacional, implica una redefinición del concepto occidental de la unidad jurisdiccional”⁵⁹.

Otra discusión clave que surgió durante los debates se relacionó con la compatibilidad entre las prácticas de la justicia indígena y los principios de los derechos humanos, incluidos los antiguos rituales y mecanismos de restauración. Aquí, los miembros de la Asamblea indígena enfatizaron la necesidad de evitar representar o retratar a la justicia indígena como una práctica “incivilizada” o “salvaje”. En opinión del ya citado asambleísta Vicente Mazaquiza, “[l]a justicia indígena ofrece mecanismos efectivos de la solución de conflictos, la misma que hasta la actualidad por su desconocimiento lo único que ha sido tachada como justicia por propia mano, por un sistema incivilizado de la potestad de administrar justicia, sin reconocer su efectividad dentro de su ámbito territorial”⁶⁰.

En la misma línea, el también asambleísta indígena Pedro de la Cruz argumentó:

57 En este sentido, la propia Corte Constitucional ha indicado, en las sentencias 001-16-SIN-CC y 054-16-SIN-CC, que, en virtud de la unidad jurisdiccional, todos los órganos y personas que administran justicia son parte del poder judicial, excepto en el caso de las autoridades indígenas, el Tribunal Electoral y la Corte Constitucional. Esto muestra que el propio órgano de control constitucional ha reconocido el marco de autonomía de la justicia indígena.

58 Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 012, 26 de diciembre de 2007, 106-107.

59 Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 036, 17 de abril de 2008, 128.

60 *Ibid.*, 129.

... no solamente se habla de derechos humanos, cuando una comunidad actúa con un baño con ortiga, pero no se dice también cómo están las cárceles del país, en una situación dramática, por esta larga noche neoliberal [...] [A]hí es donde más se está violentando los derechos humanos y a más de eso, las pesquisas, todo eso, como no es público, como no sale a la luz pública, piensan que eso es normal y lo que hacen en las comunidades campesinas los pueblos indígenas, es algo anormal⁶¹.

Como vemos, los debates sobre las posibles contradicciones entre la justicia indígena y los derechos humanos no solo son relevantes con respecto a la legitimidad de la jurisdicción indígena como un sistema “civilizado”. También son cruciales en lo que respecta a la validación de la respuesta legal que cada uno de los sistemas legales coexistentes en el Estado plurinacional proporciona frente a un ataque a un derecho legalmente protegido. En este sentido, una característica del enfoque indígena es que las respuestas al conflicto no se centran en el encarcelamiento y el castigo penal. Dado que la relacionalidad, y no el ser individual, es la categoría fundamental de la cosmovisión andina, “se deduce que tecnologías⁶² como la prisión, basadas en el aislamiento y la exclusión, se considerarían un destino peor que la muerte, dado que la energía vital no es individual sino colectiva y lo abarca todo”⁶³. Al respecto, la asambleísta indígena Margarita Morocho explicó:

En nuestra cultura no se conocía el castigo como hoy se aplica, la destrucción psicológica, física, la destrucción del hombre por el hombre, de la herencia cultural europea y norteamericana. En nuestra cultura, se utilizan formas de valores humanos para la vivencia, para la convivencia humana, entre hombres y mujeres [...] Las formas de castigo no eran la muerte, la cárcel ni el castigo físico y psicológico. Las formas de corregir y ayudar consistían de acuerdo a la gravedad de las faltas. Tenían que cumplir [los infractores] con el trabajo, porque ahí estuvo la formación del hombre para la supervivencia económica de su familia, la comunidad y el país⁶⁴.

Es decir, se enfatizó que las respuestas ofrecidas por los sistemas legales indígenas son diferentes a las ofrecidas por el derecho estatal: la centralidad del encarcelamiento y la penalidad se presentó como un factor que distingue a la justicia indígena de la justicia penal.

61 Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 013, 27 de diciembre de 2007, 107.

62 En *Vigilar y castigar*, Michel Foucault se refiere al castigo como una forma de poder, “una tecnología política”; y también como un instrumento en un campo más amplio de relaciones de poder, “una táctica política”. Véase GARLAND, D. *Foucault's “Discipline and Punish”. An Exposition and Critique*. En *American Bar Foundation Research Journal*. 11, 4, 1983, 847-880.

63 TAPIA TAPIA, S. *Sumak Kawsay, Coloniality and the Criminalisation of Violence against Women in Ecuador*, cit., 144.

64 Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 036, 17 de abril de 2008, 146.

Después de un largo debate, el reconocimiento del Estado plurinacional fue aprobado, pero no sin limitaciones. No fue la diversidad y la diferencia lo que proporcionó las bases para su incorporación. Más bien, la justicia indígena fue reconocida en gran medida porque se hizo un esfuerzo deliberado por presentarla como compatible con el Estado unitario y la unidad jurisdiccional ortodoxa. En otras palabras, la plurinacionalidad se debilitó desde un principio, puesto que nació a la vida constitucional con fronteras determinadas por el marco legal unidimensional que prevalecía. El texto constitucional que finalmente se aprobó fue el que sigue:

Artículo 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y naciones indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con una garantía de 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 (énfasis agregado).

Ciertamente, la disposición constitucional referida marca una divergencia de la ortodoxia constitucional ecuatoriana. En particular, la inclusión de las mujeres en la toma de decisiones indígenas fue el resultado directo de las demandas de los colectivos de mujeres indígenas⁶⁵. Al mismo tiempo, sin embargo, las peticiones de los sectores indígenas se incorporaron de manera “aséptica” en la Constitución.

Si bien el reconocimiento de la justicia indígena se equiparó con la diversidad y la pluralidad, su aprobación por parte de la mayoría de los miembros de la Asamblea se logró asegurando que el sistema indígena no pusiera en “peligro” a la “racionalidad” y la coherencia del sistema estatal. En otras palabras, garantizar la inocuidad de la justicia indígena fue una condición para su constitucionalización. La “benignidad” de la plurinacionalidad y la justicia indígena se reafirmó en el texto constitucional a través de una invocación directa de los derechos humanos internacionales como los límites de

65 Cristina Cucurí, líder de un colectivo de mujeres indígenas de la provincia de Chimborazo, dirigió esta campaña. Sin embargo, esta demanda no era parte de la agenda principal del movimiento de mujeres. En lugar de discutir los enfoques indígenas de la justicia de género, el movimiento dominante enfatizó la preeminencia de los derechos humanos y la inclusión universal y no discriminatoria para exigir la igualdad de género. Para más información sobre el movimiento de mujeres en Ecuador y el proceso constituyente véase TAPIA TAPIA, S. *Feminism and Penal Expansion*, cit., 285-306.

la jurisdicción indígena –como si la justicia indígena necesitara ser aplacada por los principios de derechos humanos, a priori–.

El artículo constitucional citado anteriormente refleja un esfuerzo para garantizar que la justicia indígena “respetara” el resto de la Constitución y los principios de derechos humanos, que a su vez se basan en epistemologías jurídicas que difieren de los enfoques plurales de la justicia, en la medida en que la constitucionalización de la justicia indígena tal como fue pensada en el texto fundamental de 2008 supuso desde el primer momento una barrera para una democracia constitucional plural que se intentaba reconocer.

Finalmente, para el análisis aquí propuesto interesa destacar que la Constitución no enumeró específicamente qué derechos y bienes legales podrían o no ser abordados por la justicia indígena. Por lo tanto, quedaba abierta la pregunta sobre cómo se materializaría en la práctica la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un contexto plurinacional. ¿Podría la interpretación judicial superar los límites del texto legal? ¿O las continuidades epistémicas hegemónicas se traducirían en la incapacidad del poder judicial de realizar el “salto descolonial” que exigió el movimiento indígena?

5. EL DISCURSO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR Y LA SUBORDINACIÓN DEL *SUMAK KAWSAY*: DERECHOS HUMANOS Y PENALIDAD EN EL CASO “LA COCHA” (2014)

En la noche del 9 de mayo de 2010, una familia de La Cocha, una comunidad indígena, estaba celebrando un bautizo. Durante la fiesta, algunos hombres participaron en una pelea, que resultó en la muerte de uno de ellos debido a heridas graves. Las autoridades comunitarias llevaron a cabo una investigación y acusaron a tres hombres por el asesinato. Luego se reunieron, y después de discusiones y negociaciones se acordó una sanción: los acusados fueron azotados con ortiga (una planta ritual), obligados a desnudarse y cargar rocas pesadas alrededor de la aldea, bañados con agua helada⁶⁶, obligados a disculparse ante toda la comunidad, y obligados a pagar una indemnización tanto a la comunidad como a la madre del difunto. Sin embargo, cuando estos hechos llegaron a los medios de comunicación, fueron caracterizados como “tortura”⁶⁷. Entonces, la fiscalía y la policía entraron por la fuerza a la

66 Según algunas investigaciones realizadas en varias provincias del altiplano ecuatoriano, el castigo físico es una sanción excepcional entre las decisiones de las autoridades indígenas. La mayoría de los casos se resuelven mediante conciliación. Véase VINTIMILLA, J. *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actoras. Un estudio comparativo entre Ecuador y Perú*. En LANG, M. y KUCIA, A. (comps.), *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: UNIFEM, 2009, 73-80.

67 El Universo. *Justicia indígena se dicta sin control por falta de ley*. 23 de mayo de 2010. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/2010/05/23/1/1447/justicia-indigena-cuestionada-tema-derechos-humanos.html/>

comunidad para “rescatar” a los infractores. Un juzgado penal que conoció la causa consideró que los acusados habían sido “secuestrados” y, debido a que había evidencia de que se había cometido un asesinato, tanto los infractores como las autoridades indígenas fueron arrestadas. Posteriormente, se inició una nueva investigación, a pesar de que la comunidad indígena ya había acordado una sanción.

Frente a esto, el mismo año, un miembro de la comunidad presentó una “acción extraordinaria de protección”⁶⁸ ante la Corte Constitucional, exigiendo un pronunciamiento vinculante sobre la aplicación de la justicia indígena y su alcance. Entre otras consultas, los peticionarios requerían un pronunciamiento de la Corte, respecto de si el juicio que enfrentaban los procesados mientras se encontraban bajo custodia policial (las autoridades indígenas habían sido puestas en libertad por *habeas corpus*) constituía una violación del principio *non bis in idem*, puesto que ya habían sido procesados antes por la autoridad indígena.

La Corte intentó resolver la cuestión central puesta en su conocimiento bajo lo que denominó problemas jurídicos. Dos cuestiones fueron puestas a debate al interior de la Corte: ¿las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de los derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?; y, ¿las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena? Como se verá más adelante, los argumentos utilizados por la Corte para tomar su decisión son los que serán puestos en discusión; sin embargo, conviene advertir que, en el *decisum* del fallo –entre otras disposiciones–, la Corte a través de una regla jurisprudencial indicó:

a) 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, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios⁶⁹.

68 Esta acción (contemplada en el artículo 94 de la Constitución de 2008) procede contra sentencias o resoluciones definitivas de la autoridad judicial a través de las cuales se presume que se han violado derechos constitucionalmente reconocidos. Dichas resoluciones son escuchadas por la Corte Constitucional, que por lo tanto ejerce su función de revisión judicial.

69 Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N. 113-14-SEP-CC, 30 de julio de 2014.

Para llegar a una decisión, la Corte ordenó estudios forenses antropológicos para confirmar la naturaleza consuetudinaria de las sanciones impuestas, la legitimidad de la autoridad indígena y los conocimientos relevantes de la justicia indígena, a fin de “tener en cuenta los criterios y parámetros que son característicos del pluralismo jurídico”⁷⁰. Aun así, desde una perspectiva conceptual, la Corte recurrió a la doctrina del jurista austriaco Hans Kelsen para proporcionar una definición de lo que es una autoridad, y así determinar si la Asamblea Comunal “estaba capacitada” o era competente para administrar justicia en su comunidad. Aunque la conclusión fue que, de hecho, la autoridad era legítima y las sanciones correspondían a las costumbres de las comunidades indígenas de Panzaleo, es desconcertante que la voz de un representante paradigmático del positivismo jurídico como Kelsen fuera el referente doctrinario en la decisión. A pesar de los esfuerzos de la Corte para analizar el caso a través de la lente de la interculturalidad cuando consideró las perspectivas antropológicas, apelar a la doctrina legal occidental parece haber sido imperativo, aunque la legitimidad de la autoridad indígena nunca fue cuestionada por ninguna de las partes interesadas, incluidos los reos.

El siguiente giro argumental de la Corte aterrizó en una dicotomía bien conocida: ¿es posible hacer que “los dispositivos legales del sistema constitucional local” sean compatibles con “el orden jurídico convencional e internacional de los derechos humanos”?⁷¹. La Corte identificó que el uso de la justicia indígena, autorizado por la Constitución, estaba en tensión con los derechos humanos, lo cual tendría que resolverse aplicando el artículo 171 de la Constitución, transcrito en la sección anterior. Dicho artículo reconoce a la justicia indígena en la medida en que “no se oponga” a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. De esa manera, es claro que los derechos humanos occidentales se pueden leer como un límite fiscalizador de la jurisdicción indígena.

Sin embargo, otra posibilidad –tal vez más adecuada dentro de una comprensión plurinacional del Estado– habría sido mirar estos sistemas legales a la luz del pluralismo, lo que requiere un reconocimiento previo de la diversidad epistemológica, como se explicó en las secciones anteriores. Esto podía haberse traducido en una interpretación en clave plurinacional que diera cuenta de los derechos humanos como un elemento más, dentro de un sistema jurídico plural.

Para comprender la postura de la Corte nos centraremos en su argumento principal, que postula la vida como un derecho humano y un bien jurídico protegido. Anticipamos que la Corte se cuidó de no sugerir en ningún momento la incompatibilidad de los procedimientos indígenas con los derechos humanos. Se consideró, no obstante, que la justicia indígena es insuficiente

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*

para proteger la vida entendida como un derecho humano, desarrollando un argumento que revela que, al entender el derecho a la vida de esta manera, requiere una forma particular de respuesta legal: la penalidad y el encarcelamiento, según observamos en las secciones anteriores.

Desde el punto de vista de la comunidad indígena, el asesinato había causado una ruptura de la armonía en la vida comunitaria, es decir, una ruptura del buen vivir o *Sumak Kawsay*. En consecuencia, el papel de la autoridad indígena era luchar por el restablecimiento del equilibrio comunitario mediante la determinación de mecanismos para compensar los daños y, finalmente, recuperar la armonía social. En el contexto de la justicia indígena, “el equilibrio se logra mediante la inclusión (reintegración social) del infractor y la satisfacción de la víctima, que además fortalece los vínculos comunitarios”⁷².

Por el contrario, la Corte consideró que esta restauración no constituía una respuesta suficiente a la cuestión “central”: la violación del derecho a la vida. A este respecto, el razonamiento de los jueces parecía girar en torno a la justificación kantiana de que la vida de una persona es un fin en sí misma, en contraste con que la vida individual no se concibe fuera de los lazos comunitarios desde una perspectiva indígena. Como resultado de esta confrontación, la justicia indígena fue considerada no adecuada para la protección de la vida individual como inherentemente valiosa. A través del concepto legal de “bien jurídico protegido”, la Corte produjo una distinción entre la vida que la comunidad pretendía preservar, en el contexto de la armonía relacional que conduce al *Sumak Kawsay*, y la vida como un derecho individual en el marco de la penalidad y el encarcelamiento. Así, la Corte indicó en su fallo: “Lo que los comuneros investidos de autoridad jurisdiccional indagan es el grado de afectación que la actuación de los involucrados provoca al colectivo comunitario. Esto se evidencia al evaluar el sentido y alcance de las sanciones adoptadas en la asamblea [de la Comunidad]”⁷³.

Luego, la Corte citó un pasaje de uno de los informes forenses: “[Para la comunidad indígena, a la vida] no se le da un valor en sí mismo con un ser personal o un ente individual sino en cuanto es partícipe de la familia (*ayllu*) o comunidad [...], y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y armonía con los que les rodean”⁷⁴.

La noción indígena de armonía comunitaria llevó a la Corte a la conclusión de que la justicia indígena no considera a la vida como un “derecho”. Es decir, desde la perspectiva de la Corte, la protección de los valores comunitarios no constituye protección de “bienes jurídicos” tutelables; al menos no

72 ÁVILA, R. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales, 2013, 198-199.

73 Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N. 113-14-SEP-CC, 30 de julio de 2014, 20.

74 *Ibid.*, 22.

desde el punto de vista de los derechos humanos. La Corte se preguntó cuál es el deber del Estado cuando se viola un derecho fundamental, y respondió que debido a que la Constitución y la Declaración Universal de Derechos Humanos determinan que todas las personas tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de sus propios derechos, las autoridades públicas están obligadas a establecer un sistema que proteja la vida al sancionar penalmente cualquier ataque en su contra: “se vuelve la activación de todos los medios y mecanismos nacionales e internacionales, para la protección efectiva [de la vida], incluyendo la obligación de todos los Estados de *perseguir* de modo efectivo toda conducta que atente contra este derecho y *conseguir la sanción a sus autores*, siempre con el fin de evitar la impunidad y prevenir y erradicar conductas contrarias al derecho a la vida”⁷⁵ (énfasis agregado).

Como indicamos cuando nos referimos al proceso constituyente en secciones anteriores, el reconocimiento de la justicia indígena estuvo implícitamente condicionado a la conservación del sistema legal estatal a través de la expresa mención de los marcos de derechos humanos como límite para la implementación de la justicia indígena. También consideramos los comentarios de algunos miembros de la asamblea indígena sobre la naturaleza no penal de las respuestas indígenas al conflicto comunitario. Las visiones andinas de justicia pueden, de hecho, desafiar a la penalización como la respuesta estatal preferida frente a los conflictos sociales violentos.

Así mismo, nuestro análisis sugirió que los mecanismos penales son fundamentales en el marco de los derechos humanos porque se han constituido como una respuesta *sine qua non* frente a la violación de derechos. También en el discurso de la Corte, la monopolización del poder punitivo del Estado constituye una dimensión crucial de la respuesta considerada adecuada a las violaciones de los derechos humanos. El uso frecuente de expresiones como “enjuiciar”, “poner en peligro”, “alcanzar sanciones” y “prevenir la impunidad” revela que la protección de los derechos humanos se articula, en gran medida, a través de la penalidad. Desde esa lógica, impartir justicia no se concibe sin determinar la responsabilidad penal, lo que, en consecuencia, excluye a cualquier respuesta legal alternativa.

El deber de enjuiciar y sancionar penalmente las violaciones de los derechos humanos se postuló en la sentencia como una prerrogativa exclusiva del Estado, lo que a su vez eclipsó el reconocimiento constitucional de la justicia indígena: “En última instancia, es el deber del Estado y sus instituciones, como prioridad, prevenir que los crímenes contra la vida queden en la impunidad, garantizando que la sanción correspondiente es responsabilidad de quien causa la muerte”⁷⁶. Por lo tanto, los procedimientos llevados a cabo por la autoridad indígena no se consideraron una respuesta adecuada al asesinato.

75 *Ibid.*

76 *Ibid.*

Dicho de otra manera, de acuerdo con el criterio de la Corte, solo el Estado a través de su aparato penal puede enjuiciar y castigar las violaciones a los derechos humanos: “Dado que la inviolabilidad de la vida es un derecho protegido por la Constitución, por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por los principios contenidos en el *ius cogens*, le corresponde al Estado garantizar este derecho en todas sus dimensiones y velar porque, ante cualquier amenaza o agravio, se juzgue y se sancione la conducta como tal”⁷⁷.

Como ya se ha indicado, en ningún momento la Corte “demonizó” a la justicia indígena. Más bien, le dio un tratamiento en los términos legales occidentales, posicionando al derecho individual a la vida como distinto, casi situado fuera de la vida comunitaria. Este derecho a la vida requiere una respuesta particular: la del aparato penal estatal. Afortunadamente, la Corte evitó representar a la justicia indígena como “bárbara” o “incivilizada”, lo cual ha sido común en algunas narrativas; pero al mismo tiempo, el procedimiento indígena se consideró insuficiente para abordar la violación de los derechos humanos como tal. Aunque a simple vista una perspectiva alternativa de la justicia se validó, las prácticas indígenas fueron excluidas de la esfera de la justicia “genuina”.

La Corte no profundizó en cuestiones como el punto hasta el cual la prisión es una respuesta legal efectiva, o no, a efectos de un verdadero proceso de rehabilitación social (asunto que sí fue abordado por los asambleístas constituyentes indígenas). Otros temas no discutidos incluyeron la reparación del derecho violado, la eficacia de los procedimientos indígenas en comparación con los juicios estatales que pueden tomar varios años; el hecho de que las partes ofendidas y toda la comunidad indígena habían expresado su satisfacción con la decisión de la autoridad indígena, etc.

En nuestra opinión, en el fondo la justicia indígena fue interpretada por la Corte Constitucional como un obstáculo para la eficacia del sistema legal estatal que “verdaderamente” protege los derechos humanos. Finalmente, la Corte no invalidó las decisiones de la comunidad indígena, pero tampoco aceptó que el proceso penal ordinario que le siguió constituyese un segundo juzgamiento por la misma causa. Todo esto, en relación con el artículo constitucional que establece explícitamente que las decisiones de justicia indígena son decisiones judiciales válidas: “Nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo caso y delito. Para ello, también deben tenerse en cuenta los casos regidos por el ordenamiento jurídico indígena (Constitución de la República del Ecuador, Art. 76, n. 7)”. Es decir, la Corte no solo consideró al ejercicio de las funciones jurisdiccionales indígenas como una justicia “inferior”, sino que, además, alejándose del propio mandato constitucional, la relegó como “inexistente”, al desconocer un proceso anterior.

77 *Ibid.*, 27.

Una conceptualización plurinacional e intercultural del Estado necesariamente abarcaría la justicia indígena. De lo contrario, nos enfrentamos a una interpretación reduccionista y fragmentada de la esfera de competencia de la autoridad indígena, según la cual la única justicia genuina en relación con los derechos humanos es la justicia estatal institucionalizada. En la sentencia que nos ocupa, la Corte Constitucional no determinó la existencia de una incompatibilidad entre el procedimiento comunitario indígena y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Este había sido el único límite establecido por la Constitución para la aplicación de la justicia indígena. No obstante, la Corte Constitucional insistió en la aplicación de la justicia ordinaria además del procedimiento indígena, revelando su postura de que no basta el proceso comunitario indígena (es inferior, insuficiente) para responder legalmente a la violación de un derecho humano.

Si el poder de enjuiciar, investigar y castigar los actos que constituyen un ataque contra la vida es una prerrogativa exclusiva del poder penal del Estado, entonces el reconocimiento constitucional de la justicia indígena no es integral. En otras palabras, el desplazamiento de la justicia indígena, al argumentar que no responde a la protección de los derechos humanos, obedece a una lectura monocultural del derecho y el Estado. Un Estado plurinacional debería integrar a la justicia indígena a través de sus instituciones. Así también, el campo doctrinario de los derechos humanos debe ser lo suficientemente amplio como para integrar a las prácticas jurisdiccionales indígenas. Por el contrario, si el pacto constituyente, que prometió abrazar la plurinacionalidad, no se materializa en el reconocimiento de las prácticas jurisdiccionales diversas como suficientes para proteger intereses jurídicos, nos enfrentaremos al rechazo de la voluntad constituyente original. Como resultado, a través de su interpretación fragmentada de los derechos y de cómo debería funcionar la protección legal en el marco de la plurinacionalidad, la Corte desconoce la fuente de su propia legitimidad, que es el poder constituyente.

CONCLUSIONES

A pesar de la aparición de un denominado “nuevo constitucionalismo” en América Latina, que se expande con la venia de los derechos humanos como telón de fondo, una brecha en la literatura que identificamos concierne a la escasez de discusión sobre las tensiones del discurso internacional de los derechos humanos como un discurso en torno al cual se articula en gran medida dicho constitucionalismo. Sin descartar el potencial emancipador de los derechos humanos, es necesario interrogar a los discursos que informan al nuevo constitucionalismo y que entran en tensión con las nuevas conquistas desde una visión plural de los constitucionalismos andinos.

En este sentido, nuestro análisis ha identificado continuidades entre los paradigmas legales liberales, incrustados en el discurso internacional de los derechos

humanos, y la práctica constitucional en Ecuador, en particular, la protección del derecho a la vida, que está relacionada con una reafirmación del poder coercitivo del Estado. Esta asociación, a su vez, obstaculizó la aplicación de la justicia indígena, lo que resultó en la negación de las demandas indígenas que se habían expresado en el reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad.

Durante la primera fase del proceso constituyente en Ecuador se hizo visible el deseo de los movimientos sociales de cambio, de participación democrática y de rompimiento con el pasado. Sin embargo, a medida que el proceso constituyente iba avanzando, las expectativas sociales iban quedando insatisfechas. Hemos revelado cómo un unitarismo jurídico profundamente arraigado “encarceló” al pluralismo jurídico a lo largo de las discusiones mantenidas en la Asamblea Constituyente. Este unitarismo, expresado en continuos llamamientos a la unidad nacional y jurisdiccional, exteriorizó una epistemología centrada en la individualidad y en una representación de la ley como un sistema monolítico “coherente”.

La inclusión de diversas voces durante el proceso constituyente se proyectó como un encuentro democrático; sin embargo, no pudimos identificar un giro descolonial profundo y real en el pacto constituyente, situación agudizada por una práctica jurisdiccional posterior fundada en una visión occidental de los derechos. Especialmente, no se realizó un reconocimiento explícito de la diversidad epistémica, lo que Quijano y otros críticos han planteado como condición previa para una democracia plural. Por el contrario, las colonialidades del pensamiento legal atraviesan a una Constitución que se ha presentado, en la retórica, como un punto de ruptura con la colonialidad.

En la Asamblea Constituyente ecuatoriana, los debates en los que intervinieron los representantes indígenas se orientaron principalmente a reclamar la plurinacionalidad y el reconocimiento de la jurisdicción indígena. El Estado plurinacional, desde la perspectiva de los pueblos indígenas, no es solo una ampliación del Estado monocultural liberal, sino que constituye una aspiración contrahegemónica que debería proporcionar el contexto y el espacio para integrar y abarcar diversas representaciones de justicia y sus fundamentos ontológicos y epistemológicos diversos.

Como se muestra en la sección 3, el encuentro entre los derechos humanos y la justicia indígena se hace eco del encuentro colonial entre las epistemologías occidentales y las cosmovisiones indígenas. Aunque durante el proceso constituyente no predominaron las representaciones de la justicia indígena como “bárbara”, sí fue evidente una continuidad colonial epistémica, específicamente a través de la reproducción constitucional de los derechos humanos, que desde el principio se establecieron como un límite fiscalizador para la jurisdicción indígena, *a priori* vista como “sospechosa”.

La prevalencia de un marco epistémico occidental también es evidente en la forma en que se están desarrollando los derechos humanos en el pensamiento

constitucional ecuatoriano, socavando el reclamo por la plurinacionalidad, aunque, ciertamente, tal reclamo no se cristalizó por completo en el texto constitucional. Si bien los derechos humanos se introdujeron como un límite desde el principio, es decir, la justicia indígena siempre se reconoció bajo el escrutinio de la mirada occidental, la ambivalencia de los discursos sobre los derechos humanos facilitó aún más su reinscripción como un instrumento al servicio del marco hegemónico.

Estas limitaciones podrían haberse superado mediante una interpretación intercultural en la práctica de la interpretación jurisdiccional, especialmente considerando que la Constitución no restringe la jurisdicción indígena a ciertos derechos o bienes jurídicos. Sin embargo, como se señaló en la primera sección, el reconocimiento formal a menudo da como resultado un control formalizado de modelos no hegemónicos. En este estudio de caso, no solo el monismo legal es evidente a nivel del texto legal; además, la Corte Constitucional de Ecuador, como máximo intérprete de la Constitución, refleja que “la ley nacional es el único orden normativo que puede llamarse ley porque difiere fundamentalmente de otros órdenes normativos”⁷⁸. La plurinacionalidad se abordó a través de conceptualizaciones positivistas de la ley y los derechos.

Si bien la Corte intentó desarrollar un enfoque plural, cayó en la trampa de legitimar una imagen monolítica de la justicia, que fue facilitada por la construcción constitucional de los derechos humanos de corte occidental como límites infranqueables y ojos vigilantes. Es cierto que el alto tribunal intentó crear espacios de diálogo en ciertas ocasiones, como cuando se ordenaron informes forenses antropológicos. Estos podían haber creado un puente entre el razonamiento judicial occidentalizado y la realidad vivida por la comunidad indígena. Sin embargo, para la Corte, los informes finalmente sirvieron para establecer una diferenciación implícitamente jerárquica entre los dos sistemas legales. Además, se utilizaron muchas categorías legales ortodoxas en los argumentos del tribunal, incluso cuando se intentaba incorporar la terminología del pluralismo jurídico. El efecto marginador de la ley estatal sobre la vida comunitaria y sus valores llevó a la Corte a pronunciar una sentencia restrictiva. Así, la interpretación del alto tribunal prácticamente ha cerrado las conversaciones sobre la plurinacionalidad como instrumento emancipatorio, porque en materia de derechos humanos la integración de la justicia indígena parece haberse excluido definitivamente.

A la luz de las perspectivas descoloniales, hemos demostrado que aún no se ha producido una ruptura descolonial profunda, ni en el texto constitucional, ni en las formas que está tomando la interpretación vinculante realizada por la alta corte. En otras palabras, no es posible aún hablar de un constitucionalismo transformador en sus raíces. En consecuencia, el reconocimiento de

78 THOMAS, M. S. *Legal Pluralism and Interlegality in Ecuador. The La Cocha Murder Case*. Amsterdam: CEDLA, 2009, 22.

las cosmologías andinas, la justicia ancestral y las prácticas indígenas se ha utilizado como justificación para reafirmar un discurso que, al nombrarlas, también las ha producido como inferiores.

En nuestra opinión, esta pluralidad jurídica “hueca” aniquila la plurinacionalidad. Aunque el sistema estatal monista fue interrogado a través de la institución del Estado plurinacional, la marginación histórica de las cosmovisiones indígenas no se ha superado por completo. Las subordinaciones epistémicas no resueltas al nivel de la propia Constitución se vieron agravadas por un discurso judicial –en el caso que se analiza– que parece ser sintomático de las agonías de un momento descolonial y que, en un futuro, puede encontrar un giro en la nueva jurisprudencia de la Corte.

REFERENCIAS

- ACKERMAN, B. *We the People*. Vol. 1, *Foundations*. Harvard University Press, 1991.
- ANDRADE, P. *El reino (de lo) imaginario: los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008*. En *Ecuador Debate*. 85, 2012, 35-47.
- ÁVILA, R. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala y Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- ÁVILA, R. *La (in)Justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales, 2013.
- BOURDIEU, P. *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. En *Hastings Law Journal*. 38, 805, 1987.
- CORREA, P. *Conferencia del economista Rafael Correa Delgado en la Universidad de Buenos Aires*. Diciembre, 2011. Disponible en: https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/031210_Conferencia-Magistral-dictada-por-el-Presidente-en-la-UBA.pdf
- DÁVALOS, P. *El Sumak Kawsay (Buen Vivir) y las cesuras del desarrollo*. En *América Latina en Movimiento*. Mayo, 2008. Disponible en: <https://www.alainet.org/es/active/23920>
- DE SOUSA SANTOS, B. *Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. En DE SOUSA SANTOS, B. y GRIJALVA, A. (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. La Paz: Abya-Yala, 2012, 13-50.
- DE SOUSA SANTOS, B. *Another Knowledge is Possible: Beyond Northern Epistemologies*. Londres y Nueva York: Verso, 2007.
- DOUZINAS, C. *The Paradoxes of Human Rights*. En *Constellations*. 20, 1, 2013, 51-67.
- DOUZINAS, C. *Human Rights and Empire. The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. Abingdon, Oxford y Nueva York: Routledge y Cavendish, 2007.

- DOUZINAS, C. *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*. Oxford: Hart, 2000.
- El Universo. *Justicia indígena se dicta sin control por falta de ley*. 23 de mayo de 2010. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/2010/05/23/1/1447/justicia-indigena-cuestionada-tema-derechos-humanos.html/>
- ESQUIROL, J. *Writing the Law of Latin America*. En *George Washington International Law Review*. 40, 611, 2009, 693-732.
- ESTERMANN, J. *Colonialidad, descolonización e interculturalidad. Apuntes desde la filosofía intercultural*. En *Polis. Revista Latinoamericana*. 13, 38, 2014, 347-368.
- ESTERMANN, J. *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito: Abya-Yala, 1998.
- GARCÍA VILLEGAS, M. *Law as Hope. Constitutions, Courts and Social Change in Latin America*. Febrero, 2004. Disponible en: <https://www.eurozine.com/law-as-hope/>
- GARCÍA VILLEGAS, M. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *Law and Society in Latin America: Toward the Consolidation of Critical Sociolegal Studies*. En *Beyond Law*. 9, 26, 2003, 11-57.
- GARGARELLA, R. *El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”*. En *Diario El País*. 20 de agosto de 2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html
- GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford (UK): Oxford University Press, 2013.
- GARLAND, D. *Foucault’s “Discipline and Punish”. An Exposition and Critique*. En *American Bar Foundation Research Journal*. 11, 4, 1983, 847-880.
- JOACHIM, J. *Shaping the Human Rights Agenda: The Case of Violence against Women*. En MEYER, M. y PRUGL, E. (eds.), *Gender Politics in Global Governance*. Oxford (MD): Rowman & Littlefield Lanham, 1999, 142-160.
- KAPUR, R. *Human Rights in the 21st Century: Taking a Walk on the Dark Side*. En *Sidney Law Review*. 28, 2006, 665-687.
- KAPUR, R. *The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the “Native” Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics*. En *Harv. Hum. Rts. J.* 15, 2002, 1.
- KLARE, K. *Critical Perspectives on Social and Economic Rights, Democracy and Separation of Powers*. En ALVIAR GARCÍA, H., KLARE K. y WILLIAMS, L. A. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*. Oxon y Nueva York: Routledge, 2015, 3-22.
- LAPORTA, F. *El ámbito de la Constitución*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 24, 2001, 459-484.
- LEMAITRE, J. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

- LÓPEZ HIDALGO, S. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018.
- LÓPEZ HIDALGO, S. y CORREA VÁZQUEZ, A. *Matrimonio igualitario en Ecuador: entre el activismo constitucional y la autorrestricción judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana*. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung. N.º 26, 2020, 315-338.
- MENDOZA, B. *Response to Julieta Lemaitre, Amy Lind, and Catherine Walsh*. En *Feminists@law*. Vol. 2, n.º 1, 2012. Disponible en: <https://journals.kent.ac.uk/index.php/feministsatlaw/article/view/45/120>
- MERRY, S. E. *Human Rights and Gender Violence. Translating International Law into Local Justice*. Chicago y Londres: University of Chicago Press, 2006.
- MERRY, S. E. *From Law and Colonialism to Law and Globalization*. En *Law & Social Inquiry*. 28, 2, 2003, 569-590.
- MERRY, S. E. *Legal Pluralism*. En *Law & Soc'y Rev.* 22, 5, 1988, 869.
- MOHANTY, C. T. *Under Western Eyes. Feminist Scholarship and Colonial Discourses*. En MOHANTY, C. T., RUSSO, A. y TORRES, L. (eds.), *Third World Women and the Politics of Feminism*. Bloomington e Indianapolis: Indiana University Press, 1991, 51-80.
- PAHUJA, S. *Decolonising International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- QUIJANO, A. En *III Congreso Latinoamericano y Caribeño de Ciencias Sociales*. 26 de agosto de 2015. Disponible en: <https://youtu.be/OxL5KwZGvdY>
- QUIJANO, A. *Colonialidad del poder y clasificación social*. En *Journal of World-Systems Research*. XI, 2, 2000, 342-386.
- QUINTERO LÓPEZ, R. *La Constitución de 2008. Un análisis político*. Quito: Abya-Yala, 2008.
- RADCLIFFE, S. A. *Development for a Postneoliberal Era? Sumak Kawsay, Living Well and the Limits to Decolonisation in Ecuador*. En *Geoforum*. 43, 2, 2012, 240-249.
- ROA ROA, J. *El rol de juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law. Research Paper No. 2020-11, 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3571507>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3571507>
- SÁNCHEZ GARCÍA, A. *The Happy Judicialization of Sexual Rights: Abortion and Same Sex Marriage in Mexico*. Canterbury: University of Kent, 2014.
- SIEDER, R. y MCNEISH, J. A. *Introduction*. En SIEDER, R. y MCNEISH, J. A. (eds.), *Gender Justice and Legal Pluralities: Latin American and African Perspectives*. Abingdon (UK): Routledge, 2013, 1-30.
- SPIVAK, G. C. *Can the Subaltern Speak?* En NELSON, C. y GROSSBERG, L. (eds.), *Marxism and the Interpretation of Culture*. United States: University of Illinois Press, 1988.

- TAPIA TAPIA, S. *Feminism and Penal Expansion: The Role of Rights-Based Criminal Law in Post-Neoliberal Ecuador*. En *Feminist Legal Studies*. 26, 3, 2018, 285-306.
- TAPIA TAPIA, S. *Sumak Kawsay, Coloniality and the Criminalisation of Violence against Women in Ecuador*. En *Feminist Theory*. 17, 2, 2016, 141-156.
- THOMAS, M. S. *Legal Pluralism and Interlegality in Ecuador. The La Cocha Murder Case*. Ámsterdam: CEDLA, 2009.
- TROWNSELL, T. A. *Robust Relationality. Lessons from the Ontology of Complete Interconnectedness for the Field of International Relations*. Washington DC: American University, 2013.
- UPRIMNY, R. *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*. En RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, 109-134.
- VINTIMILLA, J. *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actoras. Un estudio comparativo entre Ecuador y Perú*. En LANG, M. y KUCIA, A. (comps.), *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: UNIFEM, 2009, 73-80.
- WALSH, C. *Interculturalidad, Estado, sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: Abya-Yala, 2009.
- YASHAR, D. J. *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous Movements and the Postliberal Challenge*. Nueva York: Cambridge University Press, 2005.

NORMATIVA

- Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 012, 26 de diciembre de 2007.
- Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 013, 27 de diciembre de 2007.
- Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 033, 8 de abril de 2008.
- Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 036, 17 de abril de 2008.
- Ecuador. Asamblea Constituyente. Acta 063, 17 de junio de 2008.
- Ecuador. Constitución de la República de 2008. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

JURISPRUDENCIA

- Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N. 113-14-SEP-CC, 30 de julio de 2014