CRÍTICA Y DERECHO - 1

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Emancipación y transformación constitucional

Luis Fernando Ávila Linzán, editor

Emancipación y transformación constitucional

Serie Crítica y Derecho - Nº 1

Corte Constitucional para el período de transición

Emancipación y transformación constitucional

Luis Fernando Ávila Linzán, editor

Prólogo de
Julio César Trujillo Vásquez

Corte Constitucional

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Corte Constitucional
para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho
Constitucional (CEDEC).

Red por el Constitucionalismo
Democrático (RCD) Sede Ecuador

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición

Juan Montaña Pinto
Director del Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional (CEDEC)

Dunia Martínez Molina
Coordinadora de Publicaciones del Centro
de Estudios y Difusión del Derecho
Constitucional (CEDEC)

Luis Fernando Ávila Linzán
Editor

Corte Constitucional
Av. 12 de Octubre N16-114 y
Pasaje Nicolás Jiménez. 2º piso.
Telfs.: (593-2) 2565-177 / 2565-170
www.corteconstitucional.gob.ec

ISBN: 978-9978-92-997-1
Derechos de autor: 035565
Imprenta: RisperGraf C.A.

Quito, Ecuador, 2011
1ª edición: marzo de 2011

Índice

Presentación 7
Patricio Pazmiño Freire

Prólogo 9
Julio César Trujillo Vásquez

Ensayo introductorio
¿El derecho de la miseria o la miseria del derecho? 15
Luis Fernando Ávila Linzán y Alex Valle Franco

DIÁLOGO INTERDISCIPLINARIO Y CRÍTICA DEL DERECHO

Cultura y Derecho: el derecho humano a la cultura 65
Bartolomé Clavero

La teoría general del derecho frente a la antropología política 81
Óscar Correas

Derechos humanos y democracia en Habermas 101
Agustín Grijalva Jiménez

PLURALISMO E INTERCULTURALIDAD

El Derecho profano y otras maneras de realizar lo justo 129
Rosembert Ariza Santamaría

Constitucionalización de la movilidad humana y la(s) democracia(s) en clave intercultural 175
Luis Fernando Ávila Linzán

Ejercicio para la construcción de un sistema jurídico plurinacional 213
Isabela Figueroa

Constitucionalismo y pluralismo jurídico: balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho indígena en el Ecuador 243
Raúl Llasag

Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de derechos 273
Diego Zambrano Álvarez

Presentación

A dos años y un poco más de la promulgación de la Constitución vigente, es el momento de revisar algunos de sus ejes fundamentales, sobre los que opera el peso del cambio necesario y la transformación social desde la Constitución. Esta labor es imprescindible por dos razones. La primera porque resulta imperioso retomar el espíritu originario del poder constituyente con el fin de profundizar y radicalizar la materialización efectiva de los derechos constitucionales, cuya legitimidad, además, fue avalada por el pueblo ecuatoriano en un evento democrático sin precedentes en el Ecuador. Luego, la segunda que tiene que ver con la búsqueda de nuevas formas jurídico-políticas de entender los cambios propuestos por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, particularmente, en el Ecuador.

La Corte Constitucional cree ineludible dar viabilidad a estas razones en tanto considera tener una responsabilidad, más allá de las potestades constitucionales y legales, frente al proceso histórico de transformación social, lo cual la lleva a promover espacios de debate democrático desde la problemática del constitucionalismo latinoamericano. Por este motivo, pone a consideración del público, la serie "Crítica y Derecho", a través de su primer tomo denominado "Emancipación y transformación constitucional".

Pensamos que el instrumento para dar viabilidad a estas razones es la crítica propositiva, que se presenta en esta libro, no únicamente como la contraposición argumentada de ideas o la visibilidad de la gravedad de determinados problemas o situaciones que atañen a lo jurídico, sino

como la propuesta de nuevos espacios, por fuera del pensamiento tradicional, para la construcción de un pensamiento jurídico autónomo, léase original, creativo, propio, interdisciplinario, progresista, intercultural y comprometido con el cambio y la necesaria transformación social, en la América Latina del siglo XXI.

Un especial agradecimiento y reconocimiento a quienes gestaron esta serie y el primer libro de aquella, de manera muy particular, al *Centro de Estudios Constitucionales* de esta Corte.

Sin más, dejamos que esta serie y sus libros hablen por sí mismos y tejan un diálogo fructífero, permanente y, por sobre todo, decididamente crítico dentro de nuestras complejas realidades, y la necesaria e impostergable emancipación y transformación de nuestros pueblos.

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición

Prólogo

Julio César Trujillo Vásquez

Los jóvenes juristas que empiezan a entregarnos el fruto de sus estudios y reflexiones, nos invitan a debatir, en un elevado plano de racionalidad, sobre las cuestiones de las cuales se ocupa el Derecho y muy particularmente el Derecho Constitucional que, para bien del país, interesa actualmente, como nunca, a los ecuatorianos de todas las clases sociales y de los diversos sectores del pueblo. La Constitución ha devenido en la norma en la cual el hombre y la mujer, de arriba y de abajo, esperan que sus derechos estén reconocidos y eficazmente garantizados.

A estas preocupaciones e interés responde la serie que con el sugerente título de CRÍTICA y DERECHO y su primer libro "Emancipación y transformación constitucional" nos entrega, en esta ocasión, la Corte Constitucional, en el que colaboran autores ecuatorianos y extranjeros, con merecida nombradía unos y otros con prometedores ensayos, todos con competencia innegable y en temas que no solo son actuales sino que merecen ser discutidos con la solvencia y seriedad con las que lo hacen sus autores.

Ocuparse de la pluriculturalidad, interculturalidad y plurinacionalidad es tarea que merece aplauso y reconocimiento, pero además responde a la necesidad de desarrollar, en la legislación ordinaria y en la práctica diaria, la Constitución de la República del Ecuador. Esta necesidad que, entre nosotros es obligación constitucional, es también sentida en otros estados de latinoamérica y de no pocos de otros continentes, pues si hemos de creer a los especialistas en estos temas no llegan al 10% los Estados miembros de la Naciones Unidas que se caracterizan por la homogeneidad étnica.

Los estados multiétnicos, como el Ecuador, tienen el desafío de revisar a fondo la organización política y jurídica, además de reconocer su pluralidad cultural, social y económica y, en consecuencia, adecuar sus instituciones políticas. Así, por ejemplo, en el Ecuador no estará asegurada la validez constitucional del ordenamiento jurídico ni su eficacia mientras el pluralismo jurídico, en lo sustantivo y procesal, no se respete en la creación, aplicación y vigencia de los varios sistemas que, al margen del reconocimiento oficial, existen en el territorio patrio, ya como secuelas de los tres siglos que ocupara el imperio español estas tierras y dominara a nuestras gentes y ya también por la incontrolable influencia de las prácticas posmodernas en los Estados altamente industrializados, por no decir desarrollados.

Para afrontar este reto nos pueden ayudar mucho los ilustrados ensayos de *Bartolomé Clavero* que nos informa que la pluralidad cultural y consecuentemente jurídica no es novelería sin sustento científico y el agudo estudio de *Raúl Llasag* que une con encomiable esfuerzo el saber teórico y el conocimiento de primera fuente de la realidad del Derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, así como la todavía profunda brecha de este sistema jurídico con el estatal, a pesar de los principios y reglas de la Constitución.

Aunque nuestra Constitución no es precisamente generosa en la organización del Estado y del poder a tono con la declaración del art. 1 que reconoce al Ecuador como Estado plurinacional, hay suficientes fundamentos para reorganizarlos en armonía con esa declaración. Por ejemplo en la Función Legislativa los artículos 57.10, 57.17, entre otros, exigen reformas en la Ley Orgánica de esta Función, la conformación del Consejo Nacional de Planificación con representantes de las diversos pueblos y naciones, además de las varias regiones, provincias y cantones, genero y generaciones, mejoraría la imagen del Ecuador y, como parece decir el art. 279 de la Constitución, aseguraría que la planificación deje de ser el fracasado trabajo de iluminados tecnócratas que, por la lectura, presumen conocer lo que quieren y conviene a todos incluso a los grupos con culturas de las que apenas tienen noticia. Por supuesto, la ley de coordinación y cooperación en materia de justicia y solución de conflictos de los órganos de la Función Judicial y la autoridad indígena mejoraría, en parte al menos, el déficit de normas constitucionales en torno a la plurinacionalidad.

Las medidas para dar vida a la interculturalidad, lo mismo que la consulta previa, libre e informada en cuestión de recursos naturales no renovables y la cogestión en el manejo de los renovables dependen en buena parte de creatividad, decisión política y humildad para aceptar que la soberanía del Estado es erosionada desde fuera por las instituciones de la comunidad internacional y desde dentro por las naciones sin Estado con demandas que los más avanzados y progresistas científicos sociales (mujeres y varones) se arriesgan a sostener que no podrán ser atendidas si no con el reconocimiento de "soberanías compartidas". La consulta y participación de los artículos 395.3, 405, 398 y otros esperan un apropiado desarrollo en la legislación y en políticas públicas. En todo caso es bueno que de estos temas empiecen a ocuparse publicaciones como este libro magnífico.

La concepción del Derecho como creación del Estado soberano, expedido por legisladores investidos de poder para ello por la nación o por el pueblo, con normas escritas, aplicables a todos los seres humanos por igual y con valor universal y por funcionarios del Estado, me parece que es el muro infranqueable que impide aceptar el pluralismo jurídico que supone fuentes de normas obligatorias y formas de creación distintas a las originadas en funcionarios del Estado a quienes se atribuye la representación de la nación, según unos, y del pueblo según otros; el acceso a su conocimiento por medios que no son los específicos de las leyes escritas, el respaldo de su cumplimiento con medios que no son la violencia oficial, aplicadas por funcionarios no designados por el mismo Estado y otras propias tanto del pluralismo postcolonial como del moderno.

Con sus propias hipótesis, que no descartan la discrepancia puesto que no se aparta del todo de las categorías del Derecho romano germánico, *Óscar Correas* nos introduce, con una definición sociológica de Derecho, en el diálogo que puede ser fecundo y de valoración recíproca con la antropología y la sociología: son esclarecedores sus análisis de la costumbre y el Derecho, la distinción entre validez y eficacia, aplicación y la vigencia. Es de suma utilidad la búsqueda del origen de la soberanía del Estado como sucesor del rey soberano absoluto que necesitaba de ésta para imponer su voluntad a la "souzeranité" que creó una multitud de órdenes jurídicos de la sociedad estamental y corporativa y para limitar el poder religioso. Nos pone a la vista los conflictos no resueltos en países

que no admiten el pluralismo que, no obstante, tiene vigencia y eficacia, y nos proporciona elementos para comprender cómo coexiste el monismo jurídico con el Estado federal y tal vez entender cómo entre nosotros es posible el Estado unitario con una comunidad plurinacional. Desde otra perspectiva, las opiniones no arbitrarias ni sin fundamento de Diego *Zambrano Álvarez* ayudan a tomar conciencia de la complejidad del Derecho que se tiene que enfrentar con problemas que obligan a abandonar los conceptos heredados del siglo XIX, lo mismo hace con la Ciencia Política al problematizar los conceptos de democracia y de igualdad.

Son inquietantes los estudios de *Isabel Figueroa* y *Rosembert Ariza* Santamaría que con valentía que merece ser reconocida tratan de las dificultades que hay que afrontar para explicar el Derecho con las categorías y conceptos del derecho romano germánico que es el de nuestros Estados y traducirlo al Derecho propio de las naciones y pueblos indígenas y viceversa. Creo que hay que partir del hecho de que estamos ante culturas y sistema jurídicos diferentes que nos exigen construir conceptos nuevos que abarquen las distintas realidades que con ellos tratamos de aprehender, porque si nos movemos con el concepto construido a lo largo de los siglos XIX y primera mitad del XX, el diálogo es imposible. Y es que mientras para el sistema jurídico estatal el objeto del Derecho es la justicia, impartida mediante reglas escritas, expedidas y aplicadas por el Estado o por burócratas que se consideran sus órganos, para los indígenas el fin de las normas que rigen su vida es la armonía de los seres humanos entre sí y con la naturaleza de la que son y se sienten parte, creadas por la comunidad y aplicadas por ella misma o por autoridades que actúan ante la comunidad y con su directa participación y aprobación. Ante este hecho o damos al Derecho un nuevo significado o creamos un término que, por igual, sea aplicado a los dos sistemas, en lo que tienen de común que es hacer posible la convivencia social, o el diálogo intercultural, en el ámbito del Derecho tradicional es imposible.

La interculturalidad es consecuencia no solo de la coexistencia de comunidades que se han constituido a través del tiempo en el mismo territorio sino que es al juicio de *Luis Ávila Linzán* en su trabajo *Constitucionalización de la movilidad humana y la(s) democracia(s) en clave intercultural*, exigencia ineludible de la marcha de la historia que alimenta las espe-

ranzas de todas las personas que, por innumerables razones, se han afincado en otros países diferentes del que les vio nacer y en donde reclaman los mismos derechos fundamentales que los nativos en su condición de seres humanos y no por el lugar de su nacimiento ni de sus ascendientes. Para *Ávila Linzán* la ciudadanía es una categoría excluyente en sus inicios que pasa por una permanente extensión para incluir a grupos humanos antes excluidos y concluiría con la ciudadanía universal que abarcaría, en pie de igualdad, todas las múltiples culturas en diálogo y comunicación pacíficos ¿No sería necesario y/o posible un nuevo concepto que no se resienta de la carga excluyente heredada desde Grecia?

Para proveer de las ideas y potenciar la decisiones políticas es inmejorable la colaboración de la sociología, y los estudios del pensamiento de autoridades de talla internacional, como Habermas, a la manera que hace *Agustín Grijalva*. Sin el auxilio de estas ramas del saber seguiremos con leyes bien intencionadas y hasta jurídicamente válidas pero no siempre eficaces para resolver los agudos problemas de todo orden que nos agobian. Saludo con mucha esperanza esta aproximación del Derecho que nos obliga a abandonar las discusiones bizantinas que no conocen, y si conocen, no se atreven a discrepar con razones y argumentos a autores de reconocida autoridad internacional como el filósofo tenido por el "más brillante representante de la nueva generación de la Escuela de Francfort". De estos aportes no podemos sino esperar que comencemos a tomar en cuenta la eficacia como una nueva dimensión de las ciencias jurídicas, como es el Derecho penal, el social,económico y todas las demás ramas, en las que hasta ahora no podemos declararnos satisfechos.

De estos trabajos, que deberían ser más frecuentes y abarcar otros tópicos saldremos ganando todos, incluso los jueces, tribunales y cortes, sin olvidar que la tarea apenas empieza, porque desmontar la estructura de lo jurídico pensado y desarrollado desde la perspectiva androcéntrica, antropocéntrica y euro-céntrica nos llevará mucho tiempo, pero empieza a erosionarse mediante la emergencia de instituciones que caminan hacia la consolidación del Estado constitucional de derechos y justicia.

Ensayo introductorio
¿El derecho de la miseria o la miseria del derecho?

Luis Fernando Ávila Linzán y Alex Valle Franco*

La crítica no arranca de las cadenas las flores ilusorias para que el hombre soporte las sombrías y desnudas cadenas, sino para que se desembarace de ellas y broten flores vivas.[1]

Resumen
En este ensayo, los autores buscan trazar las líneas que permitan el giro epistémico y el salto dialéctico del pensamiento progresista latinoamericano, con el fin de consagrar una fuga teórica comprometida con la lucha social e histórica de los pueblos por su emancipación y la transformación social.

Palabras clave
Crítica, derecho, epistemología, filosofía del derecho, praxis, hegemonía, dominación, nuevo constitucionalismo latinoamericano, marxismo, progresismo, contrahegemonía, transformación social, emancipación social.

* Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar-Q. y del Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN, coordinador de la Relatoría de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición; Secretario Ejecutivo de la Red por el Constitucionalismo Democrático RCD; Alex Valle, profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito y del Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN.

1 Karl Marx, "En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel", en José María Martinelli (comp.), *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, p. 491.

I. Introducción

A finales del siglo XIX, existía una enorme efervescencia política en toda Europa a partir de la constatación de los grandes conflictos sociales que producía la industrialización. Paradójicamente, al mismo tiempo que se politizaba la sociedad, el ánimo respecto de las grandes metas civilizatorias y de bienestar disminuía. Lo cual pudo notarse, particularmente, en las expresiones literarias y artísticas. Había cierto pesimismo respecto del bienestar a pesar de que se pensaba que el progreso era necesario a cualquier costa, una especie de piedra de *Sísifo* de eterno retorno. Muestra de esto son el impresionismo en el arte y la desconfianza literaria comunicada, tempranamente, por *Dickens, Kafka* y *Dostoievski*. Detrás de estas expresiones, estaba una denuncia y oposición a la realidad, que, tal como veremos, es uno de los niveles importantes, pero no el único, de lo que nos interesa posicionar como *crítica* o, más propiamente, *pensamiento jurídico crítico*.

Ya habían entrado en desuso, aún cuando puede encontrarse profundas huellas en el pensamiento de aquella época –inclusive, en al actualidad–, el pragmatismo de *Darwin*, *Descartes*, *Spencer, Hobbes, Maquiavelo* y *Malthus* y el idealismo de *Kant*, *Rousseau, Constant, Hegel* y *De Vitoria*. Era el tiempo de una *praxis* que terminara con el pesimismo respecto de las grandes utopías, la cual tomó formas elaboradas y complejas que buscaban explicar la realidad de su tiempo de la mano de *Smith*, *Ricardo*, *Quesnay* desde la economía política –estructura renovada de la política económica–; o, de la impronta de *Bakunin*, *Luxemburgo*, *La Salle*, *Lenin*, entre muchos otros , a partir de la necesaria renovación de la acción política. Dentro de este tiempo se encuentran *Marx* y *Proudhon*. Se encuentran en el fragor de la batalla de las nuevas revoluciones postliberales, como se encuentran dos colegas de armas desconocidos, pero convencidos de que los une cierta complicidad. Ambos habían escuchado el uno del otro e, incluso, habían mantenido algún vínculo epistolar. Por supuesto, *Marx* era un ser que brillaba con luz propia, era –en realidad, es– la referencia del pensamiento crítico por excelencia y *Proudhon* buscaba iluminar con su pensamiento y su acción revolucionaria la necesaria continuidad de los hechos que llevarían a la *Comuna de París* (1871) en medio del devenir de las diferentes refundaciones de la república fracasa-

da de 1789, hechos históricos comentados por *Marx* como la muestra fehaciente de que la revolución y la transformación de la realidad social, no sólo que eran posibles, sino necesarias. En definitiva, muchos aspectos los hermanaban.

Con estos antecedentes, *Proudhon* escribe con mucho afán y con la conciencia de haber construido un instrumento profundamente emancipador a favor del proletariado, y de haber interpretado fielmente el camino revolucionario propuesto por *Marx*, una obra poco comentada, que nunca logró superar su obra políticamente más influyente *¿Qué es la propiedad?* (1840) –en parte por lo que vamos a comentar en lo que sigue– la cual había sido acogida por parte de *Marx* y otros pensadores alemanes como *Bakunin y Engels*. Inclusive había sido fundamental como documento ideológico para la organización de la *Primera Internacional Socialista* (1864). Nos referimos a *Filosofía de la Miseria* publicada en 1844. Ingenuamente, *Proudhon* espera que *Marx* difunda esta obra en Alemania fijando su perspectiva de aspiración de universalidad dentro del pensamiento socialista de la crítica y la revolución obrera. Decimos, "ingenuamente", puesto que, ya para aquella época era notoria la polémica –que los llevaría finalmente a la ruptura– entre los alcances de los instrumentos de acción política, los horizontes de la lucha obrera y los objetivos de la revolución socialista, entre los alemanes marxistas, hegelianos de izquierda y anarquistas frente a los narcosindicalistas ingleses liderados por *Owen* y los que luego fueron llamados –en conjunto– por el socialismo real, a la larga el ortodoxo, "socialistas utópicos" con *Proudhon* a la cabeza.

De esta manera, *Marx*, en vez de lo esperado, contesta con otro manuscrito: *Miseria de la Filosofía* en el cual, palabras más palabras menos, más allá de los desacuerdos políticos y de la acusación marxiana del socialismo utópico francés del siglo XIX resumidos en la denuncia del revisionismo y la alienación en el apelativo de *pequeñoburgués*, aparecen, a nuestro criterio los elementos iniciales para la construcción de un pensamiento crítico, a partir de la diferencia entre el horizonte posible que estaría representado por la *Filosofía de la Miseria* de *Proudhon*; y, el horizonte necesario propuesto por Marx en su *Miseria de la Filosofía*.

Por supuesto, este acercamiento teórico, que es mucho más amplio, lo hemos trasladado al derecho, lo cual explica el título de este ensayo intro-

ductorio y el contenido de este libro en el contexto de los cambios constitucionales que experimenta el nuevo constitucionalismo latinoamericano,[2] denominación que preferimos, en lugar de neoconstitucionalismo, pues permite un uso político e instrumental para la lucha de los pueblos y la emancipación y transformación social. Las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela y la corriente constitucional progresista, dialéctica e histórica en toda nuestra América nos lleva a preguntarnos hoy: ¿El derecho de la miseria o la miseria del derecho? Que pudiera ser planteado de variadas maneras, de acuerdo al lugar desde donde lo miremos, con resultados idénticos, "¿derecho para la salvación de los pobres o pobreza del ideal salvador del derecho?", "¿derecho para exculpar la conciencia de los ricos y poderosos o motivo de los millares de pobres para construir una nueva conciencia de tomarse el poder para sí mismos? "¿crítica como contraposición al orden imperante o sustitución del orden imperante instrumentando la crítica en pos del poder popular?"

Partimos del supuesto de que la crítica es necesaria, lo cual excluye como parte de nuestra militancia en pos de una nueva sociedad, más democrática y democratizadora, el inmovilismo del derecho liberal tradicional y sus versiones políticas tecnocráticas que esconden el imperialismo de los países centrales, bajo formas tales como gobernabilidad, derecho alternativo, métodos alternativos de resolución de conflicto y el ciego antiformalismo jurídico –no necesariamente, el *positivismo jurídico*, actualmente asociado como sinónimo de *formalismo jurídico*.[3]

No obstante, la crítica necesaria es un sentido superior debajo del cual existen otros sentidos de planteamiento teórico. Así, tenemos que un primer sentido de la cuestión lleva a entender a la crítica como oposición y denuncia o militancia y acción; o puede ser planteada, también, en términos más cercanos al sentido común, puesto que desde muchos espacios, la palabra "crítica" guarda relación con varios sentidos. Se habla así, por ejemplo, de "técnicas críticas para la administración empresarial", "el país vive una situación crítica", o en muchos espacios, a mucha gente cierra el

2 Roberto Viciano y Rubén Martínez, *El Nuevo Constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pp. 9-38.

3 Cfr., Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una Teoría Postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra-Temis, 2009.

debate que le es molesto con la frase "es que yo soy crítico…". Este sentido discursivo y común de la crítica no es sino una oposición ciega y subjetiva, no interiorizada. Es naturalmente perceptiva –por lo cual es fácil defenderla y comunicarla– y, por tanto, está sujeta a la manipulación y a la perversión política. Esta visión para los fines de la reflexión teórica, particularmente jurídica, nos sirve únicamente para diagnosticar pero sin prescribir las causas y los problemas estructurales. La mayoría de los reclamos de los *ghettos* del poder afectados por las reformas progresistas se mueven con facilidad en este océano de imprecisiones, invocando frecuentemente la "técnica jurídica" –las normas positivas– y la verdadera práctica jurídica –experiencia del ritual procesal y la cátedra de lectura de normas jurídicas–. Abogadas y abogados, litigantes o profesores, forman un ejército alienado de la realidad social, trabajando, sin saberlo, para el mantenimiento del *statu quo* de quienes detentan el poder real y la dominación.[4] La crítica así concebida es totalmente inútil y se constituye en una barrera invisible para la transformación social, y en un círculo cerrado para la construcción teórica de un nuevo derecho, diríamos concretamente de un nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Otro sentido de la crítica es, en parte, una oposición al orden establecido, un "estar fuera de", lo cual ya es un enclave interesante, puesto que esto da viabilidad a cambios y transformaciones importantes. Es un poner en sospecha las categorías del pensamiento tradicional[5] y al mismo tiempo es una oposición radical y un ejercicio de contestación social: el horizonte posible de la crítica, tal como lo podemos notar en el trabajo de *Alejandro Nieto* y en el más radical esfuerzo de *Manuel Atienza y otros*,[6] y algunos de los esfuerzos de instrumentación del derecho de juristas latinoamericanos, los cuales retomaremos más adelante. No obstante, esta *praxis* no sustituye el orden así cuestionado –aunque advierte que es necesario abrir el círculo–, sino que, lejos de superarlo, lo reproduce y perenniza (el horizonte posible). Mientras que si estamos conscientes de que esta crítica posible es una forma temporal que nos debe llevar a plantear nuevos espacios y la bús-

4 Alejandro Nieto, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 30.
5 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, Madrid, Paidós, 1988, p. 41.
6 Cfr., Manuel Atienza, en Manuel Atienza, Luis Salazar Carrión y Arnaldo Córdova, *¿Por qué Leer a Marx hoy?*, México, Fontanamara, 2009.

queda de un nuevo orden social, entonces, se vuelve una necesidad, vale decir, una tarea ineludible de nuestras generaciones, en el caso, de quienes estamos tratando de repensar el derecho –no sólo las/os abogadas/os–, una militancia en el entorno de la lucha histórica de los pueblos por su emancipación. Entonces, "el horizonte posible" deviene en "necesario".

Necesario en tanto mude en una "fuga teórica fundada", en palabras de *Althusser* que incumba a la filosofía del derecho, pero no sólo a ella, sino, incluso, a otros enfoques por fuera de aquella y del mismo derecho, y comprometida con su objeto de estudio:

> No es mediante la repetición, sino mediante la no-repetición de este espacio como se logra escapar de este círculo: únicamente mediante la fuga teórica fundada, que precisamente no sea una *fuga* consagrada siempre a aquello de lo que huye, sino la fundación radical de un nuevo espacio, de una nueva problemática, que permita plantear el *problema real*, desconocido en la estructura de reconocimiento, de su posición ideológica. [7]

Más necesario es el deber de dirigir esta crítica en una dirección teórica de compromiso con su *praxis* como lo recuerda *Marx* en la tesis 11 de sus *Tesis sobre Feurbach*: "Hasta ahora los filósofos [diríamos nosotros, las/os juristas y cientistas sociales en permanente diálogo] han interpretado el mundo, a partir de ahora, deberían ayudar a cambiarlo";[8] que debe materializarse en el compromiso ineludible con las luchas sociales contra el (neo) colonialismo, la acumulación del capital y el patriarcado en América Latina. Ante esto, la construcción de un pensamiento emancipador desde el Sur, como lo propone *Santos*,[9] sobre la base de repensar (nos) Latinoamérica –en un sentido más internacionalista, en los países periféricos y semiperiféricos– y nuestro rol desencajado en la historia de "tercermundistas", "populistas", "subdesarrollados", "autoritarios" o cualquier eufemismo que esconda los afanes civilizatorios y de conquista de los paí-

7 Louis Althusser, "De El Capital a la Filosofía de Marx", en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2006, p. 60.

8 Manuel Atienza, en Manuel Atienza, Luis Salazar Carrión y Arnaldo Córdova, *¿Por qué Leer a Marx hoy?*, p. 15.

9 Cfr., Boaventura De Sousa Santos, *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, 2003.

ses centrales, se hace indispensable. *Mario Benedetti*, una de las mentes más lúcidas de la América insurgente, pone algo de este empeño en la frase que citamos a continuación:

> Hoy día, cuando se quiere descalificar a alguien […] Decir de un intelectual o de un sector social o de un organismo público o de un partido político, que es *tercermundista*, es compendiar en una sola palabra todo un cortejo de descréditos: es decirle que es ineficaz, desordenado, caótico, perezoso, etc. Si el calificativo es adjudicado a un hecho político o a un gobierno, querrá decir que es despótico, arbitrario, represivo, de indiscriminada violencia, inclinado a la tortura […] Sin embargo, no estoy convencido de que el Tercer Mundo sea inexorablemente el inventor de tales achaques. Habría que decir, por el contrario, que mucho de nuestro *tercermundismo* es de cuño primermundista.[10]

Consecuentemente, este ensayo introductorio lo hemos dividido en tres partes, con un énfasis en el constitucionalismo y el pensamiento que guarda relación con él: (1) *el criticismo jurídico latinoamericano*, que busca mostrar un mapa o estado de la cuestión en nuestra América; (2) *el horizonte posible de la crítica del derecho*, la crítica combativa-denunciativa que busca establecer la viabilidad del marxismo y el pensamiento progresista para el análisis del derecho; y, (3) *el horizonte necesario de la crítica del derecho*, la crítica creativa-transformadora, que quiere resaltar algunos aspectos que permitirían el paso de la crítica posible a la necesaria en tres niveles: (a) *elección epistemológica* (¿por qué?); (b) *instrumentación política* (¿para qué?); y, (c) *construcción histórico-autónoma* (¿qué?).

10 Mario Benedetti, "La América por descubrir", en *Nuestra América y el V Centenario*, Quito, Editorial El Duende, Abya-Yala-CONAIE, 1990, p. 21.

II. El criticismo jurídico indolente: mascarada de neutralidad y apoliticidad

Sin necesidad de agotar un tema que trascendería los fines de este ensayo, queremos mostrar las corrientes generales de influencia jurídico-constitucional acrítica en América Latina. En consecuencia, son dos las corrientes que influyen en la formación del derecho moderno europeo continental, el cual, en mayor o menor medida, es acogido, asimilado, y copiado sin más en Latinoamérica.

La primera corriente es la que proviene de la Europa y la Alemania de finales del siglo XIX e inicio del siglo XX, donde, ciertamente, el derecho era el lugar de encuentro predilecto de los intereses de la clase dominante, puesto que era connatural a la racionalización necesaria del ideal de Estado nación sobre la base de las ideas de *Hegel* y *Feurbach*. El *leif motif* de este proceso de asimilación fue el iuspublicismo alemán que, a decir de *Peces-Barba*, creó las ficciones de la dicotomía derecho público-derecho privado y de la personalidad del Estado (Estado-persona),[11] lo cual, en realidad, añadiríamos nosotros, escondía bajo el ropaje de una estructura supuestamente racional y neutra, los intereses de clase. Esta corriente llega a Latinoamérica a través de la lectura española que se hace en la Constitución de 1978, de los modelos alemán e italiano de finales de los cuarenta, presentado en nuestros países como la reforma constitucional del retorno a la democracia en gran parte de la región durante los ochenta. Lo anterior era el modelo presidencialista de influencia norteamericana, la Constitución como acuerdo político cambiante de cuño francés.

Esto tuvo consecuencias concretas en el desarrollo contemporáneo del derecho constitucional latinoamericano en dos niveles. En un primer nivel universal, a partir de este escenario, se mantuvo el dogma sobre el hecho que el estatuto de derechos con pretensión universal opera respecto de las relaciones entre particulares y el Estado, dejando las relaciones entre particulares para el derecho privado. En un nivel local y regional, permitió la emergencia de un derecho positivo, desconectado de aquel

11 Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, p. 622.

estatuto; y, por tanto sometido a la lógica de la necesidad política y la coyuntura de los líderes de turno. Una especie de matriz autoritaria disfrazada de derecho formal y sin aplicación material.

La segunda corriente viene de la mano del derecho liberal de origen francés y que encuadró perfectamente con el orden socio-jurídico post colonial, de la mano del pensamiento de *Montesquieu* y *Beccaria,* y los códigos civil y penal napoleónicos a través de sus autores, *Portalis*, *Tronchet* y *Bigot de Préameneu*, y sus interpretaciones españolas y locales, particularmente influyentes, las versiones de *Andrés Bello* y *Vélez Sarfield*; y, el influjo del presidencialismo como forma de gobierno de origen norteamericano. Aquí se combinan dos tradiciones importantes, el origen exclusivamente parlamentario de las normas jurídicas vinculantes, y el espacio ejecutivo como lugar de legitimación por excelencia de las expresiones del poder.

Resulta de esta corriente, en lo jurídico, el *legalismo*, es decir, la preeminencia de la ley por sobre otras normas, pues se entiende que surge desde el lugar más amplio de la representación democrática; y, el *formalismo jurídico*, vale decir el culto a las normas positivas que perpetúan los intereses de las clases dominantes desde y fuera del Estado. Esta corriente engranó perfectamente con la cultura escritural de origen castellano y la práctica judicial no profesionalizada en todos los niveles que era común en toda la Región. Curiosamente, en Ecuador, hasta inicios de los noventa el sistema de justicia funcionaba casi como en el Reino de Quito del siglo XVII.[12] *Kelsen* y su instrumentación mecanicista formal –dogmatismo y formalismo– en favor de la dominación en América Latina fue el eje ideológico cohesionador que cerró el debate en las normas positivas. Se tomó sólo aquello que cuadrara con la cultura jurídica, a la larga los intereses de las clases dominantes,[13] y nunca se estudió sistemáticamente su obra jurídico-política, hecho que es reivindicado por *Óscar Correas* en su *El Otro Kelsen*.[14] A partir de este deformado *Kelsen*, la cultura jurídica le dio su propio sig-

12 Cfr., John Phelan, *El Reino de Quito en el Siglo XVII. La política burocrática en el imperio español*, Quito, Banco Central, 1995.

13 Cfr., Diego López Medina, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

14 Cfr., Óscar Correas, "El Otro Kelsen", en Óscar Correas, comp., *El Otro Kelsen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

nificado al carácter científico del derecho, haciendo indiscutibles las normas jurídicas con *pedigree* democrático que descansaban en un procedimiento positivo de validez y legitimidad política de la autoridad política y en un ordenamiento jerarquizado. En lo político, esta corriente redujo el espacio para la acción política en el Estado y el poder Ejecutivo, por lo cual, las estrategias políticas en la región buscan la cooptación y control de sus instituciones y no la construcción de organizaciones políticas autónomas.

Común en ambas corrientes es la separación radical entre política y derecho, pues se entiende lo jurídico como un remedio para los excesos de la política, donde el derecho funciona únicamente como una limitación del poder y la política se limita a un procedimiento formal de elecciones y representación sin ir más allá.[15] Lo jurídico no representa una categoría de debate al interior o por fuera de él ni el ejercicio de la democracia desde la dialéctica social como lo propone *Lefort* en un espacio más amplio de legitimación social: lo político.[16] Aparentemente, el derecho neutro y racional (formal), y desacralizado completamente de toda valoración ética, religiosa, en otras palabras, no ideológico, es el centro del *formalismo jurídico* que se defiende a partir de una sesgada asimilación del modelo *kelseniano,* en realidad un sistema autorreferente y autopoyético (se reproduce a sí mismo) *lhumaniano* que no admite intromisión de otros sistemas y donde el ser humano está fuera.[17]

Neutralidad y apoliticidad del derecho que *Ferrajoli* llamaría paleopositivismo[18] y los juristas alemanes del derecho vivo lo denunciarían como jurisprudencia conceptualista o mecanicista,[19] lo hemos dividido en dos períodos, división tan arbitraria como cualquier clasificación, pero necesaria para tener una idea general de esta fenomenología. El primer período que va desde la construcción del derecho indiano y castellano a partir del *Fuero*

15 Alain Touraine, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Editorial Ediciones de Hoy S. A, 1994, pp. 81-115.

16 Claude Lefort, *La Incertidumbre Democrática: ensayos sobre lo político*, Madrid, Embajada de Francia en España y Editorial Anthropos, 2004, p. 39.

17 Cfr., Niklas Lhumann, *Sistemas Sociales*, Barcelona, Antropós, 1984.

18 Cfr., Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

19 Cfr., Luis Fernando Ávila Linzán, *Jurisprudencia Obligatoria: Prontuario de Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

Juzgo y las *Partidas,* y la normativa del *Real Consejo de Indias,* hasta la primera mitad del siglo XX, que se caracteriza por el estudio y la producción de grandes tratados y compilaciones de normativa, especialmente las codificaciones, respecto del derecho penal, civil y de territorio y estudios de filosofía e historia del derecho. Se lee en América Latina las obras políticas de la ilustración y de los constitucionalistas norteamericanos, y algunas obras clásicas que explican los códigos penal y civil principalmente, y varios libros de filosofía del derecho iusnaturalista o historicista de Francia y Alemania. Particularmente, se leía *Constant, Rosseau, Montesquieu, Hobbes, Maquiavelo, Locke,* y *Becaria; Alessandri, Bodánovic y Somarriva, Bello y Vélez Sarfield*. Las tres primeras décadas de la segunda mitad del siglo XX, en nuestro esquema el segundo período, fue la oportunidad para la reacción positivista y el descrédito del idealismo filosófico de la mano de *Bobbio, Carrara, Kelsen, Marx, Weber, Comte, Durkheim*. Los autores por excelencia en América Latina fueron los procesalistas italianos, alemanes, españoles y uruguayos. Destacamos a *Couture, Guasp, Chiovenda, Carnelutti* y *Calamandrei*, y los grandes tratadistas herederos de la dinastía *Alessandri* y *Jiménez de Asúa*, que aún son comunes en los ensayos jurídicos, alegatos y sentencias.

De esta tradición, en Ecuador, igualmente y a riesgo de nuevas omisiones, menciono a *Hernán Coello García* a *Víctor Manuel Peñaherrera, Isaac Lovato* y *Pedro Fermín Cevallos* en el primer período, y en el segundo, tenemos a *Juan Larrea Holguín, Jorge Zavala Baquerizo, Julio Tobar Donoso, Rodrigo Borja, Guillermo Bossano, Eduardo Carrión Eguiguren, Alejandro Ponce Martínez, Ramiro Borja Borja, Hernán Salgado* y un jurista y político atemporal y promotor de toda la vida del constitucionalismo social, *Julio César Trujillo*.

Ambos períodos, sin embargo, permitieron la emergencia también de tratados que tenían un signo distinto y que abrían el camino para un derecho renovado, nos referimos, con las omisiones ineludibles, a *Eduardo García Máynez, Héctor Fix Zamudio* en México y *Germán Bidart Campos, Raúl Eugenio Zaffaroni, Néstor Pedro Sagués* y *Santiago Nino* en Argentina; y, *Domingo Belaunde* y *Samuel Abad* en Perú. En Ecuador, aparecen algunos constitucionalistas que realizan interesantes desarrollos desde el positivismo y el constitucionalismo liberal y que influyeron en la elaboración de la Constitución de 1998, tales como *Luis Fernando Torres, Rafael*

Oyarte, Hernán Pérez Loose, Ricardo Vaca, Jorge Zavala Egas y Alberto Wray. Estos dos últimos, significaron en los noventa, una ruptura teórica importante del derecho tradicional.

No obstante del insuficiente e incompleto listado de tratadistas, la realidad de América Latina ha sido la vigencia de los códigos y las leyes como material de estudio y reflexión que van de la mano de la cultura jurídica, los problemas estructurales de nuestras sociedades, y la degradación del sistema educativo público que se hizo extremo en la década de los ochenta y noventa. Entre otras cosas, debido a la aplicación de políticas neoliberales, el desmantelamiento corporativo del Estado y el abandono de su dirección a movimientos y partidos de una izquierda que sin recursos ni bases sociales consolidadas ni dirigencia política e ideológica, en definitiva sin poder real ni viabilidad política, hicieron del derecho un simple acervo de prácticas burocráticas y destrezas documentológicas. No entendieron que el llamado de *Gramcsi* a la *filosofía de la praxis*,[20] y el de *Althusser* de tomarse los aparatos de reproducción ideológica,[21] suponía un camino de doble vía. No sería suficiente la acción política comprometida de los intelectuales, sino que, además, debería ser indispensable, una reflexión autónoma de aquellos para iluminar la acción política. *Horkheimer* hace un llamado a la vinculación necesaria entre la lucha social y la construcción del pensamiento.[22]

En todo caso, es muy común ver a políticos y activistas de pensamiento progresista, o abogadas/os que dicen ser socialistas realizar una acción política acorde a su ideología, pero cuando hablan de derecho o tienen que encontrarse en los aposentos de lo jurídico, suelen ser mordaces defensoras/es del *Código Civil* y el *Código Penal*, y les suena herético y como un atentado a las libertades, cuando se dice que este derecho está hecho para proteger el derecho a la propiedad individual y la moral pública impuesta de las clases dominantes. Lo que sucede, de acuerdo a un análi-

20 Cfr., Antonio Gramsci, *Introducción a la Filosofía de la Praxis*, Barcelona, Editorial Península, 1972.

21 Cfr., Louis Althuser, Étienne Balibar, "Filosofía Arma de la Revolución", en Louis Althuser y Étienne Balibar, *Para Leer del Capital*, México, Siglo XXI Editores, 2006; y, Louis Althusser, "Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado", en Slavoj Zizek, comp., *Ideología. Un mapa de la discusión,* México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

22 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, p. 51.

sis *bourdeano*, es que el campo jurídico está controlado por actores que definen las reglas de acceso y ejercicio de las potestades, privilegios y el acceso a los recursos reales o simbólicos, por lo cual no importan los fines y contenidos de las decisiones del poder siempre que se mantenga el orden dentro de este campo. Se entiende de esta manera la agresiva oposición en el Ecuador actual de los colegios de abogados cuando se les quita el monopolio de acreditar el ejercicio profesional, por poner un ejemplo.

Vive América Latina lo jurídico como una suerte de alienación social que sigue la tradición del liberalismo primitivo-hobbesiano que cree ingenuamente que en el poder ordenador de las normas jurídicas, lo cual produce una sensación optimista de lo que las reformas jurídicas pueden hacer por transformar la realidad. Se acentúa así la imposibilidad real desde la izquierda de luchar en otros frentes que no sea la institucionalidad y las normas. Pareciera que las normas jurídicas tuvieran propia entidad y pudieran ellas mismas alterar la realidad, con lo que se produciría, si tomamos como base el pensamiento de *Marx*, una especie de fetichismo jurídico que, en verdad, esconde las relaciones cosificadas (reificadas)[23] en tanto problemas de fondo que afectan histórica y estructuralmente a nuestras sociedades.[24] Esto produciría un estado particular de conciencia social que nos hace sentir "fuera de", en otras palabras, alienados. La propia naturaleza del derecho hegemónico y, particularmente, en sus normas, las cuales en un orden liberal, de manera análoga como advirtió *Marx* respecto de la realización del trabajo, anulan al ser humano y su posibilidad de emanciparse.[25]

Estamos convencidos que el derecho debe retornar a su profunda manifestación material: la realidad social. *Alejandro Nieto* acuerda que esta realidad social, que está en la base misma del poder y el derecho, en el entendido de este autor, "razón jurídica recta", debe estar alerta de lo que el poder es capaz de hacer para instrumentarla y desviarla.[26] Creemos, sin

23 Evgeny Pashukanis, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985, pp. 71-79.

24 Magnet Colomer, Jordi, "Fetichización Jurídica y Derechos Sociales", en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 4, Madrid, Universidad Complutense, 2008, pp. 2-5.

25 Karl Marx, *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*, México, Editorial Grijalbo, 1968, pp. 77-78.

26 Alejandro Nieto, *Crítica de la Razón Jurídica*, p. 30.

embargo, que no es suficiente adquirir conciencia de esta posibilidad, sino además, de la necesidad de instrumentarlo para la transformación social, no sólo desde el derecho, sino desde otras disciplinas tales como la sociología, antropología, ciencias políticas y psicología. Punto de partida para que la reflexión desde el nuevo constitucionalismo latinoamericano no sea trivial y devenga en una apertura crítica teórica para superar el derecho liberal mimetizado en nuestra cultura jurídica, es aceptar la necesaria relación entre política y derecho –a partir de allí, del derecho y otras disciplinas–, en los términos que ya hemos mantenido en otros trabajos.[27] En este libro que introducimos con este ensayo, todos los esfuerzos de las/os autoras/es buscan espacios de encuentro interdisciplinario, sobre la base de una relación entre derecho y política, sin que se renuncie a la esencia propia del derecho.

III. El horizonte posible de la crítica del derecho

1. La crítica desde el marxismo

Marx no consideró que el derecho sea objeto del pensamiento ni de la lucha política, sino las relaciones económicas, que comportaban la infraestructura social histórica (infraestructura), cuya apropiación por parte de la clase dirigente, históricamente ungida, el proletariado, debería ser la condición política para la fundación de un nuevo orden.

El antiguo orden era el de la cultura dominante, las instituciones y pensamiento que le daba sustento –la ideología– (superestructura), el cual debería automáticamente mutar en justo y equitativo. De acuerdo a esto,

27 Cfr., Luis Fernando Ávila Linzán, "El Acceso a la Justicia y la Emancipación de las Personas Excluidas", *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; Luis Fernando Ávila Linzán, "Introducción: La Transformación de la Justicia", en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; Luis Fernando Ávila Linzán, "La Constitucionalización de la Administración de Justicia", en Ramiro Ávila, ed., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; Luis Fernando Ávila Linzán, "Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna", en Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La Transformación de la Justicia*.

el derecho, como parte de la ideología dominante, se transformaría temporalmente a favor del nuevo orden y luego devendría en innecesario en la sociedad comunista. Este postulado, hizo que el derecho desde el socialismo fuera estigmatizado –como los otros saberes que no guardaran correspondencia con la economía política– y no haya sido tomado en cuenta, sino únicamente como un instrumento al servicio de las clases dominantes.

Por supuesto, *Marx*, como cualquiera, fue un producto del tiempo que le tocó vivir, frente al cual, la tarea concreta era la apropiación inmediata e impostergable del poder mediante la acción política revolucionaria. No pudo imaginar el poder que durante el siglo XX tendría la ideología y los aparatos ideológicos del Estado, principalmente, el sistema educativo. Tampoco pudo prever que no todos los escenarios del mundo hacían viable una situación revolucionaria, en los términos leninistas, debido al reducido espacio para la acción revolucionaria. No se supo entender que no era suficiente la simple ocurrencia de la explotación social para la configuración de dicha situación, sino que era necesaria la existencia de una verdadera lucha de clases con posibilidades de que una de ellas tome el poder en nombre de una sociedad igualitaria y sin clases. No obstante, si leemos *En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, podemos ver que *Marx* no excluye al derecho como objeto del pensamiento, sino que lo integra al cuestionamiento radical de un orden de dominación más general, la cultura y la ideología, y toma como *arquetipo* de este orden a la religión, que, más allá de su ateísmo personal, le sirve más como metáfora social que como identificación del verdadero enemigo histórico:

> La misión de la historia consiste, según esto, en descubrir la verdad más acá, una vez que se ha hecho desaparecer *al más allá de la verdad* [teología y metafísica]. Y, ante todo, la misión de la filosofía, puesta al servicio de la historia, después de desenmascarar la forma de santidad de la autoenajenación del hombre, está en desenmascarar la autoenajenación bajo sus formas profanas. La crítica del cielo se trueca, de este modo, en la crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica del derecho, la crítica de la teología en la crítica de la política.[28]

28 Karl Marx, "En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel", p. 224.

También, por efecto de su entorno histórico, *Marx* –igual *Althusser* y *Gramcsi,* y gran parte de los marxistas ortodoxos– consideraron que era el Estado el espacio de apropiación del poder por parte del proletariado, puesto que era el instrumento de la burguesía para el mantenimiento del control de las relaciones económicas, el cual era legitimado históricamente por el derecho.[29] En realidad, en este punto, más allá de la coyuntura política alemana de finales del siglo XIX, el marxismo es profundamente *weberiano, feurbacheano* y *hegeliano*, y dio forma al iuspublicismo alemán ya comentado, de tal manera que se consideraba que el Estado tenía el monopolio del derecho. La diferencia del marxismo ortodoxo con la heterodoxia del marxismo posterior de la década de los sesenta y setenta, se marca con el pensamiento de los denominados postmarxistas, tales como *Foucault, Bourdieu, Lacan, Derridá, Mouffe, Dussel, Laclau, y Deleuze,* y la famosa *Escuela de Frankfurt,* que amplían el espacio de acción política a todas las relaciones de poder dentro de la sociedad.

A partir de lo anterior es que fueron leídos ávidamente en América Latina en la primera mitad del siglo XX, estudios desde la órbita del socialismo real que tuvieron amplia difusión en algunos ámbitos académicos, especialmente México, Brasil, Chile y Argentina. Nos referimos a los estudios y al debate de los soviéticos *Stuchka* y *Pashukanis*. Los unía un ideal común del marxismo primigenio: el derecho era una cuestión ideológica que debería reflejar la apropiación de las relaciones sociales por parte de la clase dirigente, el proletariado.

Los separaba su visión del origen legitimador de ese nuevo derecho revolucionario. *Stuchka* pensaba que debería ser el Estado quien lo definiera; mientras, que *Pashukanis* opinaba que fuera el propio proceso revolucionario económico quien haría ese cambio automático. Además, los separaba su visión a largo plazo del rol histórico del derecho en el proceso revolucionario. *Stuchka* estaba preocupado por definir el sujeto histórico de la creación del derecho revolucionario; al mismo tiempo, *Pashukanis* creía que la socialización de las relaciones económicas en el proceso revolucionario llevaría a hacer innecesario el derecho en la socie-

29 Karl Marx y Friederich Engels, "La Relación entre el Estado y el derecho y la Propiedad", en Martinelli, José María (comp.), *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, pp. 133-135.

dad comunista.[30] La obra más conocida en América Latina fue la de *Pashukanis*, principalmente, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, cuyo aporte principal fue el establecer como objeto del derecho no la norma, sino la relación jurídica, lo cual se presentaba como un camino epistemológico para relacionar el derecho con la realidad social.[31] Otro aporte de este autor fue que el derecho no puede ser entendido por fuera de su contenido ideológico a favor de la dominación.[32]

No obstante, la crítica desde el marxismo, por todo lo expresado no pudo en sesenta años de socialismo real establecer un derecho autónomo del derecho romano de tradición capitalista, mucho menos un pensamiento jurídico-político autónomo y revolucionario. Lo único que se logró fue darle algunos contenidos sociales y ampliar el derecho hegemónico de raigambre civilista a otros colectivos. Basta con darle un vistazo a los *códigos, penal* y *civil*, soviéticos.

En Latinoamérica, se adoptaron los miedos desde la tradición civilista y contrarrevolucionaria de una manera radical, de tal manera que, ni siquiera se hizo el intento por construir un derecho alternativo al dominante, el cual abiertamente, oculto sobre su supuesta neutralidad, protegía los intereses de clase. Por una parte, los aparatos ideológicos locales, particularmente, el sistema educativo y el foro jurídico proscribieron abiertamente estas reflexiones con el apoyo militar y económico del imperio, con el fin de inocular toda forma de movilización social o procesos revolucionarios luego del ascenso del socialismo en Cuba. Por otra parte, la insurgencia y los movimientos sociales latinoamericanos centraron sus esfuerzos en la acción política revolucionaria y reprodujeron la desconfianza del marxismo ortodoxo respecto del derecho. Urgente era apropiarse del Estado y destruir la ideología dominante. Sólo avanzamos al diagnóstico, a la evidencia de la ausencia y las carencias del derecho, pero sin constituir un

30 Nicos Pulantzas, *Hegemonía y dominación en el estado moderno*, México, Ediciones Pasado y Presente, 1985, pp. 109-114.

31 Cfr., Evgeny Pashukanis, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985.

32 Evgeny Pashukanis, "Ideología y Derecho", en José María Martinelli, comp., *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000. Documento original: Evgeny Pashukanis, "Ideología y Derecho", México, Editorial Grijalbo, 1976, pp. 231-235.

modelo distinto, como podemos constatar en los códigos y leyes cubanas. Una evidencia de la denuncia, la tenemos en *Mariátegui*, por citar un caso emblemático en sus *Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*: "Nuestro Código Civil no está en armonía con los principios económicos, porque es individualista en lo que se refiere a la propiedad".[33]

Sin embargo, el pensamiento jurídico desde el marxismo inspira una línea marginal dentro del pensamiento jurídico hegemónico, pero profundamente creativa, militante y con indudable rigor científico que debe, no obstante, constituirse en uno de los pilares fundamentales de una plataforma para la construcción de una crítica necesaria del derecho. Los trabajos realizados en México por *Rodolfo Vásquez, Óscar Correas* y *Manuel Atienza* proponen elementos importantes para pensar un nuevo derecho latinoamericano profundamente crítico.[34] También sigue una dirección parecida los esfuerzos de *Roberto Gargarella* en Argentina, especialmente, a partir de lo que él ha denominado "constitucionalismo popular" o "constitucionalismo crítico".[35] Destacamos por su intento sistematizador e interdisciplinario, el libro coordinado por *Gargarella* titulado "Teoría y Crítica del Derecho Constitucional",[36] y que se resume en un compromiso real del constitucionalismo latinoamericano, tradicionalmente liberal y mezquino, con la transformación radical de nuestras sociedades:

33 José Carlos Mariátegui, *Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*, Rosario Santa Fe, Kolektivo Editorial "Último Recurso", 2004, p. 27.

34 Cfr., Óscar Correas, *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*, México, Fontamara, 2006; Óscar Correas, *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacan, 1994; Manuel Atienza, en Manuel Atienza, Luis Salazar y Arnaldo Córdova; Rodolfo Vásquez, *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, 1997; Rodolfo Vásquez, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

35 Cfr., Roberto Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, ES: Gedisa, 1999; Roberto Gargarella, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: algunas reflexiones preliminares", en *Crítica y emancipación: revista latinoamericana de ciencias sociales*, Vol. 2, no. 3 (ene.-dic. 2010), pp. 168-188, Buenos Aires, CLACSO, 2010; Roberto Gargarella, "El nacimiento del constitucionalismo popular", en Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

36 Cfr., Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

> Las largas y detalladas listas de derechos individuales, sociales, económicos y culturales que incluyen nuestras nuevas constituciones representan, en tal sentido, una reacción frente a un constitucionalismo que, más que austero, era avaro; más que moderado, reaccionario, un constitucionalismo que, con razón, podía ser acusado de estar al servicio de unos pocos, de sus privilegios y sus propiedades.[37]

2. La crítica progresista

Hemos tratado de unir en la frase "critica progresista" a un sinnúmero de líneas de trabajo que apuntan a un cuestionamiento del orden establecido, pero desde distintas vertientes ideológicas y disciplinas. Por esta razón no podemos llamar a esta parte crítica postmarxista, postliberal, social o sociojurídica, aunque, tal como se verá, en estas líneas de estudio existe un poco de todas estas posturas ideológicas. Intentaremos establecer las principales tendencias que podremos decir coinciden con lo que hemos denominado horizonte posible de la crítica del derecho.

De esta manera, el contexto del cual aparece el progresismo coincide con el traspié histórico del socialismo real –si entendemos que la historia no ha terminado como lo expresa *Fukuyama*–, y la emergencia de nuevos espacios de lucha y reflexión que se hicieron notorios a partir de *Mayo del 68.* El espacio que nos interesa analizar para los fines de este libro es el de la ideología –en general, de poder como objeto del marxismo, la superestructura– como un elemento independiente de la acción política para la apropiación de las relaciones sociales. Dicho espacio significa una reformulación de la ortodoxia marxista, pues considera que la superestructura debe ser instrumentada. Al mismo tiempo, son promovidos algunos postulados del marxismo, principalmente, la concepción del poder como algo por fuera del Estado y más cercano a todas las relaciones sociales donde existe subordinación. Por supuesto, esto supuso agrios comentarios y acusación de revisionismo por parte de sectores ortodoxos. Así, surgieron

37 Roberto Gargarella, "Prólogo", *Desafíos constitucionales,* en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, eds., *La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, Quito, 2008, p. 14.

pensadores que pusieron su mirada sobre la ideología como un objeto independiente, lo que significó un giro interesante de la doctrina original, pues el mundo de las ideas se convertía en un lugar que era necesario colonizar para propiciar el cambio a largo plazo. En este espacio no sólo estaba el derecho, sino la cultura y sus expresiones, y los estilos de vida. En esta tendencia fueron importantes los trabajos de *Foucault, Bourdieu, Derridá* y, un poco antes, *Althusser, Croce* y *Gramcsi*. La propuesta política era unir la acción política con la reflexión teórica, la filosofía de la acción o de la acción revolucionaria.

En América Latina ha tenido muy poco impacto esta postura, pues el radicalismo teórico y el dogmatismo fueron dramáticamente extremos por la polarización social y los problemas de adecuación de los sistemas políticos en un escenario poscolonial. Sin embargo, logró pervivir dentro de varias agendas políticas, como lo logró el derecho romano en los conventos y las abadías en la Edad Media. Estas plataformas, durante las décadas del 50 al ochenta, fueron los estudios de la teoría social de la liberación en las obras de *Dussel* y *Freire*;[38] en los esfuerzos por las reivindicaciones socio étnicas de *Stavenhagen* y *Mariátegui*, en la teoría de la dependencia de la CEPAL y los trabajos de *Cardoso* y *Falletto*; los estudios pro emancipación de *Boaventura de Sousa Santos* desde la Universidad de Colimbra, de amplia difusión e influencia en Brasil y en la Región; y, la impronta inexorable e inmarcesible del pensamiento de *Raúl Eugenio Zaffaroni,* de quien destacamos "En busca de las Penas Perdidas", que habla de la ilegitimidad del discurso penal en la Región.[39] Queremos destacar unos ensayos particularmente influyentes en América Latina de *Rodolfo Stavenhagen*, "Siete Tesis Equivocadas sobre América Latina", [40] "Dependencia y Desarrollo en América Latina" de *Cardozo* y *Falleto,* y los

38 Cfr., Paulo Freire, *Educación liberadora: bases antropológicas y pedagógicas*, Buenos Aires, Espacio; Enrique Dussel, *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001; Enrique Dussel, *Filosofía de la liberación*, Santafé de Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1980.

39 Cfr., Raúl Eugenio Zaffaroni, *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998.

40 Cfr., Rodolfo Stavengahen, "Siete Tesis Equivocadas sobre América Latina", en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.

trabajos de *Ghunter Frank, Celso Furtado, Ruy Mauro Marini* y *Theotonio Do Santos*[41] pues consideramos que en ellos existen algunas líneas estructurales que invitan a pensarnos jurídicamente desde el Sur.

Y, también, son relevantes lo promovido por *Santos* en varias partes de América Latina, particularmente, en Colombia, donde se publicó el libro *Caleidoscopio de la Justicia en Colombia. Análisis sociojurídicos*, donde, además participan *César Rodríguez*, *Mauricio García Villegas, Esther Sánchez Botero y Rodrigo Uprimny,* entre otros.[42]

Luego, en la década de los ochenta y noventa, por influjo de *Duncan Kennedy* y *Guillermo O`Donnell* a partir de los estudios sociales en las universidades de los Estados Unidos de América, en América Latina aparece lo que se denominó los *legal critical studies* (estudios legales críticos), que se fundamentaban en la relación de los problemas estructurales, principalmente la pobreza, con el ordenamiento jurídico y las instituciones políticas, cuyas líneas fundamentales pueden consultarse en *(In)efectividad de Ley y la Exclusión en América Latina*.[43] En esta misma línea, pero centrados en el uso estratégico del derecho y la exigibilidad jurídica de los derechos sociales, es imprescindible revisar el trabajo de *Abramovich*, *Courtis y Gargarella*.[44] En Ecuador, *Alberto Wray* representaba en los años noventa un aire de renovación jurídica que fue adelantado a su tiempo y al entendimiento del foro jurídico.[45]

41 Cfr., Fernando Cardoso y Enzo Faletto, "Dependencia y Desarrollo en América Latina", en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006. Ver en esta misma publicación la Dialéctica de la Dependencia de Ruy Marini y "Subdesarrollo y Dependencia" de Theotonio Dos Santos.

42 Cfr., Boaventura De Sousa Santos y García Villegas, Mauricio, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

43 Cfr., Juan Méndez, Guillermo O´Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

44 Cfr., Víctor Abramovich, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, en Comisión Andina de Juristas, CAJ; Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos, Lima, 2003; y, Víctor Abramóvich y Christian Courtis, *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002; Roberto Gargarella.

45 Cfr., Alberto Wray, *Modernidad y tradición en el pensamiento jurídico del siglo XIX*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso en el centenario de su nacimiento: ensayos, 1995.

Por su parte, queremos enfatizar la compilación realizada por *Courtis*, sobre teoría crítica del derecho,[46] donde brillan con luz propia el ensayo de *Frances Olsen,* "El Sexo del Derecho",[47] la esencia crítica de *Alda Facio* respecto de los estudios de género;[48] y los lineamientos para la construcción de una teoría crítica de *Carlos Cárcova*.[49] Estos estudios, en sí mismo, constituyen una plataforma independiente de crítica del derecho y del orden imperante dentro de una sociedad patriarcal. Su comentario y estudio, más allá de las limitaciones de este libro, siempre será exiguo. La denuncia no es sólo de las mujeres, sino de toda una sociedad latinoamericana desigual e históricamente construida. Algunas líneas importantes encontradas en la obra de *Mauricio García Villegas*[50] y otras en los trabajos del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) en su revista *"El otro derecho"*.

Finalmente, en América Latina tenemos lo que se ha denominado neoconstitucionalismo o garantismo constitucional, gestionado por Miguel Carbonell a partir de varias publicaciones, donde compila los trabajos de *Pisarello, García Amado, Zagrebelsky, Ferrajoli, Guastini, Gargarella*, entre otros. La preocupación de estos autores es la materialización de los textos constitucionales y el rol del Estado en la regulación de las relaciones sociales frente a los derechos humanos. También guarda algún nivel de relación con esta vertiente el denominado "garantismo penal" a partir de *Ferrajoli*, *Baratta* y *Zaffaroni*. El garantismo en Ecuador ha tenido un particular impacto a partir de la asamblea constituyente y la promulgación de la Constitución de 2008. Se inició por la gestión de *Julio César Trujillo, Gina Chávez, Jorge Zavala Egas, Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Judith Salgado, Ximena Endara*, entre otros. Un primer intento de sistematización ocurrió con la obra "Constitucionalismo y Sociedad", y las posteriores publicaciones de la serie ideada por *Ramiro Ávila*, "Justicia y Derechos Humanos", del Ministerio de Justicia desde el 2008, colección que se convirtió en un

46 Cfr., Christian Courtis, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, comp., Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

47 Cfr., Frances Olsen, "El Sexo del Derecho", en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

48 Cfr., Alda Facio *Hacia otra teoría crítica del derecho*, Santiago, LOM Ediciones, 1999.

49 Cfr., Carlos María Cárcova, "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho", en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

50 Cfr., Mauricio García Villegas, Isabel Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldarriaga, "Crítica jurídica", Bogotá Universidad de los Andes, 2006.

lugar de encuentro, sobre la base de diversos enfoques, para lo que hemos denominado aquí como crítica progresista. De este espacio surgen algunos de las/os autoras/es nacionales que participan en la construcción de este libro. También, destacan las innumerables publicaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, entre la que mencionamos la última de éstas, que hace un primer balance de la aplicación de la Constitución de 2008, *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones;*[51] y, la sugerente publicación de *Patricio Pazmiño* donde aborda algunos de los ejes fundamentales de la transformación constitucional matizada por la experiencia del activismo y ejercicio de la justicia constitucional.[52]

Sin embargo, las posibilidades de que el pensamiento progresista se convierta en un horizonte necesario de la crítica no están en su dificultad de formar conciencia de pensamiento crítico, sino en que no representa una alternativa permanente para el derecho liberal en América Latina. Existen, no obstante, algunos elementos de cohesión que facilitarían esta conversión. En primer lugar, un elemento cohesionador de la crítica progresista es el de los derechos humanos que se presenta como una red ideológica renovadora y dinámica en doble vía, a decir de *Dulitsky*. No obstante, no debe ser vista esta como categoría metafísica, sino materialmente histórica, que coincida con un "mínimo objetivo" –el indispensable para la existencia de los derechos humanos– fundado en principios contraliberales, tales como la cooperación, la solidaridad y de necesidades básicas que se incluye en el derecho internacional de los derechos humanos.[53] Así, mientras los sistemas de protección internacional y regional de los derechos humanos se nutren de la aplicación de sus estándares tamizados por los textos constitucionales (supremos y normativos) en lo local, otorga sustancia a estas nuevas constituciones, mediante un generoso estatuto de derechos y mecanismos de garantías integrales.[54]

51 Cfr., Santiago Andrade Ubidia, Claudia Storini y Agustín Grijalva (eds.); *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional-UASB, 2009.

52 Cfr., Patricio Pazmiño, *Descifrando Caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*, Quito, FLACSO, 2010.

53 Manuel Atienza, en Manuel Atienza, Luis Salazar y Arnaldo Córdova, *¿Por qué Leer a Marx hoy?*, p. 40.

54 Cfr., Ariel Dulizky, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado", en Victor Abramovich y otros, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editoral del Puerto, 2007.

Lo alternativo al derecho liberal, no obstante, toma formas interesantes que pueden mutar ideológicamente en un derecho insurgente, emancipatorio o revolucionario, en la medida que, a diferencia del marxismo, no considere al derecho como una herramienta inútil, sino como un instrumento a favor de las personas y colectivos para la transformación social. Esto significará un salto dialéctico que supere la simple denuncia de la carencia de las líneas antes explicadas y presente una nueva forma de ver el derecho en la contemporaneidad.

En segundo lugar, la crítica progresista rompe la neutralidad del derecho y lo pone al servicio de la lucha contrahegemónica. Esto coincide con algunos felices escenarios: a) el reposicionamiento de la judicatura como espacio de legitimación de las democracias contemporáneas que pone a las/os operadoras/es jurídicos al debate político de los derechos; b) el auge de los mecanismos de control de la constitucionalidad con organismos de cierre; y, c) el afán transformador social de las nuevas constituciones en Bolivia, Ecuador, y Venezuela.

Luego, en tercer lugar la crítica progresista reformula la tradición de la crítica marxista, pues pone a disposición de las personas y colectividades excluidas el espacio común y tradicional de los intereses burgueses: el Estado, particularmente, los sistemas de justicia. De esta manera, al tiempor que se puede activar el derecho para la exigibilidad de los derechos, puede ejercer la acción política directa. Hay quienes dicen que el derecho permitiría la cooptación de otras formas de lucha social con el fin de neutralizarlo, pero no se debe perder de vista el potencial emancipatorio que puede tener el uso del derecho de manera estratégica y con conciencia crítica para ampliar el ejercicio de los derechos y ejecutar las obligaciones de las/os actores económicos que explotan a las desposeídas/os.

IV. El horizonte necesario

1. Elección epistemológica: la construcción del pensamiento crítico desde el sur

1.1. Sobre el *episteme* y el sur

La elección epistemológica corresponde a la búsqueda adecuada del objeto por fuera del objeto evidente. Es buscar nuevas formas de plantearle los problemas al derecho. Hemos elegido el pensamiento desde el sur como una plataforma omnicomprensiva que permitiría el primer paso para convertir la crítica posible en necesaria. La crítica posible que, con sus enfoques, puede contagiar al derecho de una nueva *praxis*.

Esta elección supone algunos retos para la construcción de estatutos epistemológicos o de pensamiento crítico desde el sur, que conlleva muchas interrogantes; tales como: ¿Es posible construir un estatuto epistemológico de los saberes sociales, particularmente del derecho, desde el sur? ¿Si es posible dicha construcción, es deseable? ¿Cuáles son los contenidos y la extensión que dicho estatuto debe contener? Estas son algunas preguntas, cuyas respuestas devienen en verdaderos retos, cuyo objetivo precisamente es fomentar en América Latina la iniciativa para generar un pensamiento crítico subalterno (no sólo alternativo, sino desde abajo) desde las antípodas hegemónicas.[55]

En el caso de responder afirmativamente a la primera interrogante, al decir que sí es posible construir un estatuto epistemológico desde el sur, se debe considerar que de hecho existen varios estatutos epistemológicos en el sur (visto además como multiplicidad de sures) y que están invisibilizados por los saberes hegemónicos, cuya *doxa* no ha permitido el desarrollo de la paradoxa epistémica.

Para recorrer el camino trazado, cabe responder y desarrollar la extensión de lo que debemos entender por estatuto, por epistemológico, por ciencias sociales, por pensamiento crítico, y por sur.

55 Cfr., Boaventura Sousa Santos y César Rodríguez Garavito, eds., *Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthrophos, 2005.

Bajo dicha óptica, nos permitimos citar a *Mario Bunge*,[56] quien dice que un *estatuto científico* constituye ese conjunto de reglas y métodos por los cuales deben transitar los jugadores que en su defecto pueden o no ser cientistas sociales. Lo importante es la observancia y respeto de dichas normas para no quedar al margen del juego. Es importante señalar que el conocimiento es un artefacto complejo que no es ni terminado ni completo y por eso está expuesto a errores. En ese sentido conocemos de la existencia de saberes desde el sur con sus propias reglas y métodos, y que en algunos de los casos incluso han sido apropiados por el norte hegemónico, por ejemplo: formas tradicionales o alternativas de saberes en varios ámbitos humanos (medicina, agricultura, organización, derecho propio, etc.). Por ejemplo, los conocimientos de medicina como la aromaterapia, la acupuntura, el *reiki*, entre otras; uso de tecnologías, recursos naturales, ciencias, o incluso formas sociales de convivencia y lo que podríamos llamar filosofía andina que, equivocadamente, se ha llamado cosmovisión.[57] Respecto del derecho, nos interesa incorporar esos saberes desde una perspectiva intercultural.[58]

El segundo paso necesario es que el derecho, en tanto ciencia social, debe ser diferenciado de las ciencias de la naturaleza o denominadas ciencias duras, pese a que por mucho tiempo se ha pretendido aplicar los mismos métodos y técnicas sin diferenciar sus particularidades, lo cual ha acarreado más de una confusión. Para aclarar la referida confusión, *Jean Pierre Pourtois*, dice que:

> (…) las ciencias naturales y las ciencias sociales son diferentes en la medida en que en las primeras, los datos, hechos, acontecimientos, no se interpretan por adelantado, no contienen en si mismo una estructura de pertinencia o significación, mientras que los acontecimientos y datos del mundo social presentan una estructura pertinente y un significado particular para las personas que viven en él. [59]

56 Mario Bunge, *La investigación científica*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2000, p. XIII.

57 Cfr., Josef Estermann, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1998.

58 Cfr., Luis Fernando Ávila Linzán, "Los Caminos de la Justicia Intercultural", en Carlos Gallegos-Anda y Danilo Caicedo, eds., *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

59 Jean Pierre Pourtois y Huguette Desmet, *La ciencia de hoy en el acercamiento de las disciplinas*, Barcelona, Ed. Herder, S.A. p.19.

Por lo mencionado, el derecho requiere de dispositivos y métodos particulares, especialmente para el examen de las características de las construcciones y significaciones humanas. En esto pueden ayudar los métodos de investigación cualitativa aplicados al derecho. A partir de esto, es posible que el pensamiento crítico de un salto dialéctico, cuya epistemología analice o evalúe la estructura y consistencia de los razonamientos, particularmente opiniones o afirmaciones que la gente acepta como verdaderas en el contexto de la vida cotidiana. Es decir, trata de reformular, replantear y evaluar las *doxas* del conocimiento considerado hegemónico y de *última ratio*. El derecho debe utilizar métodos propios del razonamiento científico o métodos que contengan técnicas de observación y experiencia, cuyos argumentos sirvan para discernir lo verdadero de lo falso, lo aplicable, lo razonable, lo particular de lo general, entre otras cosas. La importancia del pensamiento crítico reside en los argumentos que soportan sus conclusiones, de tal forma, que sea posible construir nuevas *doxas* del saber con plena base y carácter científico.

De otra parte, el tercer paso será definir al *sur*, no solo como un lugar geográfico sino geopolítico. Lo que lleva a la definición de la denominada periferia con relación al centro hegemónico del conocimiento. Cualquiera que fuese el caso, entendemos que se trata de los denominados *subalternos, excluidos* de ser llamados del norte o hegemónicos. Cabe recalcar que no hay un solo sur; y que por ende, no podemos hablar de un solo estatuto epistemológico, sino varios estatutos, pues no debemos considerar al sur bajo una sola categoría homogenizante (intrahegemonía).

1.2 El alcance epistémico

Aclarados en breves rasgos estos dos puntos, consideramos pertinente hacer las siguientes reflexiones: si existen estatutos epistemológicos sociales en el sur, ¿cuáles deben ser sus objetivos o alcances? ¿Es deseable o necesario que estos estatutos se universalicen? y finalmente, ¿pueden estos estatutos convivir o desarrollarse aisladamente de los estatutos hegemónicos?

Partiendo de la afirmación de la existencia de otros estatutos o *epistemes* sociales emergentes, que han sido invisibilizadas por el conocimiento hegemónico desde el norte, es necesario saber si estos estatutos tienen un objeto determinado. El sentido de la afirmación genera más complicaciones por el hecho de pretender dar una sola respuesta a una multiplicidad de hechos y de respuestas, así podemos encontrar desde la emancipación, el reconocimiento, la universalización o simplemente la indiferencia a este planteamiento.

Consideramos que en este punto es necesario reflexionar sobre la *doxa* impuesta por la hegemonía de los saberes y que entendemos es de la cual debemos emanciparnos, aunque su trayecto sea casi imposible pues en términos de *Bourdieu*, esos saberes están en nuestro *habitus* y han sido tan naturalizados que los aceptamos no solo como normales sino como los únicos que conocemos, ya que ese sistema de "la estructura estructurada estructurante nos ha estructurado". ¿Para que debemos emanciparnos entonces?. Pues para quitar esa sombra opresora que esta oculta en la ingenuidad no inocente de los saberes hegemónicos encerrados bajo el precepto solidario de *dar una mano* a las periferias. Para ello entonces, son necesarios los recientes debates desde el sur, cuyo objetivo sea el reconocimiento de la multiplicidad y el relativismo como significantes que aunque no se universalicen o prevalezcan, al menos se los considere existentes. Por eso la emancipación de transparencia citada por *Laclau*, seria la más cercana a nuestros propósitos, pero también la más utópica desde la consecución de la coincidencia humana y la erradicación de las relaciones de poder o de representación.

En ese sentido, el reconocimiento pasa por lo político y lo ético; por ello, antes de que exista un diálogo, primero es necesario que exista ese reconocimiento por el otro, para evitar una vulneración de derechos pues las *derivas de la alteridad* concluyen en la imposibilidad de hablar desde el otro y la arbitrariedad que significa hablar por el otro. Por lo mencionado, entonces existirían conocimientos desde el sur que lo único que buscan es ser reconocidos como parte de una identidad propia y como parte de esa dignidad humana que hace que todos seamos merecedores de respeto en nuestras propias diversidades. Al hablar de reconocimiento no podemos hablar de imposición pues como afirma *Descartes*, eso significaría una nueva violencia epistémica en la que se pretenden imponer nuevos estatutos.

La universalización cuyo alcance se revisará posteriormente, puede ser el motor que mueva a ciertos estatutos epistemológicos desde el sur, los cuales deben plantearse desde la posibilidad o no de su desarrollo, en especial porque los significantes que han prevalecido y que se han constituido como hegemónicos son los del norte y muy difícilmente van a aceptar lógicas diversas, pues el juego de poder tiene como objetivo primordial negar otros significantes y conocimientos bajo una verdad absoluta que demoniza, descalifica, invisibiliza o niega lógicas contrarias que difícilmente pueden ser admitidas, en especial cuando estas nuevas lógicas desplazan del poder a las primeras. No decimos que el desplazamiento sea imposible, pues este se lograría descalificando y vaciando de contenidos al primero y posicionándose a través de la anulación de su verdad, la reflexión gira en torno a que si es deseable o no dicha universalización, por ello *Laclau*[60] afirmaba que lo universal es la plenitud de lo ausente.

Finalmente, puede darse en la práctica que muchos pueblos o culturas que no necesariamente sean de aquellos no contactados por la civilización mestiza, blanca o hegemónica, no tengan interés alguno porque su *episteme* sea valorado por los círculos del conocimiento científico o peor aún tengan algún interés por la universalización, seguramente les es indiferente hasta el reconocimiento y lo único que les importe sea vivir bajo su propia cultura y bajo sus propios conocimientos y parámetros sociales, sin intromisión alguna de otros saberes, es decir guardar más bien distancia y solo obtener el respeto a su identidad desde la no intervención o interferencia. En ese sentido, su conocimiento, sus métodos, sus reglas, se aplicarán en su campo indiferentemente de cualquier circunstancia fáctica externa.

Por su parte, la universalización del conocimiento implica una imposición que simplemente se traduce en una nueva violencia y en una negación del relativismo y de las particularidades existentes en la multiplicidad, mas aún si tratamos de ciencias sociales y no de ciencias duras en las que las verdades se comprueban científicamente y pese a ello pueden ser desplazadas. Por eso una lógica de construcción hegemónica o de posicionamiento hegemónico significa siempre la negación del otro o de los otros, por más que se pretenda camuflarla bajo la óptica de la democracia que simplemen-

60 Cfr. Ernesto Laclau, *Emancipación y diferencia*, Buenos Aires, Ariel, cap. I y II.

te es una imposición de las mayorías emergentes. Ni el mismo proletariado ha podido conseguir ese carácter de universal, pues encuentra en la fragilidad de lo social un problema al plantearse como sistema universal.

De acuerdo a esto, aún cuando una o varias *epistemes* existentes o construidas en el sur pretendan imponerse como la nueva *doxa*, su pretendido nuevo carácter de universalista lo único que lograría es reproducir las mismas prácticas de homogenización y negación del otro, a través de las "estructuras estructuradas estructurantes", por ello si la nueva *doxa* no se plantea al menos como un producto del consenso o de la multiplicidad podría tener su validez pero no su vigencia.

En esa línea, *Laclau* nos plantea la imposibilidad de que lo universal subsista sin lo particular pese a ser inconmensurables, por ello lo reduce a una paradoja irresoluta cuya solución implicaría: "que se ha encontrado un cuerpo que es el verdadero cuerpo de lo universal. Pero en tal caso lo universal habría encontrado su localización necesaria y la democracia sería imposible".[61]

Desde el punto de vista de *Laclau*, la democracia subsiste por las particularidades que compiten en su representación universal, y el fracaso de la sociedad equivale al fracaso en constituir a la diferencia como "diferencia". Con lo anotado podemos afirmar que la universalización de un estatuto epistemológico de las ciencias sociales, puede ser deseable únicamente para aquellos grupos de poder que quieren estar al frente del "arco de juego" e imponiendo su esquema, pero no para aquellos grupos a quienes les ha tocado siempre estar como "espectadores", pues lo único que se haría en la práctica es cambiar un modelo dominante por otro modelo hegemónico que al final dejaría la complitud de la multiplicidad por fuera.

1.3 Giro epistémico

Revisada la no deseable universalización de los estatutos epistemológicos sería conveniente aterrizar en un análisis más pragmático de la propuesta; que es, el de la convivencia de los diversos estatutos o en su defecto la normalización desde las diferencias.

61 *Ibíd.*, Cap. I y II.

En general, los saberes hegemónicos no admiten saberes contrarios o diversos según *Edgardo Lander*,[62] y por ello incluso el autor manifiesta la cuasi imposibilidad de anular al sistema liberal de mercado de su posición dominante y reflexiona acerca del fracaso o poco éxito de otros sistemas planteados como el socialista o comunista. Por lo anotado se evidencia que los nuevos estatutos o los ya existentes pero invisibilizados pueden y de hecho han sido cooptados en la lógica dominante, por citar un ejemplo, tenemos el caso de los derechos humanos nacidos originalmente en Francia con la *Revolución Francesa de 1789* y con la *Declaración de Derechos del Hombre*, postulado eminentemente eurocéntrico y que hoy ha ganado mucho espacio en la universalización de su doctrina. Tal es así, que hoy encontramos un sistema interamericano de derechos humanos, un sistema europeo de derechos humanos, un sistema africano de derechos humanos; todos ellos fueron construidos desde la óptica originaria y recogiendo únicamente algunas de las particularidades, pretendiendo con ello darle legitimidad y validez al proceso homogenizante.

En ese sentido, en América Latina tenemos un enfoque tanto en derechos civiles como en los sociales y culturales, mientras en África encontramos un énfasis en los derechos de las colectividades y en la descolonización e independencia de las naciones. Sin embargo de ello, no existe un sistema asiático o un sistema oriental de derechos humanos porque las humanidades de dichos países tienen una lógica diversa a la occidental, el homogenizarlas simplemente significaría su anulación. Como lo postula *Horkheimer*, el pensamiento crítico contiene un concepto de humanidad que entra en conflicto consigo mismo mientras no encuentre una completa identidad.[63]

Por eso *Boaventura de Sousa Santos*, respecto al nuevo imperativo categórico en la articulación posmoderna y multicultural y de las políticas de igualdad y de identidad, afirma que: "tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza y tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza". Este un primer encuentro afortu-

62 Edgardo Lander es docente-investigador en el Departamento de Estudios Latinoamericanos de la Escuela de Sociología, profesor en el Doctorado en Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela.

63 Max Horkheimer, Teoría Tradicional y Teoría Crítica, p. 44.

nado con la idea de re-conocimiento que hace la postmodernidad y la necesidad de una re-lectura de los derechos humanos más allá de la modernidad y de su connotación liberal, impregnada de la idea de igualdad como identidad uniforme, como unidad nacional, como razón y verdad.

Por último, el desarrollo independiente de los estatutos epistemológicos, pueden ser una suerte que funcione en un sistema aislado del sistema mundo, el cual no podemos descartar pero cuya existencia a más de improbable seguramente es muy escasa, pues como se revisó anteriormente, hasta las poblaciones indígenas con características propias, buscan su reconocimiento a través de ciertos instrumentos de derechos humanos que son ajenos a su *episteme*, con lo que se ha evidenciado un alto grado de homogenización debido a la salvaje globalización. En ese sentido, más bien se han encontrado resistencias y luchas intestinas respecto de esas *epistemes* impuestas para lograr al menos una transformación más justa y equitativa.

Por eso nos permitimos citar como propuestas diversas al modelo hegemónico, eurocéntrico y colonial, las dadas por *Edgardo Lander* respecto del origen y desarrollo de pensamiento desde América Latina, que hemos denominado *giro epistémico*: (a) crear concepciones de nuevas comunidades del saber; (b) estimular mayor participación social; (c) redefinir los trabajos y métodos de investigación; (d) cuestionar el relativismo de los métodos; (e) escuchar la multiplicidad de voces, alentar la pluralidad epistémica; y, (f) crear *episteme* latinoamericana.[64]

2. Instrumentación política

Hemos dicho que la neutralidad política del derecho constituye lo que *Lacan* llamaría un *significante vacío*. Así, política y derecho han avanzado por vías distintas y hasta contradictorias, negándose mutuamente. El derecho desde su defendida racionalidad y la política desde la necesidad de administrar el poder. Construido históricamente así, el derecho es percibido como una respuesta a la política, como una no *política*. Al giro

64 Cfr., Edgar Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales.*

epistémico, debe seguir la instrumentación material del derecho para la transformación social que signifique la ruptura del orden histórico de perpetuación de la propiedad de las clases dominantes. La situación de alienación social de América Latina provoca la invisibilización de lo social.

Esta invisibilidad tendrá dos consecuencias nefastas. Por un lado, el derecho servirá como un instrumento de las clases dominantes y para enmascarar sus intereses;[65] y, por el otro, siendo el derecho el lenguaje oficial del poder, deviene la inmovilidad, el determinismo y la negación de otros espacios de construcción de las decisiones del poder, lo que *Mouffe* denominaría la negación de lo político.[66]

Entendemos *lo social* como una constante e hilo común de las luchas sociales a partir de diversas plataformas y discursos sobre la base de una continuidad histórica de la resistencia en América Latina, que pone en las antípodas al eje de la hegemonía-dominación frente a las personas excluidas. De esta manera, lo social adquiere históricamente variadas formas, por ejemplo, la lucha por la participación política de las mujeres, del manejo de la tierra y el agua, del reconocimiento de la plurinacionalidad e interculturalidad, de la defensa de la naturaleza. Esta invisibilidad de *lo social* hace impostergable la instrumentación del derecho, más concretamente de lo jurídico, en tres los ámbitos estratégicos: (1) lo normativo-formal; (2) la formación de las/los abogadas y abogados; y, (3) la práctica judicial.

2.1 Lo normativo-formal

Numerosas normativas de desarrollo económico y social fue establecida en el período 1970-1980 en América Latina, sin embargo, estas leyes y políticas no pudieron desarticular los centros y las redes de influencia de las clases dominantes, quienes aún en poder de los medios de producción y el capital, no hicieron sino reproducir y mantener el mismo orden de asimetría económica internacional en nuestros países (dependencia centro-periferia), debido a la alienación de las élites que fueron cómplices de la

65 Cfr., Evgeny Pashukanis, "Ideología y Derecho", pp. 231-239.
66 Chantal Mouffe, *En Torno a lo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 15.

sobreexplotación del trabajo en los países periféricos.[67] La explotación se produjo en todos los niveles, torpedeando cualquier reforma jurídico-política, a través de un doble proceso de dominación y alienación.[68] Así sucedió con el manejo del agua, la tierra y los recursos mineros y petroleros. En ambos casos, con o sin leyes de desarrollo, la organización en manos de redes clientelares en beneficio de las clases dominantes, propició el despojo, muchas veces violento, de la propiedad de estos recursos en beneficio de las/os propietarias/os o el Estado.

La legislación, a partir de lo anterior, se pensó únicamente desde los valores liberal-republicanos (propiedad individual, libertad y moral pública) para construir lo social, y su enorme organización institucional fue centralizada en el Estado. Por otro lado, junto a esta legislación se dejó inalterada lo que se refiere a la organización del poder y a las relaciones sociales privadas (códigos penal, civil, de comercio y los de su respectivo procedimiento); y, por el otro, la legislación donde se administraba el poder real quedó vedado a las grandes masas de excluidos. Esta situación se dramatizó con la reducción del Estado y la aplicación de las políticas neoliberales en la década de los noventa. La nueva tarea fue vaciar de contenido las leyes de desarrollo y fundar las nuevas en el eficientismo del mercado.

Hoy, más que nunca, cuando la insurgencia real es ya una posibilidad remota, un retorno sustancial de lo social en la normativa puede significar un camino real, siguiendo a *Santos*, para la superación paulatina del capitalismo global.[69] Sin embargo, ¿cómo podemos defender un derecho social que hoy sólo existe formalmente?

67 Ruy Mauro Marini, "Dialéctica de la Dependencia", en Ángel María Casas Grageas, (ed.) *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006, p. 245.

68 Tomás Amadeo Vasconi, "Cultura, Ideología, Dependencia y Alienación", en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006, p. 147.

69 Cfr., Boaventura De Sousa Santos, "Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia", en Boaventura De Sousa Santos y García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

2.2 La formación de las/os abogadas y abogados

Las y los abogadas y abogados hemos sido formados bajo dos patrones ideológicos. El primero que es general a todo el sistema educativo en todos sus niveles que es el conformado por un eje de *obediencia-violencia*; y, el otro por el eje *aprendizaje-acrítico*. Estos patrones respecto de la formación jurídica tiene sus formas respectivas: a) la clase magistral y lectura de textos legales; y, b) la casuística trivial. La clase magistral y la lectura de textos legales es un rezago de la educación escolástica; mientras que, la casuística trivial describe un relato desconectado y anecdótico de nuestras/os profesoras/es de derecho, de casos sin ningún patrón de análisis. Todo se conecta con el formalismo jurídico, muestra de la exacerbación de las formas jurídicas que según *Pashukanis,* ha alejado a las abogadas/s de la realidad social.[70]

César Rodríguez identifica en la formación jurídica una proyección a las políticas de dominación del capital internacional y la ideología de mercado globalizada (al *Consenso de Washington*, por ejemplo), trivializando los problemas estructurales detrás de los conflictos jurídicos puestos a conocimiento del derecho.[71] Se reduce, de esta manera, el debate de lo jurídico a las leyes, lo cual genera en las abogadas y abogados la aplicación exclusiva de sus valores y patrones ideológicos a favor de las clases dominantes bajo el tecnicismo de una práctica mecánica de la profesión. Y, segundo, se elitiza el derecho y, por lo tanto, deviene en socialmente irrelevante. La formación de las abogadas y abogados se ha convertido en una labor de adiestramiento en la reproducción de los valores de las clases dominantes y los intereses del mercado y de las veleidades pequeñoburguesas y flokloristas de las universidades de las élites locales. Curiosamente, algunas universidades de las que se espera un compromiso social más amplio, parafraseando a *Marx*, son una verdadera "contradicción social en acción", a partir de su connivencia total con el mercado.[72] La edu-

70 Cfr., Evgeny Pashukanis, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*.

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

72 Karl Marx, *Miseria de la Filosofía*, p. 190.

cación universitaria funciona como un aparato ideológico por fuera del Estado –*Althusser* creía que estos aparatos eran estatales–, donde se circunscribe un espacio de lucha política e ideológica, y donde la transformación es indispensable para el cambio social.[73]

No obstante, no se debe perder de vista que el profesional del derecho está dentro del aparato social, por lo cual, en la mayoría de veces, su complacencia con el sistema es una actitud de conservación y supervivencia;[74] una libertad coartada en el ejercicio o en la cátedra acusado de heterodoxia, con la condena al silencio o la marginalidad en su acceso a la opinión pública.[75] Ante esto, ¿Cómo puede una/un abogado/a dejar la venda que la educación formal y acrítica le ha impuesto?, ¿y cómo no dejarse seducir del canto de sirena del consumismo, hijo de un mercado títere de los intereses de las clases dominantes, cuya mano es sólo visible cuando produce el hambre de grandes masas de personas excluidas?

2.3 La práctica judicial

La organización judicial en el entorno de las leyes del desarrollo económico y social fue abandonada a los gremios de abogadas y abogados y a la propia judicatura.[76] Al mismo tiempo, la judicatura se mantuvo como dicen por allí, como "la cenicienta del Estado". En este estado de cosas no es asombroso que el ejercicio de la justicia, donde se juegan los valores sociales y, en gran parte, se materializan los derechos de las personas y colectividades, se haya burocratizado, corrompido y su actividad se haya convertido en socialmente ilegítima –sin perjuicio de las políticas públicas–.

Por supuesto, muchos de los temas que pudieran tratarse en la judicatura fueron secuestrados por el poder real en las mismas leyes de desarrollo. Los temas relacionados con el agua, la naturaleza, la tierra y el traba-

73 Louis Althusser, "Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado", en Zizek, Slavoj (comp.), *Ideología. Un mapa de la discusión,* México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 119.

74 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, p. 31.

75 Alejandro Nieto, *Crítica de la Razón Jurídica*, p. 29.

76 Cfr., Luis Ávila, "Introducción: La Transformación de la Justicia", en Santiago Andrade, pp. xii-xvi.

jo quedaron siempre reservados al Ejecutivo a través de direcciones, secretarías, comisarias y otros órganos que burocratizaron lo social y blindaron los intereses de las/os propietarios y empleadoras/es. En este sentido, fue el Estado el campo de batalla donde se licuaron los afanes de grandes sectores de marginadas/os, con el pretexto de una organización supuestamente tecnocrática a la cual nunca tuvieron acceso real.

La reforma judicial de los noventa no afectó las leyes ni las políticas, mucho menos, se atacaron las prácticas judiciales viciosas ni se hizo nada por otorgar otros patrones ideológicos por fuera de los que dictan las normas positivas, manteniéndose así la tradición jurídica en la práctica burocrática, y reproduciéndose en la actuación jurídica el adiestramiento ideológico en las universidades de las élites con lo que se cierra la teoría circular del derecho en acción.

3. Construcción histórico-autónoma

Luego, la elección epistémica circunscribe en el derecho un compromiso con su objeto y una militancia con sus fines, que resulta ser una subsunción de los saberes y el estado de las cosas que deben ser aprehendidos por aquel, lo que *Horkheimer* ha llamado "explicación teórica".[77] Es necesario que las/os abogadas/os tomen partido por las causas y consecuencias que yacen tras de las frías normas jurídicas.[78] El giro epistémico es el camino adecuado que permitirá la emergencia de una conciencia crítica que instrumente para la emancipación el contenido material del derecho, en tanto, arma contrahegemónica y estratégica. El objetivo, la construcción autónoma de una nueva forma de *episteme*, por fuera del pensamiento jurídico dominante.[79] Hemos llamado a esta operación histórica salto dialéctico. Dialéctico en tanto debe afirmar la negación anulatoria que el orden jurídico imperante hace de la humanidad.

77 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, p. 28.
78 Alejandro Nieto, *Crítica de la Razón Jurídica*, p. 28.
79 Louis Althusser, *"Del Capital a la Filosofía de Marx",* en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital,* p. 60.

En términos metafóricos, supongamos que no se conoce la rueda y los seres humanos durante varios milenios han trasladado sus cargas por medio del arrastramiento mediante gruesas cuerdas y con la ayuda de la fuerza humana. De repente, a alguien se le ocurre que sería mejor utilizar la fuerza de cientos de caballos, lo cual significaría el relevo de miles de esclavos. Esta es la *crítica vulgar* del pensamiento circular del derecho. Sigue siendo el arrastramiento el mecanismo de movilización y los esclavos no dejan de serlo en tanto existan caballos. Sólo la ideación de otras formas, renunciando al arrastramiento –hablamos de la rueda–, permite una nueva forma que sustituye a las cuerdas y a los grilletes y prepara la emancipación humana. Nos encontramos ante la *crítica posible*. Una vez descubiertas otras formas, el rodamiento permite ver que es imperativo poder decidir hacia dónde va la carga, sin importar el mecanismo de movimiento. Estamos, entonces, ante la crítica necesaria que despierta con una nueva conciencia y que necesita apoderarse de la carga y de las ruedas. Una vez decidido el camino, que no puede ser otro que el camino colectivo que niegue las cadenas que lo oprimían, la tarea ineludible es asegurar que, no sólo el mecanismo de movimiento, sino el tipo de carga, la dirección y otras formas de desplazamiento sean el horizonte progresivo de emancipación de los pueblos. Estamos ante el gran reto de construir un espacio permanente para la generación histórica del pensamiento jurídico autónomo que no sea un pensamiento que se consagre a aquello de lo que huye, sino a la fundación de un nuevo espacio.

Ahora, esta búsqueda comprometida de la teoría crítica del derecho se inscribe dentro de un proceso histórico inmanente, como un elemento del proceso de lucha y transformación social, que niega dialécticamente la supuesta neutralidad de la teoría jurídica tradicional y encubre una formulación metacientífica llevada a cabo veladamente por el positivismo.[80]

Ante esto, la emergencia de la técnica como antítesis de la realidad social que suele plantear la teoría tradicional del derecho esconde en su tecnicismo la imposibilidad de una revolución y el fracaso de la secularización en la modernidad liberal que lo que realmente hizo fue sustituir de

80 Jacobo Muñoz, "Introducción. Max Horkheimer y la Evolución de la Teoría Crítica", en Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica,* España, Paidós, 1988, p. 10.

la relación entre "dios" y los "creyentes" por la de los "técnicos" y los "profanos".[81] Es la diferenciación social realizada desde arriba que hace difícil la formación de conciencia social en las y los abogadas y abogados.

La crítica necesaria del derecho no puede convertirse en un espacio de clausura, pues responde a su propia crítica permanente, "el reconocimiento crítico de las categorías que dominan la vida social contiene al mismo tiempo su sentencia condenatoria".[82] Lo que lleva a considerar que el proceso científico es un proceso social, en la medida que su ideación no puede abstraerse de la realidad social y de sus sujetos, tanto las/os juristas como los seres históricos en cuyo beneficio debe ir orientado su esfuerzo transformador:

> El rasgo más sobresaliente de la actividad del pensamiento consiste en determinar por sí misma qué debe hacer la teoría, para qué debe servir, y no sólo en algunas de sus partes, sino en su totalidad. Por ello su propia esencia la remite al cambio histórico, a la instauración de una situación de justicia entre los hombres.[83]

El constructivismo de una teoría crítica debe verse reflejado en la comprobación de la teoría en la *praxis* social. La *praxis* social se diferencia de la práctica indolente y mecánica del derecho que se produce en el campo del derecho, en cuanto no basta con la descripción institucional de esta práctica, sino en su necesidad de incidir sobre aquella. La ideología es un concepto central en el análisis del derecho, pues permite desnudar la realidad social y el contenido instrumental del derecho a favor de la hegemonía; no obstante, una teoría del derecho fundado en aquella, debe generar una *teoría practicable*,[84] lo que quiere decir que debe describir un determinado rigor metodológico, aunque fundado en otros esquemas epistemológicos que, para el caso del nuevo constitucionalismo latinoamericano, debería ser el *programa emancipatorio* inserto materialmente en nuestras constituciones en Bolivia, Ecuador y Venezuela.

---

81 Pierre Bourdieu, *El Campo Político, La Paz, Editorial Plural,* 2001, p. 12.

82 Jacobo Muñoz, "Introducción. Max Horkheimer y la Evolución de la Teoría Crítica", en Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica,* p. 18.

83 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica,* p. 77.

84 Manuel Atienza, *en Manuel Atienza, Luis Salazar y Arnaldo Córdova, ¿Por qué Leer a Marx hoy?,* p. 22.

V. Conclusiones

Negar la existencia de otras *epistemes* en el derecho independientemente si son ubicadas como del sur, significaría negar categóricamente al otro y su existencia, es por eso que el modelo liberal de mercado está en crisis y su replanteamiento es necesario. El pensamiento jurídico crítico entonces, no sólo que debe fomentarse en el sur, sino que debe desarrollarse con el fin de crear una *paradoxa* (*doxa* paralela) propia de las naciones no hegemónicas.

La construcción de estatutos epistemológicos desde el sur no solo es posible, sino que es necesaria, por la crisis de modelos que no se ajustan a realidades distintas; y porque, es necesario actualizar y localizar dichos estatutos para una efectiva validez y vigencia, independientemente de su imperfección o no reconocimiento. Lo importante, es hacer los intentos para el logro no sólo de la emancipación, sino de la libertad frente a un *habitus* impuesto.

Existen experiencias exitosas desde lo subalterno que han logrado modificar al modelo hegemónico; y por ello, hay que incentivar al activismo político, activismo judicial y al activismo intelectual y académico, desde las vivencias prácticas, sólo con ello conseguiremos tener respuestas más claras y eficientes a las necesidades existentes.

Alentar la rebeldía intelectual y de conciencias, es una tarea para ser más críticos respecto de los modelos y estatutos impuestos vengan de donde vengan, y deconstruir los modelos existentes para identificar las lógicas perversas ocultas y salvar lo que puede asimilarse a los modelos propuestos.

Los trabajos desarrollados en la presente obra, pretende incentivar desde la academia latinoamericana, la investigación jurídica relacionada estrechamente con las ciencias sociales y la creación de modelos epistemológicos y de teoría social que no busquen a la universalidad como un fin, sino al ser humano en su multiplicidad como centro de dichas construcciones. Citando a *Francisco López*, "depende de nosotros convertir la crisis de paradigmas de las ciencias sociales en la región, en coyuntura propicia para imaginar y construir un nuevo futuro a partir del accionar de las ciencias sociales latinoamericanas y caribeñas",[85] elaborando una nueva agenda con contenidos propios que permitan reestructurar el pensamiento jurídico de la región.

85 Francisco López Segrera, "Abrir, Impensar y Redimensionar las Ciencias Sociales en América

Por otro lado, el afirmar que el contenido ideológico en una estructura espistémica circular, que se encuentra contenida en las normas jurídicas cierra el debate jurídico y lo reduce a los valores liberales, plantea que las normas jurídicas *per se* no tienen el poder de transformar la realidad y modelar la conducta y los patrones sociales. No debemos esperar más de lo que éstas, ciertamente, pueden hacer. Sin embargo, no podemos desconocer que son un espacio importante donde se discuten y materializan gran parte de los valores sociales, ideologías y patrones culturales. Por esta razón es que, si queremos, transformar la sociedad debemos ampliar el contenido ideológico de las normas positivas a lo social: la propiedad sí, pero lo social también. Las normas jurídicas del desarrollo económico –las viejas y las que vienen– deben incorporar lo social en su elaboración, al igual que las que conforman el núcleo duro de la tradición jurídica: los códigos civil, penal, comercial, y sus respectivas leyes adjetivas–; y, las de la organización del poder.

Luego, debe también ampliarse sobre la base del pluralismo jurídico y la tolerancia democráticos, y el reemplazo del formalismo jurídico por la constitucionalización del derecho, y su instrumentación en la formación de las/os abogados. El empoderamiento de un rol distinto de las/os jueces se desarrolla en gran medida en las aulas universitarias; rol de creadores del derecho, de activistas sociales responsables, y subsidiarios, y de sujetos comprometidos con la transformación de la justicia, deberá ser perfeccionado en la Escuela Judicial, que se encuentra dentro del Consejo de la Judicatura.

No hay tregua ni cuartel en esta transformación social, donde lo único que podemos perder son las cadenas de la dominación ideológica. Lo social tiene una historia con nuevas formas, especialmente, a partir del nuevo constitucionalismo latinoamericano que busca remover las barreras estructurales de la exclusión y la dominación.[86]

Las nuevas constituciones regionales de la resistencia contrahegemónica (Bolivia, Ecuador y Venezuela) pueden ser la mecha que encienda la necesidad de hacer un derecho liberador y al servicio de las personas excluidas. La crítica posible debe pasar a este nivel superior para no tener que plantearnos la cuestión sobre si hablamos del derecho de la miseria o la

Latina y el Caribe", en Edgardo Lander (Comp), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales,* Buenos Aires, CLACSO, 2000.

86 Cfr., Roberto Viciano y Rubén Martínez, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*.

miseria del derecho. Este libro que introducimos con este ensayo, y mas concretamente la Serie Crítica y Derecho, evidencian la necesidad de pasar un nivel teórico y práctico constructivo a partir de lo que hemos llamado aquí *horizonte posible de la crítica*. Hemos querido iniciar esta serie con un ensayo introductorio que inaugure su primer libro denominado "Emancipación y transformación social".

El pensamiento jurídico crítico necesario será el eje cohesionador de todo este proceso de cambio para desenmascarar los vicios del derecho liberal, los excesos y ausencias de la práctica judicial burocratizada; y, el establecimiento de un uso, principalmente estratégico, militante del derecho para la emancipación de las personas excluidas.

Pensamiento crítico que debe ser fundador de un nuevo *episteme* iconoclasta de la tradición jurídica e implacable con los epígonos de su resistencia farisea. Si queremos realmente realizar una transformación ideológica profunda y permanente, es indispensable empezar por una *fuga teórica* que no esté consagrada "siempre a aquello de lo que se huye, sino a una fundación radical de un nuevo espacio, de una nueva problemática, que permita plantear el problema real"[87]. Debe ser parte, además, de un continuo histórico de lucha y resistencia a la opresión a través de un necesario giro epistémico y un salto dialéctico que consagren un derecho como instrumento de transformación social, particularmente, a partir del programa emancipador, materialmente desarrollado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano desde el sur. En otras palabras, el horizonte posible debe convertirse en necesario, en tanto la crítica sea la construcción de nuevos patrones, estructuras y conocimiento, que busque la superación histórica de la exclusión y la explotación del hombre por el hombre. Es a la vez un horizonte para la organización social colectiva y su actuación política para la emancipación y las nuevas formas de la insurgencia. Resumo estos anhelos en la invitación de *Marx* a esta noble empresa, en la frase que se repite del encabezado de este ensayo.

> La crítica no arranca de las cadenas las flores ilusorias para que el hombre soporte las sombrías y desnudas cadenas, sino para que se desembarace de ellas y broten flores vivas.[88]

87 Louis Althusser, "Del Capital a la Filosofía de Marx", en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital, Siglo XXI editores, México, 2006, p. 60.*

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian, Courtis, *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

————, "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en Comisión Andina de Juristas, CAJ; *Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos*, Lima, 2003.

Althuser, Louis, Étienne, Balibar, "Filosofía Arma de la Revolución", en Louis Althuser y Étienne Balibar, *Para Leer del Capital*, México, Siglo XXI Editores, 2006.

Althusser, Louis "Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado", en Slavoj Zizek, comp., *Ideología. Un mapa de la discusión,* México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

————, "De El Capital a la Filosofía de Marx", en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital*, México, Siglo XXI Editores, 2006.

Althusser, Louis, "Del Capital a la Filosofía de Marx", en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital*, México, Siglo XXI editores, 2006.

————, "Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado", en Slavoj Zizek, (comp.), *Ideología. Un mapa de la discusión,* México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Andrade Ubidia, Santiago, ed. *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional-UASB, 2009.

Atienza, Manuel y Juan, Ruiz Manero, *Para una Teoría Postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra-Temis, 2009.

Atienza, Manuel, en Manuel Atienza, Luis Salazar Carrión y Arnaldo Córdova, *¿Por qué Leer a Marx hoy?*, México, Fontanamara, 2009.

Ávila Linzán, Luis Fernando, "El Acceso a la Justicia y la Emancipación de las Personas Excluidas", *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

————, "La Constitucionalización de la Administración de Justicia", en Ramiro Ávila, ed., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

88 Karl, Marx, *En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel,* p. 491.

————, "Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna", en Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

————, "Los Caminos de la Justicia Intercultural", en Carlos Gallegos-Anda y Danilo Caicedo, eds., *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

————, *Jurisprudencia Obligatoria: Prontuario de Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

————, "Introducción: La Transformación de la Justicia", en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Benedetti, Mario, "La América por descubrir", en *Nuestra América y el V Centenario*, Quito, Editorial El Duende, Abya-Yala-CONAIE, 1990.

Bourdieu, Pierre, *El Campo Político*, Bolivia, Editorial Plural, 2001.

Bunge, Mario, *La investigación científica*, Madrid, Siglo XXI, 2000, p. XIII.

Cárcova, Carlos María, "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho", en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

Cardoso, Fernando y Enzo, Faletto, "Dependencia y Desarrollo en América Latina", en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.

Correas, Óscar, "El Otro Kelsen", en Óscar Correas, comp., *El Otro Kelsen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

————, *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*, México, Fontamara, 2006.

————, *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacan, 1994.

Courtis, Christian, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

Dulizky, Airel, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado", en Victor Abramovich y otros, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editoral del Puerto, 2007.

Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1998.

Facio, Alda, *Hacia otra teoría crítica del derecho*, ed., Santiago, LOM Ediciones, 1999.

Freire, Paulo, *Educación liberadora: bases antropológicas y pedagógicas*, Buenos Aires, Espacio, 1970.

Enrique Dussel, *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001

————, *Filosofía de la liberación*, Santafé de Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1980.

García Villegas, Mauricio, Isabel Jaramilo, Esteban Restrepo, *Crítica jurídica*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006.

Gargarella, Roberto, "El nacimiento del constitucionalismo popular", en Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

————, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: algunas reflexiones preliminares", en *Crítica y emancipación: revista latinoamericana de ciencias sociales*, Vol. 2, No. 3 (ene.-dic. 2010), Buenos Aires, CLACSO, 2010.

————, "Prólogo", *Desafíos constitucionales,* en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, eds., *La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008.

————, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

————, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, ES: Gedisa, 1999.

Gramsci, Antonio, *Introducción a la Filosofía de la Praxis*, Barcelona, Editorial Península, 1972.

Horkheimer, Max, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, Madrid, Paidós, 1988.

José Carlos Mariátegui, *Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*, Rosario Santa Fe, Kolektivo Editorial "Último Recurso", 2004.

Méndez, Juan, O´Donnell, Guillermo y Pinheiro, Paulo Sergio (comps.), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

Laclau, Ernesto, *Emancipación y diferencia*, en sesión decimo tercera de epistemología, Buenos Aires, Ariel, 1996.

Lefort, Claude, *La Incertidumbre Democrática: ensayos sobre lo político*, Madrid, Embajada de Francia en España y Editorial Anthropos, 2004.

Lhumann, Niklas, *Sistemas Sociales*, Barcelona, Antropós, 1984.

López Segrera, Francisco, "Abrir, Impensar y Redimensionar las Ciencias Sociales en América Latina y el Caribe", en Edgardo Lander (Comp), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales,* Buenos Aires, CLACSO, 2000.

López, Diego, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

Magnet Colomer, Jordi, "Fetichización Jurídica y Derechos Sociales", en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 4, Madrid, Universidad Complutense, 2008.

Marini, Ruy Mauro, "Dialéctica de la Dependencia", en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.

Marx, Karl y Friederich, Engels, "La relación entre el Estado y el derecho y la propiedad", en José María Martinelli, (comp.), *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.

————, "En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel", en José María Martinelli, (comp.), *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.

————, *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*, México, Editorial Grijalbo, 1968.

Mouffe, Chantal, *En Torno a lo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Muñoz, Jacobo, "Introducción. Max Horkheimer y la Evolución de la Teoría Crítica", en Max Horkheimer, *Teoría tradicional y teoría crítica*, Madrid, Paidós, 1988.

Nieto, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Olsen, Frances, "El sexo del Derecho", en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

Pashukanis, Evgeny, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985, pp. 71-79.

————, "Ideología y Derecho", en José María Martinelli, comp., *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000. Documento original: Evgeny Pashukanis, "Ideología y Derecho", México, Editorial Grijalbo, 1976.

————, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985.

Pazmiño, Patricio, *Descifrando Caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*, Quito, FLACSO, 2010.

Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.

Phelan, John, *El Reino de Quito en el Siglo XVII. La política burocrática en el imperio español*, Quito, Banco Central, 1995.

Pourtois, Jean Pierre y Desmet, Huguette, *La Ciencia de Hoy en el Acercamiento de las Disciplinas*, Barcelona, Ed. Herder, S.A.

Pulantzas, Nicos, *Hegemonía y dominación en el estado moderno*, México, Ediciones Pasado y Presente, 1985.

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

Santos, Boaventura De Sousa y Mauricio, García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

————, "Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia", en Boaventura De Souza Santos y García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

————, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, 2003.

————, y César, Rodríguez Garavito, eds., *Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthrophos, 2005.

Stavengahen, Rodolfo, "Siete Tesis Equivocadas sobre América Latina", en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.

Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Editorial Ediciones de Hoy S.A., 1994.

Vasconi, Tomás Amadeo, "Cultura, Ideología, Dependencia y Alienación", en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.

Vásquez, Rodolfo, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, México, Porrúa-ITAM, 2005.

————, *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, Fontamara, México, 1997.

Viciano, Roberto y Rubén, Martínez, *El Nuevo Constitucionalismo en América Latina,* Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010

Wray, Alberto, *Modernidad y tradición en el pensamiento jurídico del siglo XIX*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso en el centenario de su nacimiento: ensayos, 1995.

Zaffaroni, Raúl Eugenio, *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998.

Diálogo interdisciplinario y crítica del desarrollo

Derecho y Cultura: el derecho humano a la cultura propia

Bartolomé Clavero*

Resumen
El derecho a la cultura propia es presentado por el autor como un concepto complejo que vincula a las personas a su cultura particular, lo cual les permite construirse individual y colectivamente. Niega, por tanto, las concepciones de la cultura como experiencia universalista, totalizante y civilizadora. Considera, además, que este derecho ha existido en germen desde la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos. Finalmente, cree importante la creación del Consejo de Derechos Humanos y ve como un reto importante el ampliar este derecho a otros colectivos no indígenas.

Palabras clave
Cultura, derecho a la cultura, derecho a la cultura propia, derechos humanos, pueblos indígenas, ordenamiento social.

* Doctor en derecho y catedrático de la Universidad de Sevilla. Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.

Permítanme comenzar por lo que considero una evidencia para cuya constatación no hay necesidad de historias ni de filosofías, pero cuyo reconocimiento no sólo no suele producirse, sino que incluso viene estorbándose por las narrativas históricas y las filosofías jurídicas imperantes hoy en día. Todos los seres humanos nos socializamos en una cultura particular, en una de entre tantas culturas que existen en el seno de la humanidad. Aún más, todos los seres humanos nos *individuamos*, nos hacemos individuos, seres individuales, gracias a una cultura en particular y no a alguna de alcance universal, no a alguna improbable cultura que se comparta por toda la humanidad. Todos los seres humanos lo somos, llegamos a serlo, por la cultura en la que nacemos y con la que nos criamos.

Con la salvedad si acaso de los marsupiales, entre los mamíferos, los humanos somos los animales más incapaces y más dependientes al nacimiento. Somos también quienes, entre todo el resto de los animales, nacemos con un mayor potencial de capacitación e independencia, de ser individuos con entidad propia. No la tenemos de nacimiento, sino que la logramos gracias a la cultura particular que nos *individua* y socializa; gracias a ella, podemos capacitarnos e independizarnos, conseguirlo tanto como para hacernos con otras culturas particulares o incluso para optar entre ellas, entre culturas varias, en el planeamiento y desarrollo de nuestros proyectos de vida.

Despejemos de entrada un equívoco al que se presta la palabra cultura en los medios de unas lenguas de matriz europea. La cultura a la que me refiero no es una exclusiva de nadie, de aquellos ni aquellas que se consideran cultos y cultas. Todas y todos nacemos, nos *individuamos* y nos socializamos, en una cultura determinada, en una cultura con valor para su medio a tales efectos de *individuación* y socialización. Dicho de otro modo, cuando se habla de cultura a tal propósito básico, no hay medios cultos y medios incultos, culturas cultas y culturas incultas o, dígase también, incivilizadas. La civilización o las civilizaciones son culturas o conjuntos de culturas que, por haberse expandido a costa de otras, se creen superiores.

Normalmente, en el lenguaje jurídico, suele tomarse el concepto de cultura como objeto de derecho en un sentido menos básico, el de habilidades añadidas y destrezas suplementarias que se adquieren mediante la instrucción programada y el estudio deliberado. Hay un abanico que va

de la artificialidad de unas artes a la utilidad de unas ciencias. Para esto suele hablarse del acceso a la cultura y a sus beneficios como objeto de un derecho. Es expresión que no tiene sentido cuando nos referimos a la cultura como base de la individuación y socialización de los seres humanos. La misma hace referencia a algo más elemental, tanto que suele preterirse, y a algo también más dilatado. No hay acceso a cultura en tal sentido básico pues todos y todas, por existir y desenvolvernos, ya hemos accedido al menos a una.

Con este preámbulo, con este mero recordatorio de pura evidencia, podríamos pensar que nos encontramos ante el primer derecho humano, el derecho a la cultura así identificada, la de valor primario. Puede haber buenas razones para no aceptarse este aserto, el de tal carácter primario del derecho a la cultura propia. Cabe afirmar por supuesto que el primer derecho, es el derecho a la vida y a una vida digna, conforme a la dignidad que merece todo ser humano, no sólo así a la existencia física, sin la cual no hay posibilidad de otro derecho ninguno mínimamente efectivo. Más obsérvese que este derecho a la vida, y no en cambio el de la cultura, resulta de carácter intransitivo para la fundación y articulación de un orden social, esto es, del derecho en su alcance social. Así es a no ser que se entienda que el derecho a la cultura propia se comprende, como debiera, en el derecho a una vida digna.

El derecho a la vida impone, por sí, unos deberes morales, y ciertamente bien fuertes, de respeto al individuo, pero no establece unas pautas estrictamente jurídicas. Unas normas de este género no se derivan del mismo, del derecho elemental a la vida; no predica nada respecto a cómo deba organizarse la sociedad en un sentido positivo. Sienta unas reglas morales de alcance negativo respecto al ordenamiento jurídico. Dice que no lo es, que no es derecho, el que no parta del respeto a la vida humana o el que ponga por sí mismo en juego medios para destruirla o para degradarla.

El derecho a la cultura propia añade algo en términos ya positivos. El ordenamiento jurídico debe servir ante todo para que el ser humano pueda gozar pacíficamente de la cultura en la que se *individua* y socializa, lo cual inmediatamente significa que el grupo humano identificado con ella, con dicha cultura, debe gozar de condiciones para que la misma pueda reproducirse bajo el mismo signo de la paz. Ya se están así definiendo las

bases no sólo para una dimensión individual del derecho, el derecho a la cultura propia, sino también para una dimensión colectiva, para esta otra cara necesaria del mismo derecho, el derecho del grupo a la reproducción pacífica de su cultura, a contar con los medios, o dígase si se prefiere con los poderes o también con el espacio de autonomía, para dicha vida social, no sólo individual, en paz.

Por esto digo que el derecho a la cultura es un primer derecho, uno primero de alcance constituyente para el orden social. Es el que sirve para identificar no sólo a los sujetos individuales, sino también a unos primeros sujetos colectivos del ordenamiento social al que llamamos de ese modo, derecho. Derecho y cultura: el derecho humano a la cultura propia.

Más resulta que no es el caso, quiero decir que el derecho a la cultura propia no se entiende por lo común como primer derecho ni en su doble alcance, el individual y el colectivo, ni en ninguno de ellos por separado, ni como derecho básico del individuo ni como principio constituyente de la comunidad. No se le entiende comprendido en el derecho a una vida digna, a una mínima dignidad humana. Con un carácter general, un tal derecho bivalente a cultura propia ni siquiera se concibe en el orden internacional de los derechos humanos. Mírese su despliegue, el de este orden internacional de los derechos humanos, desde la Declaración Universal, hace ya más de medio siglo, no se encontrará formulado tal derecho a la cultura propia como derecho humano de alcance general ni en la Declaración Universal ni en toda la nutrida normativa que la desarrolla. No figura en los cuerpos fundamentales de este orden internacional de derechos humanos, en el par de Pactos Internacionales de 1966, ni en el de los Derechos Civiles y Políticos ni en el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Hay aquí derechos culturales, pero comience por observarse que vienen en un último lugar, en la misma Declaración Universal aparecían en un momento avanzado. Y hay razón para la relativa postergación. El derecho a la cultura que se registra es el que mira al acceso a habilidades suplementarias y no a la capacitación básica en la propia cultura de nacimiento y crianza. Por ello, porque es otro derecho y no aquel primario del que estamos hablando, es por lo que viene en posición postrera. En la Declaración Universal, la evidencia de que la cultura particular resulta

clave para el individuo sólo aparece en la forma de constatación de hecho para la fundamentación de deber y no de derecho: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad".[1]

La doctrina jurídica imperante arropa y asegura para lo bueno y para lo malo, para la defensa de los derechos humanos como para la deficiencia del derecho humanísimo a la cultura propia. Sigue todavía la doctrina por lo común entendiendo que el derecho a la cultura no es un derecho, como suele decirse, de primera generación, sino de alguna más postrera, porque se entiende que hace referencia a la educación suplementaria, no a la *individuación* y socialización básicas. Abundan los manuales y tratados que sitúan los derechos culturales en una tercera generación, tras la primera de los derechos personales y la segunda de los derechos sociales, sin haber tomado previamente en consideración clase alguna de derecho a la cultura propia, como si esto fuera indiferente al propio despliegue de los derechos. Abundan manuales y tratados con dicha doctrina de las generaciones de los derechos humanos o también de los derechos constitucionales.

Obsérvese que la propia presentación de los derechos en el orden internacional responde a dicha lógica no muy humana. Ya lo hemos apreciado; en el despliegue de los derechos humanos los culturales figuran en la cola, tras los civiles, los políticos, los económicos y los sociales. Durante bastantes años, tanto como prácticamente todo el tiempo de su existencia, los derechos mismos se han ubicado en lugar subordinado a lo económico y a lo social, a la economía y a la sociedad, en el organigrama de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). La Comisión de Derechos Humanos ha venido ocupando una posición subsidiaria al Consejo Económico y Social.

Desde los orígenes de Naciones Unidas, operaban los planteamientos concordes en este punto de los Estados capitalistas y los Estados socialistas que las fundaron. Unos como otros tenían a los derechos como lo propio de un estado ulterior a la afluencia económica y a la homogeneidad social más o menos generalizada. Hoy en cambio, pero un hoy que ha comenzado en este año de 2006, ya no hay Comisión de Derechos Humanos subor-

1 Art. 29.

dinada a Consejo Económico y Social. La misma se ha refundado como Consejo de Derechos Humanos situado entre los organismos superiores de Naciones Unidas; ya no ocupa tal posición subsidiaria de otro Consejo.

Es un síntoma elocuente de replanteamiento en marcha o ya incluso avanzado. De suyo, los derechos humanos han venido desarrollándose de forma que, afortunadamente, no guarda entera consecuencia con los presupuestos fundacionales de Naciones Unidas o, en concreto, con las mismas presunciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Debe ahora interesarnos esto pues importa al asunto clave del derecho a la cultura. Ha habido realmente novedades desde relativamente temprano.

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se acordaron en 1966 y están en vigor desde 1976, representan desde entonces el despliegue y la concreción más relevante de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, pero no se limitan a desplegar y concretar, introducen algún punto nuevo, como uno que resulta clave respecto al derecho a la cultura propia, para esto que no se contemplaba en cambio por la Declaración Universal.

Aparece la novedad en el Pacto sin duda principal entre los dos principales, el de los Derechos Civiles y Políticos. Antes de que los derechos culturales de tercera generación comparezcan en el pacto correspondiente, resulta que un derecho a la cultura de primera generación, pues lo es a la cultura propia aparece entre los derechos civiles y políticos. No se trata de un error en la sede, sino de una rectificación parcial de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La novedad se contiene en un artículo que contempla un sujeto realmente nuevo en el ámbito concreto del despliegue internacional de Derecho y cultura: el derecho humano a la cultura propia hasta el momento, el de las *personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, a las cuales se les habilita "el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar la propia religión y a emplear su propio idioma". Se reconoce práctica de comunidad, pero derecho tan sólo de individuo. He ahí en todo caso el derecho a la cultura propia como derecho primario reconocido a quienes pertenecen a minorías.

Y es un derecho que en el mismo seno de Naciones Unidas tiende a entenderse como de un alcance superior al literal de sus términos más concretos de referencia, los de lengua y religión. El organismo internacional que supervisa el cumplimiento por Estados y la reclamación por individuos de las libertades contempladas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el Comité de los Derechos Humanos. No se confunda con la antigua Comisión y actual Consejo de los Derechos pues éste, el Consejo, se compone de representantes de Estados y aquel otro, el Comité, de expertos o expertas independientes. Pues bien, este órgano supervisor y jurisdiccional interpreta el artículo sobre *minorías étnicas, religiosas y lingüísticas* extendiendo el objeto del derecho a la cultura propia a un ámbito material necesario para el ejercicio "en común" de las expresiones culturales de carácter inmaterial como esas de la lengua y la religión.

Cultura humana, en su sentido básico, no sólo resulta así un conjunto de habilidades adquiridas por el sujeto humano individual, sino también toda una serie de medios materiales de la comunidad humana que la produce y la reproduce, que la genera y regenera, que la cuida y la transmite. Es también cultura el despliegue de los recursos colectivos necesarios para la vida del agrupamiento humano que la presta y encomienda a quienes nacen y crecen en su seno. Dicho de otro modo, hay cultura material tan importante como la intangible para la propia existencia colectiva e individual, para las comunidades humanas y para los individuos humanos. Por ilustrar digamos que cultura no sólo es el dominio de una lengua en la sociedad, sino también el control de unos recursos en el territorio. Lo es, conforme a la propia doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la forma de interrelación entre unas dimensiones y otras, entre las materiales y las inmateriales.

Después de los Pactos Internacionales, algo más de un par de décadas más tarde, otro instrumento de derechos humanos reitera el registro trayendo especificación. Es la Convención de Derechos del Niño de 1989, la cual entiende que niños, niñas y adolescentes ya cuentan con los derechos de la gente adulta, pudiendo ejercerse y debiendo garantizarse en la medida que la edad lo permita. En este instrumento se especifica algo que estaba sobrentendido en el Pacto y esto es que el reconocimiento se apli-

ca a los indígenas. Son sujetos del derecho a la cultura propia quienes pertenecen a determinadas minorías y las "personas de origen indígena". En consecuencia, "no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural…".[2]

Este sector más vulnerable puede ser el más expresivo de la latencia del derecho humano a la cultura propia. Desde bien temprano, tanto como desde la misma fecha de la Declaración Universal, a finales de 1948, ya hubo un instrumento considerando implícitamente para la infancia el derecho a la cultura propia. La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que data de entonces, tipifica como tal el "traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo", práctica usual de cara a indígenas en bastantes latitudes para producir un cambio de cultura.

A aquellas alturas de 1989, las de la Convención de los Derechos del Niño, un instrumento internacional define ese sujeto indígena del derecho a la propia cultura. Es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Su relación con el ordenamiento internacional de los derechos humanos es problemática, pues procede de una agencia especializada de Naciones Unidas y no de los organismos que vienen desarrollando la Declaración Universal. En todo caso, a falta de una norma más apropiada que ya estaba por entonces debatiéndose, y a la que luego me referiré, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, reflejando un cierto consenso, viene considerando dicho Convenio como la norma, por ahora, del orden internacional sobre derechos humanos para los sujetos indígenas.

Su definición es lo suficientemente expresiva como para ahorrarnos glosa. Según dicho Convenio, los pueblos indígenas se constituyen y reconocen "por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de

2 *Convención sobre los Derechos del Niño*, Art. 30.

ellas",[3] añadiendo acto seguido que *la conciencia de su identidad indígena* ha de ser *criterio fundamental* para la respectiva identificación como pueblo. La conciencia colectiva es un elemento básico de la cultura propia.

Ahí tenemos un sector importante de gentes, las indígenas, con derecho reconocido a la cultura propia a lo ancho de la tierra y muy particularmente en América, un continente aún no descolonizado y cuyos Estados se han constituido estableciendo fronteras sin consideración para los pueblos indígenas y sin contar en caso alguno con su consentimiento. No es raro así que el supuesto abunde en este continente.

Vengamos a América, donde el derecho indígena a la cultura propia viene abriéndose paso como derecho constitucional reconocido por el Estado e incluso como derecho humano que el mismo estaría obligado a reconocer. Hagamos un rápido repaso del notable transcurso del constitucionalismo latinoamericano en el terreno de los derechos indígenas ciñéndonos al extremo del derecho a la cultura propia. Al mismo interesa no sólo su registro específico, sino también los reconocimientos más generales de la identidad y la pluralidad de culturas que constituyen la premisa y pueden ser el pie de entrada del derecho a la cultura propia.

Algunas Constituciones latinoamericanas están en efecto trayendo a la luz el derecho primario a la cultura propia, bien que comenzándose de forma bastante tímida, aislada y contradictoria. Desde 1972 la Constitución de Panamá se refiere, de una parte, a la existencia de *identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales* y, de otra, a empleo de *métodos científicos de cambio cultural*. Y es dato el de la identidad que no se traduce en título de derecho respecto a la cultura particular que la constituye.

Desde 1985, la Constitución de Guatemala procede en términos más precisos y comprometidos de derecho, no entendiendo el registro de un derecho a la identidad por causa de cultura propia como una concesión a la que ella, la Constitución, procede, sino como un reconocimiento al que la misma está obligada: "Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres". Lo es así este derecho a la par del individuo y de la colectividad, de carácter al tiempo individual y comunitario. Es derecho de

3 *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Art. 1.1.b.

mantenimiento y desenvolvimiento de la propia cultura, la indígena del caso, el derecho a su respeto y dignidad, disponibilidad y uso, reproducción y desarrollo, como forma de comunicación para la persona y de convivencia para la colectividad.

Dejemos ahora aparte lo que el derecho así doble a la cultura debiera implicar. No se hace previsión de autonomía colectiva, quedando el ejercicio de este derecho a la cultura sometido a la ley del Estado. Lo que se ha reconocido en principio como derecho políticamente indisponible, se pone así a la disposición de determinaciones políticas, bien que hayan de ser legislativas. Mas ahora lo que interesa es la identificación y el registro constitucionales del derecho a la cultura propia y además en su doble vertiente.

Las Constituciones latinoamericanas suelen proceder en los últimos años al reconocimiento de la multiculturalidad, de la diversidad de culturas existente en el seno de la respectiva sociedad, lo que puede suponer y debiera implicar el derecho a la cultura particular. Registros de identidad diversa o de multiculturalidad figuran en forma variada en las Constituciones de Nicaragua, Colombia, Paraguay, México, Perú, Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela desde, respectivamente, 1987 (Nicaragua), 1991 (Colombia), 1992 (Paraguay y México), 1993 (Perú), 1994 (Argentina y Bolivia), 1996 (Ecuador)[4] y 1999 (Venezuela).

Nicaragua presenta el interés de que al reconocimiento de la multiculturalidad se suma un régimen constitucional para el establecimiento de autonomía, lo que puede ofrecer el espacio político para el desenvolvimiento del derecho a la cultura propia tanto de individuos como de comunidades, pero la Constitución no vincula una cosa con la otra. La misma autonomía se establece en unos términos exclusivamente territoriales que, por la propia experiencia habida desde 1987, no aparecen los adecuados a las necesidades del caso. Ahí se tiene un intento más interesante quizás por los problemas que plantea que por los logros que alcanza, al menos hasta el momento.

En 1991 la Constitución de Colombia reconoce la *diversidad étnica y cultural* y establece un principio de autonomía de *entidades territoriales*

4 Nota del editor: los derechos colectivos de nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas fueron reconocidos en los Arts. 56-60 de la Constitución vigente (2008), en el entorno de la proclamación del Estado intercultural y plurinacional de su Art. 1.

entre las que contempla la de los *resguardos* o *territorios indígenas*, territorios bajo jurisdicción indígena conforme a la propia Constitución. Su previsión expresa también es la de que habrá de proveer la ley del Estado antes y por encima que la propia autonomía indígena. Y no se da la vinculación entre el reconocimiento de la diversidad de culturas y el régimen de autonomía indígena mediante el registro del derecho a la cultura propia que pudiera sustentar y fortalecer.

En 1998 la Constitución del Ecuador registra *los principios de equidad e igualdad de las culturas* como cánones rectores del orden institucional y de la práctica política.[5] En 1999 le sigue la de Venezuela registrando el *principio de igualdad de las culturas* como directriz a su vez de la *interculturalidad* que habrá de constituir a partir de ahora la guía del derecho y la política. No es ya que constitucionalmente se reconozca la multiplicidad de las culturas, sino que también se aborda como cometido constitucional la interrelación entre ellas. Estamos entre el derecho a la cultura propia, la autonomía de los pueblos indígenas y el acomodamiento constitucional de la multiculturalidad de los Estados. Son los principales motivos actuales para el derecho indígena en las Constituciones latinoamericanas. Y son estos principios relativos al derecho a la cultura particular y propia lo que ahora interesa.

No dejemos de insistir en todo lo que un tal derecho implica de entrada, pues puede que transforme un escenario o que debiera hacerlo. Un principio como el de la igualdad entre culturas constituye el título y el motivo para este derecho a la propia cultura, un derecho ante todo individual, el derecho de todos y todas, de cada una y cada uno, a aquella cultura en la que se individua y socializa, así como desde luego a toda aquella a la que libremente acceda y por la que, acumulando o alternando, libremente opte. La premisa del derecho mismo a la identidad cultural la constituye el principio de igualdad entre culturas, sin acoso entre ellas en dirección ninguna, si lo que ha de representar es libertad individual y no adscripción forzosa a la comunidad de origen ni derivación forzada hacia otra cultura como la que se identifique con el Estado y promueva por él mismo. Si rige un principio de igualdad entre culturas, la misma identi-

5 *Ibíd.*

dad cultural del Estado, por mucho arraigo incluso que haya logrado, ha de quedar suspendida y debe ser desactivada. Tal es el horizonte que se abre con el derecho a la propia cultura.

Las Constituciones del Ecuador y de Venezuela guardan una relativa consecuencia en lo que toca a la formulación del principio, el de igualdad entre culturas, y el reconocimiento del derecho, el que resulta doble, individual y colectivo, a la identidad cultural. Ecuador[6] registra el *derecho colectivo* de *los pueblos indígenas* a *mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico*. Sobre el derecho individual, sobre esta base, se pronuncia de forma bastante menos precisa: *El derecho a la identidad* y *el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad* no hacen referencia explícita en la Constitución del Ecuador al sujeto indígena.

He aquí el registro colectivo en Venezuela: *Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto*. Es la expresión colectiva del derecho individual a la propia cultura, el cual se ve amparado y garantizado ante todo por la capacidad del mismo pueblo y no tanto por el reconocimiento del Estado. Sin embargo, con toda la lógica constitucional que ahora conduce a la autonomía indígena, estas Constituciones no la reconocen como derecho en rigor constitucional.

Tanto la una como la otra, la Constitución ecuatoriana como la venezolana, crean condiciones que pudieran permitir el establecimiento en algún grado de la autonomía de comunidades y pueblos, pero el requerimiento no se asegura por ellas. El caso es que de momento el derecho individual y el derecho colectivo a la cultura propia no acaban de vincularse a la autonomía indígena como vía para la reconstitución de unos Estados reconocidamente multiculturales ni siquiera cuando se ha declarado por la Constitución misma la igualdad entre las culturas en presencia, entre todas ellas.

Las Constituciones latinoamericanas, algunas de ellas, han venido, para la referencia indígena, a un lenguaje de pueblos. No adoptan el de minorí-

6 Nota del editor: Los derechos colectivos de nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas fueron reconocidos en los artículos 56-60 de la Constitución vigente (2008), en el marco de la proclamación del Estado intercultural y plurinacional establecido en su Art. 1.

as, éste otro que en derecho internacional significa que sólo las personas, y no los colectivos, son sujetos estrictos de derechos y, entre ellos, el del derecho a la cultura propia. Pero la implicación internacional no siempre se asume y a veces incluso se repudia. Decir pueblo puede que sea una forma de no decir pueblo, de no reconocer un sujeto colectivo capaz de derechos.

He aquí lo que dice la Constitución de Venezuela en el último párrafo del capítulo que dedica a *los Derechos de los Pueblos Indígenas*, a sujetos colectivos con esta identificación: *El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional*. No es un invento venezolano, de la revolución bolivariana, sino un recurso ya acuñado por parte de aquella que dije la norma internacional, hoy por hoy, sobre pueblos indígenas, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo. Tras haber identificado al pueblo indígena del modo que hemos visto, ya procede a este pronunciamiento: "La utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional".

Hay incluso hoy una Constitución latinoamericana que no sólo identifica a los indígenas como pueblos y como comunidades, sino que incluso lo hace para reconocerles el derecho a la libre determinación. Es el caso de la Constitución de México desde la reforma del año 2001. Así se pronuncia literalmente: "Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación". Es una declaración que se produce sobre el vacío pues no va acompañada ni resulta consecuencia del derecho humano a la cultura propia que pudiera prestarle sustento e imprimirle vida. De hecho, dicho reconocimiento mexicano del derecho indígena a la libre determinación no produce efectos en la Constitución misma. No se le da juego en sus previsiones. A la hora de la verdad, la propia norma constitucional deja el derecho de pueblos y comunidades indígenas a la disposición de las entidades o Estados de la Federación dentro además del mapa municipal. México es el caso de brecha mayor entre la proclamación de principios y el diseño de posibilidades. Resulta una distancia insalvable para la propia Constitución.

Como es conocido, el derecho de libre determinación es el que principalmente caracteriza a los pueblos como sujetos en el orden internacio-

nal de los derechos humanos. El mismo no deja de seguir progresando bastante más allá de la Declaración Universal. El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aquel organismo que acaba de nacer y al que me he referido como un signo de cambio, ha aprobado en su primera sesión la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que ha estado en discusión durante cerca de un par de décadas. La eleva a la Asamblea General que, según todas las previsiones, procederá a su proclamación dentro de este mismo año 2006.

Dicha Declaración parte del principio de igualdad entre los pueblos y las personas y de la constancia de que las personas y los pueblos indígenas, en lo que se refiere al orden internacional de los derechos humanos, no han participado hasta el momento de tales términos de igualdad. Su énfasis de entrada es éste de la participación universal de los derechos humanos en pie de igualdad. De ahí procede, en su artículo tercero, este 5 Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Art.1.3. Derecho y cultura: el derecho humano a la cultura propia reconocimiento de derecho colectivo: "Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

No es ninguna exclusiva desde luego. Se dice para los pueblos indígenas lo que estaba dicho para otros pueblos por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, así en plural, pues ambos, tanto el de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comienzan de tal modo: "Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". De todos los pueblos venían excluyéndose los indígenas. Ahora se trata de reparar la exclusión para establecer la igualdad.

La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas no reconoce derechos a los indígenas que no tengamos los no indígenas. Más bien pasaba al contrario. Resulta que las personas indígenas tienen reconocido, como hemos visto, el derecho a la cultura propia que en cambio no consta en los instrumentos internacionales de derechos humanos para las no

indígenas. En realidad viene sobrentendiéndose. La apariencia de discriminación inversa o positiva a favor de indígenas ha venido encubriendo la persistencia de la discriminación sin más, la sencillamente negativa.

Las personas no indígenas contamos con el derecho a la cultura propia sin necesidad de que se venga reconociendo, pues se nos lo garantiza, sin necesidad tampoco de proclamarlo, el Estado que se identifica con ella, con nuestra cultura. Es un derecho que ahora podrá participarse a todos los pueblos. Para unos, los no indígenas, no hace falta insistir, mientras que para otros, los indígenas, la Declaración venidera, la de Derechos de los Pueblos Indígenas, hace cerca de una treintena de referencias explícitas a este elemento de la cultura propia.

En fin, el derecho a la cultura propia no resulta necesario declararlo para parte de la humanidad, para aquella parte que tiene la suerte de contar con un Estado de su cultura. Los Estados vienen ciertamente amparando y fomentando las culturas con las que se identifican y, por lo tanto, el derecho a las mismas de la gente *individuada* y socializada gracias a ellas. Atención a las políticas promotoras de derechos culturales de tercera generación, pues suelen hacer tabla rasa del derecho básico a la cultura propia con perjuicio que se concentra en los sectores carentes de Estado propio. Son efectos que se ignoran incluso cuando se trata de políticas populares.

No es un derecho en definitiva el de la cultura propia que merezca la desatención que se le viene deparando. Para unos, se le da por sobrentendido y, para todos, se le tiene por derecho de última generación, tal y como sigue apareciendo en la misma secuencia del reconocimiento internacional de la libre determinación de todos los pueblos a los efectos políticos, económicos, sociales y culturales, por este orden de dominios. Ahora, con la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, se sientan por fin las bases para el entendimiento en beneficio general, en todo su alcance y sin discriminación ninguna, de un derecho tan básico como el derecho a la cultura propia para todas y para todos, personas, comunidades y pueblos.

Bibliografía

Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 30.
Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, Art. 1.1.b.

La teoría general del Derecho frente a la antropología política

Óscar Correas*

Resumen

La *Teoría General del Derecho* (TGD) contemporánea ofrece conceptos teóricos que pueden ser utilizados por antropólogos políticos, con beneficio para la ciencia que practican. Estos conceptos permiten pensar el pluralismo jurídico, que es entendido aquí como el fenómeno de coexistencia de dos o más sistemas jurídicos que reclaman eficacia en un mismo territorio. También el llamado derecho indígena como *derecho alternativo*. La dificultad para reconocer al sistema normativo indígena como *derecho* proviene de ideologías, como la de *soberanía*, que no tienen plausibilidad teórica y que deben ser dejadas de lado por la ciencia social contemporánea. La eficacia del sistema jurídico dominante proviene, entre otras cosas, precisamente de la ideología en que son educados los juristas. Si las normas válidas son las que tienen efectividad y pertenecen a un sistema eficaz, como quiere la TGD, entonces como las normas del derecho indígena son las eficaces, son también las válidas. Sin embargo esta validez es desconocida por los funcionarios del sistema hegemónico, que no han sido educados para pensar en la posibilidad del pluralismo jurídico. El artículo tiende a mostrar que no es la TGD el obstáculo para el reconocimiento del pluralismo jurídico, sino más bien las necesidades de hegemonía del propio Estado moderno.

Palabras clave

Antropología jurídica, ciencia, derecho indígena, discurso del derecho, dominación, ideología, norma fundante, pluralismo jurídico, pluralismo estatal, política, teoría general del derecho.

* Licenciado en derecho, Universidad Católica de Córdoba; Maestría en Ciencias Sociales, Universidad Autónoma de Puebla; Doctor en derecho, Universidad de Saint-Etienne; Diploma Honoris Causa en Filosofia e Teoria Generale del Diritto, del Seminario per le Scienze Giuridiche e Politiche de la Universidad de Pisa; Fellow of the International Institute for the Sociology of Law.

I. Introducción

Desde hace algún tiempo algunos juristas del IIJ-UNAM hemos comenzado a tomar contacto con antropólogos, habiéndose revelado intereses científicos comunes, encarados, no obstante, desde disciplinas que, más temprano que tarde, deben encontrar vías de colaboración si es que han de progresar de manera significativa en la compresión de los fenómenos normativos. Este trabajo tiene la intención de mostrar a los colegas antropólogos, algunos desarrollos contemporáneos de la Teoría General del Derecho (TGD) que, a mi juicio, mejorarían el aparato conceptual con que se acercan a esos fenómenos normativos. Pretendo aportar elementos, desde la TGD, y de utilidad para los antropólogos, para definir los conceptos de *derecho*, *normas*, *sistema normativo*, *conductas*, *costumbre*, *pluralidad jurídica*, y *derecho alternativo*, todo lo cual podría redundar en beneficio de esta esperada cuanto siempre postergada relación intelectual entre juristas, sociólogos y antropólogos. Se trata aquí de las respuestas que la (TGD) puede aportar a esos colegas, en temas como el pluralismo normativo y el llamado «Derecho indígena».

Buena parte de los antropólogos se dedica a lo que solemos denominar «Derecho indígena», que es una expresión que puede entenderse en varios sentidos. Por lo que respecta a este trabajo, servirá para referir el conjunto de las normas eficaces en comunidades que contienen, en grado variable, elementos culturales indígenas, dejando para los colegas antropólogos la definición de este último concepto. Para el razonamiento que se intenta aquí esta idea es suficiente.

Lo primero que es necesario decir, es que los científicos sociales deben comprender que el desprecio que sienten hacia el saber de los juristas, si bien puede ser justificado, de todos modos no debe alcanzar a la teoría contemporánea del derecho, la cual, por otra parte, ni ha sido creada por esos juristas, ni es utilizada por ellos. El diálogo, por tanto, no será con abogados sino con juristas que, además, están interesados en la Filosofía y las ciencias sociales.

Convendrá primero poner a punto una concepción del derecho que, partiendo de las adquisiciones de la TGD contemporánea, pueda sentar las bases de ese diálogo. Parte de los malos entendidos se asientan en que

los científicos sociales toman como interlocutores a los juristas que actúan, más que como científicos del derecho, como *objeto* de la ciencia jurídica. En efecto, toman por ciencia jurídica lo que escriben los juristas dogmáticos, sin saber que la TGD, actualmente, es más una *crítica* de lo que los juristas hacen, que un cuerpo teórico que orienta su trabajo. La razón de esto, que debe parecerles un desatino, es que en las facultades de derecho no se hace ni enseña ninguna ciencia, sino una técnica al servicio del poder. Seguramente se sentirían extrañados al saber que, con contadas excepciones, quienes se dedican a la Teoría del Derecho, la Sociología Jurídica, la Filosofía del Derecho, a veces incluso la Historia del Derecho, son acreedores de una enorme cuanto explicable antipatía por parte de las autoridades y el grueso de los profesores de las facultades de derecho. Este es un fenómeno universal. No es patrimonio de ningún «ser nacional». Esta antipatía radica precisamente en uno de los hechos de que pretende dar cuenta este trabajo: la mal llamada ciencia jurídica *es parte constitutiva y sine qua non, del ejercicio del poder*.

II. Un concepto sociológico del derecho

El derecho es un fenómeno del lenguaje, tanto como «fenómeno» pueda ser el lenguaje. Conviene definirlo como «discurso prescriptivo autorizado, que organiza y por ello legitima la violencia, y que es reconocido como tal».[1]

El derecho es discurso prescriptivo

Por «discurso» debe entenderse ideología formalizada en algún lenguaje, a sabiendas de que la Semiología puede profundizar más en esta cuestión. Este discurso es producto de un uso prescriptivo del lenguaje, es decir del que se realiza con la expresa intención de dirigirse a la conducta de otros para determinarla. Pero se diferencia de otros, como la moral, en que el

1 Una explicación más detallada en Oscar Correas, *Crítica de la ideología jurídica*, México, UNAM, 1993, y Óscar Correas, *Introducción a la Sociología Jurídica*, Coyoacán, 1994.

derecho amenaza con la violencia que desencadenará contra el desobediente, alguien a quien, precisamente por ser señalado por este discurso, se convierte en funcionario público.

La amenaza de la violencia

Por «violencia» debe entenderse no sólo el ejercicio de la fuerza sobre el cuerpo de alguien, sino todas las formas de compulsión que son socialmente temidas. «Socialmente temidas» porque la compulsión se remite a mecanismos psicológicos construidos socialmente. En distintas sociedades la violencia tiene distintas apariencias. Antropólogos han hecho notar que en el derecho indígena la violencia no siempre está presente. Lo que sucede es que esas normas no amenazan con los mismos males con que lo hacen nuestras normas. No es que no haya violencia, sino que tiene distinta apariencia. Precisamente que el derecho indígena tenga más efectividad que el nuestro, se explica porque la compulsión, no siendo la misma violencia física, es aún más poderosa que ésta.

La autorización del discurso, los funcionarios

Todo derecho establece sus funcionarios. Son tales esos actores sociales que, siendo al mismo tiempo individuos como los demás, son señalados por el discurso del derecho como aquéllos cuyas acciones no serán reputadas como propias, individuales, sino como «de la comunidad». Lo único que diferencia la acción del verdugo de la del criminal, es que una norma dice que la del primero es un acto del Estado y la otra un delito. La actuación del funcionario indígena que, en obediencia de órdenes de sus superiores, aplica una sanción corporal a un individuo de su comunidad, es vista como delito por parte del derecho dominante. Pero la acción, en sí misma, no tiene ninguna diferencia con la que produce el carcelero del sistema jurídico hegemónico. Para éste, aquél funcionario es un delincuente. Pero para el sistema indígena, es una autoridad.

En el mundo comunitario, en el que describen los antropólogos como «indígena», se encuentran claramente delimitadas las conductas que son vistas como pertenecientes a la comunidad. Sin embargo los individuos que cumplen conductas de funcionarios indígenas no siempre, más bien casi nunca, están separados del resto de la comunidad. Frecuentemente trabajan como cualquier otro, y casi nunca perciben alguna retribución.[2]

El discurso del derecho, al *crear* a los funcionarios, *autoriza* su discurso *como* jurídico. Es decir, lo que el derecho cumple es la tarea de hacer que el discurso del funcionario sea legitimado como «debido», legitimando la sanción que corresponderá al desobediente. De allí que los juristas manifiesten la tendencia a sostener qué es derecho, y por tanto debe cumplirse, todo discurso prescriptivo producido por funcionarios autorizados debidamente por una norma anterior. Veremos que en esto último hay una trampa.

Se comprende mejor ahora porqué el principal teórico de este siglo, Hans Kelsen, ha sostenido que Derecho y Estado son la misma cosa. En efecto, el Estado no es alguna cosa mágica, existente por encima y más allá de los seres de carne y hueso. Eso es, ni más ni menos, una hipostatización. El Estado no es otra cosa que el conjunto de las acciones de ciertos individuos, que el discurso dice que no son acciones de ellos sino de la comunidad o «Estado». Puede decirse, en el mismo venero, que el Estado es un efecto del uso del lenguaje. Esto abre el camino para entender la posibilidad del pluralismo jurídico o multiplicidad de estados, algunos de los cuales hegemonizan a otros. Volveremos sobre esto.

Tenemos entonces un discurso prescriptivo, autorizado, que amenaza con la violencia, que establece sus propios funcionarios. Ciertamente que así dicho, pareciera que se sostiene que el derecho es un discurso sin productor. Aunque en cierto sentido así es, de todos modos no deja de ser claro que hay *alguien* que lo produce y que pretende ser obedecido, que pretende la *hegemonía* en la sociedad de que se trate. Ese «alguien», su rostro, tiene que ser descubierto por las ciencias sociales. La TGD no puede ir más allá. Sólo en concreto, la sociología, la antropología, la sociología

2 Recuérdese que Engels trató esta cuestión en *El origen de la familia, el estado y la propiedad privada.*

jurídica, pueden aportar novedades. La TGD, para ser tal «teoría», no puede ir más allá de señalar, claramente desde luego, cosa que algunos teóricos «olvidan» decir y sobre todo enseñar, la presencia de un productor del discurso.

Es tarea de las otras ciencias sociales establecer al peso específico de los distintos grupos y clases sociales en la determinación del *contenido* de las normas. Cuando la TGD dice que existe un productor del discurso, de ninguna manera quiere decir que ese «productor» sea una persona, un solo grupo social, o que los dominados no tengan participación en la creación del derecho.

El reconocimiento del discurso del derecho

Finalmente, este discurso prescriptivo especial, para ser derecho, debe ser *reconocido* como tal. No tendría ningún interés científico estudiar discursos prescriptivos que no cumplen el cometido de hacer que alguien haga algo. Es decir, el discurso de que hablamos tiene una *efectividad* y una eficacia propias. Como veremos enseguida, las normas lo son siempre que tengan un grado importante de efectividad y pertenezcan a un sistema eficaz.

La TGD contemporánea ha destacado suficientemente que no es derecho el discurso de alguien que se pretende funcionario, sino solamente si ese discurso tiene alguna efectividad. Así, algunos teóricos han sostenido que *derecho* es lo que dicen los jueces y no el legislador. Otros han sostenido que *derecho* es el conjunto de normas que son vividas, psicológicamente vividas, como obligatorias por la población y, desde luego, también por los jueces y demás funcionarios públicos. Como se ve, a diferencia de lo que se enseña en las facultades de derecho, la teoría no considera interesante definir este concepto sobre la base de lo producido por el poder, sino más bien sobre la base de lo que realmente, «sociologicamente» digamos, sucede.

III. Las normas jurídicas y el discurso del derecho

Las normas

Para la TGD, las normas son construcciones lingüísticas, que consisten en la modalización deóntica de (la descripción de) una conducta. Por ejemplo «obligatorio prestar trabajo comunitario» es una norma en la que se distingue el modalizador deóntico «obligatorio» y la descripción de una conducta: «prestar trabajo». Una norma, entonces, se simboliza como Op, Pp, Ap o Vp (obligatorio, permitido, autorizado, o prohibido «p» que es la descripción de la conducta.

Sentido deóntico y sentido ideológico

Es interesante notar que el derecho existe en textos, escritos u orales, en el interior de los cuales deben ubicarse, encontrarse, las normas. Casi nunca se encuentra un texto en el que la norma aparece en la forma canónica de *O*p o «si sucede *A*, entonces un funcionario de la comunidad *debe aplicar* cierta sanción *B*». Por el contrario, y mucho más cuando se trata del tipo de textos que estudian los antropólogos, las normas están como escondidas en discursos que contienen otras ideologías, a veces sumamente complejas y difíciles de analizar. El antropólogo puede ser el mejor testigo de que, para saber cuáles son las normas de una comunidad, es necesario hacer complicados análisis para desentrañarlas del abigarrado texto lleno de símbolos y mitos. En realidad el abogado moderno también procede así: se enfrenta a complicados textos que dicen tener cierta intención pero luego la desmienten en las normas que crean. Y en ese *mare mágnum* de palabras, aquí sí, escritas, debe navegar hasta encontrar las normas que le permiten solucionar un caso. No es cierto que las normas estén claramente establecidas en la legislación escrita. Si eso fuese verdad, entonces nunca se daría el conflicto por interpretaciones distintas de los textos. Y si algo prueba la experiencia jurídica, es que todos los días hay esas múltiples interpretaciones de los textos.

Llamaremos *sentido deóntico del discurso del derecho* a esas normas que, luego de un trabajo intelectual a veces importante, pueden encontrarse en los

textos que se presentan, a primera vista, como «del derecho». Y llamaremos *sentido ideológico del discurso del derecho* a cualquier otro mensaje que pueda leerse en tales textos. Los antropólogos saben mucho de esto: es su oficio estudiar la ideología en que vienen envueltas las que llama «costumbres».

Normas escritas y no escritas, la costumbre

Lamentablemente los antropólogos, siguiendo a los juristas precisamente en lo que no debieran seguirlos, usan la palabra «costumbre» para referirse a las normas no escritas. Lo primero que hay que hacer es dejar de lado ese término confuso, y hablar, simplemente, de derecho escrito y no escrito. Con ello se terminaría la lamentable cuanto inútil discusión acerca de si las normas de las comunidades son o no derecho, y acerca de la diferencia entre derecho y costumbre. Lo único que se debería hacer es preguntarse, frente a los textos normativos, escritos o no escritos, es si responden o no a las características de la definición de derecho. Y conforme con nuestra definición, lo que los antropólogos observan en las comunidades, ¿son discursos prescriptivos, que amenazan con la violencia, que crean funcionarios, y que son reconocidos como obligatorios por la comunidad? Si lo observado responde al concepto, entonces es derecho, esté o no escrito, digan lo que digan los funcionarios del Estado dominante, digan lo que digan los textos de los juristas.

Normas y conductas

Los antropólogos, pero también otros cientistas sociales, cometen el lamentable error de confundir las normas con las conductas. Sobre todo cuando las normas son no escritas. Cuando se ensaya preguntarles a qué se refieren con la palabra «costumbre», dicen, invariablemente, que se refieren a lo que la gente hace. Si ven que los miembros de la comunidad proporcionan trabajo gratuito, entonces dicen que existe la costumbre de dar el *tequio* o servicio. Pero hay aquí un error grave: las normas no pueden observarse. Lo que puede observarse es la *con-*

ducta de la gente; no las ideas que tienen sobre estas conductas. Y las normas, no escritas, consisten en las ideas deónticas acerca de éstas.

No debería haber problemas para comprender, para estudiosos tan próximos a la lingüística, la diferencia entre *hechos* y *sentido*. Pero, sobre todo, debería ser claro que, si no se hace esa diferencia, entonces se pierde la oportunidad de observar, ahora sí, *observar*, la inefectividad de las normas y comprender su significado social. Si llamamos *costumbre* a la acción de prestar servicio gratuito, ¿Cómo llamaremos a la acción que consiste en negarse a prestar tal servicio? ¿Acaso los antropólogos observan siempre que la gente siempre hace lo mismo? ¿No hay acaso procesos judiciales precisamente por incumplimiento de la «costumbre»? ¿Y cómo llaman a esa violación a la costumbre? ¿La descostumbre? Obsérvese que cuando el antropólogo decide ver una conducta como debida, le llama *costumbre* a esa conducta; y cuando decide ver una conducta como violatoria de la costumbre, entonces «costumbre» readquiere el significado de *norma*. Es decir, en un caso usa la palabra para referir hechos, y en el otro, para referir una norma o *sentido*.[3]

La diferencia entre normas y conducta, para la Antroplogía, pero también para la Ciencia Política y la Sociología, es de la mayor importancia si queremos averiguar el grado en que el sistema normativo es eficaz, el grado en que un grupo mantiene hegemonía sobre otro.

Todo queda más claro si suprimimos el uso de «costumbre» reemplazándolo por derecho no escrito, y si no perdemos de vista jamás la diferencia entre normas —escritas o no escritas— y conducta.

Finalmente cabe decir que, conforme con observaciones de la Sociología Jurídica mexicana, resulta que no siempre las comunidades estudiadas desconocen totalmente la escritura. En muchos casos se toman resoluciones que son asentadas en actas, así como se asientan por escrito resoluciones y convenios producidos con motivo de procesos judiciales. Posiblemente la influencia del derecho escrito sea hoy mucho mayor, en esas comunidades, que lo que nos dicen las informaciones antropológicas. Y eso provendría, creo, del no uso de categorías jurídicas más elaboradas.

3 Vale la pena notar que Kelsen dijo innumerables veces que una norma es siempre el *sentido de un acto de voluntad*, usando «sentido» como Weber, que sin duda es más cercano a los científicos sociales.

IV. Validez, efectividad y eficacia del derecho

Los juristas teóricos discuten acaloradamente acerca de la validez de las normas. Lo que se preguntan es: ¿cuándo una norma es válida? y al parecer están tratando de averiguar cuándo un enunciado que se presente como norma, debe ser tomado por tal y, en consecuencia, producida cierta conducta por parte de un funcionario. Como se comprende fácilmente, estamos ante el problema del *reconocimiento del derecho*.

Según Kelsen, que una norma es válida quiere decir que existe y que *debe* ser aplicada. Pero este «debe» no es moral. No es que el juez esté moralmente obligado a obedecer; podría ser que la norma le parezca injusta y, conforme con sus creencias morales, esté obligado a desobedecer. Este «debe» de Kelsen, en este caso, no tiene un significado claro. Nosotros podríamos decir que el *debe* es simplemente la amenaza de la violencia que se cierne sobre el juez si no aplica la norma. Lo cierto es que los juristas discuten sobre este concepto.

Pero también es cierto que algunos teóricos han sostenido que el concepto de validez es inocuo; que la ciencia no requiere tal categoría. Esto es porque consideran que el derecho no debe ser buscado en lo que dice la autoridad, sino en lo que dicen o hacen quienes receptan ese mensaje y obran, o no, en consecuencia.

A mi juicio la mejor respuesta sigue siendo la sugerida por Kelsen: para que una norma sea válida, esto es, para que pueda decirse que si no es cumplida el obligado corre el riesgo de ser sancionado, es necesario que:

- El discurso en el que se encuentra la norma haya sido producido por un funcionario autorizado a producir *ese discurso* y no otro.
- La norma tenga algún grado, importante, de efectividad. Es decir, que los interpelados por ella produzcan la conducta obligatoria o se abstengan de la prohibida. Es claro que este criterio tiene dificultades respecto de las normas recientes; no se puede exigir efectividad a normas que no han tenido tiempo de ser aplicadas. En tal caso habría que hablar de derecho «vigente», en el sentido de que existe la posibilidad de que algún funcionario lo cumpla o haga cumplir.
- La norma forme parte de un sistema normativo *eficaz*. Y un sistema es

> tal cuando cumple la función de todo sistema normativo: reproducir el poder de quien produce el derecho. Y ¿cómo sabremos que el sistema cumple esa función? Debemos contestar: porque observamos que son efectivas la mayor parte de las normas de ese sistema.

Para algunos muy interesantes teóricos el primer requisito sobra. Sin embargo, para una TGD que entienda a su objeto como parte principal del fenómeno del poder, resulta ineludible considerar el momento de la producción del discurso, precisamente para poder medir luego la hegemonía del grupo que en el poder produce el derecho. Si sólo nos quedamos con el cumplimiento de las normas, tendremos una teoría plausible; pero perderemos de vista la comparación entre lo que el poder quiere y lo que consigue.

V. La norma fundante

Que un sistema normativo sea eficaz o no, es una cuestión de hecho; de observación sociológica. Sin embargo esa simple observación no contesta a una pregunta que los juristas no pueden dejar de hacerse. Si una norma es válida cuando es, en primer lugar, producida conforme con otra anterior y superior, y si de ésta puede decirse lo mismo, llegará un momento en que ya no pueda responderse con otra norma; por ejemplo, cuando, subiendo, llegamos a la Constitución. Sabemos que las normas mexicanas son válidas porque, suponemos, han sido producidas conforme con la carta magna de 1917. Pero ¿por qué vale esa Constitución? ¿Quién dice, y con qué autoridad, que debemos ajustarnos a ella? Obsérvese que no es una pregunta sociológica, que no parece contestarse con los hechos que explican que Carranza y el ejército vencedor hayan conseguido imponer esa norma.

Esta pregunta puede ser formulada también así: ¿cómo sabemos cuáles son las normas que integran el sistema jurídico mexicano? O bien ¿cómo saben los antropólogos cuáles son las normas que integran el sistema jurídico indígena? Claro, puede decirse, ellos preguntan a la gente. Pero ¿cómo lo sabe la gente? Los juristas han contestado diciendo que todo sistema contiene una norma —o tal vez varias—, que son usadas por la gente para reconocer las otras normas. Y llaman a esta norma «de reco-

nocimiento». El planteo difiere algo del anterior, pero en el fondo pregunta por lo mismo: ¿Cuál es el fundamento del sistema jurídico?

La respuesta sugerida por la teoría kelseniana me parece la mejor: en realidad no hay ningún fundamento. Lo que pasa es que, luego de producida la Constitución, las fuerzas sociales hegemónicas, consiguen crear una conciencia generalizada de que esa norma *debe* ser obedecida, ya sea por temor, ya sea por convencimiento, pero principalmente por esto último. Kelsen dice que la norma fundante de un sistema jurídico, que no es la Constitución, sino otra que la funda, es, en realidad *una ficción*. Se trata de que actuemos *como si* la Constitución tuviera un fundamento. No podemos detenernos en esto. Pero obsérvese que la pregunta sobre la validez del sistema en su conjunto, que no aparecía como sociológica, al final se convierte en tal. Un sistema normativo es válido cuando es eficaz. Y lo es cuando «la gente» actúa *como si* fuera válido. Es decir, la pregunta por la justificación de un sistema normativo no tiene respuesta externa al propio sistema. Pero puede observarse, desde el punto de vista externo, que el sistema es obedecido y que se ha desarrollado una ideología de aceptación del mismo.

VI. El pluralismo jurídico

Tenemos ya, entonces, un conjunto de categorías brindadas por la TGD contemporánea. Con ellas podemos preguntarnos por el fenómeno que se ha denominado *pluralismo jurídico*.

El nombre sugiere ya la idea de que el sistema jurídico no es uno sino varios. ¿Es esto sostenible a la luz de la TGD? Sin duda que sí. Pero tropezamos aquí con una ideología fortísima que opaca la posibilidad de concebir la coexistencia de varios sistemas normativos en un mismo territorio. Esta ideología es la de *soberanía*.

El concepto de «soberanía» tal vez se entiende mejor en francés. La *souveranité* aparece por oposición a la *souzeranité*. Esta última palabra, curiosamente, no tiene traducción al español, ni es utilizada con frecuencia en los textos de teoría política. *Souzeranité* designa, en el mundo feudal que habla francés, el Estado de sujeción en que se encuentra un individuo respecto de otro; por ejemplo, la relación entre un señor y otro que,

por ser *souzerain*, es «superior» al primero. También la relación entre señores y siervos. Y es posible que un señor sea *souzerain* respecto de algunos pero a la vez tenga un *souzerain* al que se encuentra sujeto. La red de «souzeranías» era todo lo complicada que es fácil de imaginar.

El concepto de «soberanía», en ese contexto, se utiliza para referir la pretensión de un señor de subsumir bajo su «souzeranía» a todas las demás. Frente a la soberanía del señor principal, el rey, debían caducar todas las otras. Es decir, el rey no reconoce otro poder por encima del suyo y eso lo hace «soberano».

Pues bien; el Estado moderno es el heredero del rey y se ha constituido alrededor de la idea de *soberanía*: no hay ningún poder por encima de él. Poder ¿para qué? Para producir normas. «soberanía» es un término eminentemente jurídico; quiere decir que las normas son producidas exclusivamente por el poder que, por eso, es «soberano». Esta ideología es tan fuerte, que les impide a los juristas pensar en que, no al lado, sino dentro mismo, haya otros sistemas jurídicos. Sólo consiguen concebirlos si el sistema estatal —para ellos hay un solo Estado— los autoriza; pero en tal caso ya no hay pluralismo de sistemas, sino uno solo.

Sin embargo un sistema normativo indígena cabe dentro de las definiciones que dan los propios juristas: conjunto de normas dotadas de poder coercitivo y producidas por funcionarios autorizados. ¿Cabe esto a los sistemas indígenas? Sin duda que sí. Esas comunidades usan un conjunto de normas que amenazan con la violencia, física o simbólica, y que son aplicadas por miembros perfectamente identificables como *funcionarios* de esos sistemas. Y si se trata de la pregunta acerca de si es derecho el producido por el poder o el que se consigue hacer cumplir, también el derecho indígena puede ser considerado de esa manera: podemos aceptar que las normas de la comunidad son las que dicen los ancianos o podemos aceptar que son las que efectivamente se cumplen. De cualquier manera un sistema normativo indígena cumple con los requisitos de la definición ¿Porqué no aceptarlo entonces? Exclusivamente por razones políticas: no conviene aceptarlo; no puede aceptarse sin mengua del poder dominante. Pero no hay ninguna razón «científica», digamos.

Nosotros podemos aventurarnos a aplicar la definición a las comunidades indígenas. ¿Usan normas que amenazan con la violencia y que son

cumplidas y hechas cumplir por funcionarios autorizados? ¿sí? Entonces tienen un derecho que, en su mayor parte, es no escrito, como en el caso de Estados Unidos y Gran Bretaña.

Y ¿cómo debe verse el hecho de la coexistencia de dos poderes en el mismo territorio? Esta pregunta tiene dos clases de respuestas: las sociológicas y las jurídicas. Desde el primer punto de vista, no hay ningún inconveniente en aceptar que las comunidades indígenas son unas de las distintas fuerzas sociales que conviven en un territorio. Pero desde el otro punto de vista la pregunta es: las normas que crean ¿son «derecho»? La pregunta, en realidad, esconde la ideología de la soberanía ¿Porqué no ha de ser derecho?

La solución es más bien simple: se trata de sistemas jurídicos con distinto nivel de prestigio o, si se quiere, con distinto grado de hegemonía. La realidad muestra, a la luz de la TGD, que hay pluralismo jurídico y que unos sistemas hegemonizan a otros, descollando uno en particular, que, por eso, calificamos de dominante frente a los otros, que son subordinados. ¿Y el concepto de soberanía? En realidad es obsoleto para la ciencia social de finales del siglo XX.

Definiremos el fenómeno del pluralismo jurídico como *la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio*. Que «pretenden» porque es una cuestión de hecho, que debe dejarse a la Sociología o la Antropología, si consiguen o no eficacia.

Diremos que estamos frente a un *derecho alternativo* respecto del dominante, cuando pueda decirse que algunas normas de uno de los sistemas modalizan deónticamente de manera diferente las mismas conductas. Es decir, hay *derecho alternativo* cuando las normas de un sistema declaran obligatorias conductas que el otro declara prohibidas o facultativas.

¿Es el derecho indígena un derecho alternativo? En la mayor parte de los casos sí. Sin embargo no suele ser un sistema subversivo en el sentido de que la plena eficacia del mismo no pone en peligro la eficacia general del sistema dominante. Si sucediera lo contrario, si la plena eficacia del sistema alternativo implicara la desaparición o ineficacia del sistema dominante, estaríamos en el caso de un *sistema jurídico subversivo* como lo fueron los producidos por los insurgentes de la independencia, por los revolucionarios mexicanos de la segunda década de este siglo, o por el ejército rebelde comandado por Fidel Castro a fines de los cincuenta en Cuba.

VII. Pluralismo jurídico y pluralismo estatal

El positivismo jurídico, cuando menos el encabezado por Kelsen, ha destacado desde sus primeras apariciones, que el Estado no es otra cosa que el orden jurídico. El Estado no es ni el grupo de individuos que ocupan los cargos públicos, ni los cañones, ni los edificios, sino las normas. Y entiéndase que para esta concepción las «instituciones» —a las que suelen referirse los sociólogos cuando eventualmente quieren definir el término «Estado»—, no son otra cosa que conjuntos de normas. Tampoco las instituciones son ni los funcionarios, ni los edificios, sino las normas que regulan las actividades de esos sujetos y el uso que se hace de esos edificios.

Siendo así, que el Estado es el derecho, bien puede decirse que donde hay dos sistemas jurídicos hay dos estados, sólo que uno es dominante respecto del otro. Para ser congruentes, los positivistas deberían acepar este terrible atentado contra la unidad y la soberanía del Estado moderno. Dudo que lo hagan. Pero nosotros podemos avanzar en estas ideas y romper con el mito de la unidad del Estado y con el obsoleto concepto de soberanía.

VIII. El saber jurídico y el derecho indígena

Podemos hacer una diferencia útil entre lo que los juristas saben y hacen, y lo que sería una ciencia del derecho si ésta se practicara conforme con los cánones normalmente aceptados por los científicos sociales, y con la TGD. Puede ser sorprendente para los colegas de otras disciplinas esta diferencia que seguramente ellos no necesitan respecto de su práctica científica.

Conforme con la TGD, como hemos visto, no hay inconvenientes para pensar el fenómeno del pluralismo jurídico y el derecho alternativo. Sin embargo, hemos visto, los juristas no piensan lo mismo: para ellos sólo hay un Derecho y un Estado. Pero, con ser anticientífico su saber, no deja de tener enorme eficacia.

Este saber fluctúa, como la teoría, que no hace sino intentar explicar al primero, entre considerar como derecho lo establecido por el poder, o lo cumplido por los obligados. Los abogados, en la universidad, aprenden lo primero; pero tan pronto salen a la calle comprenden que la verdad es

que el derecho es lo que dicen los funcionarios, principalmente los jueces. Ambas consideraciones conviven en el saber jurídico. Ahora bien; ¿qué tiene esto que ver con el pluralismo jurídico? Veamos.

¿Por qué pierden efectividad las normas del sistema indígena? ¿Por qué no son aplicadas las normas válidas de los sistemas indígenas por parte de los juristas, especialmente los jueces? ¿Acaso no saben los abogados que el derecho es, finalmente, lo que se consigue hacer cumplir? Si las efectivas son las normas del sistema indígena ¿porqué no las aplican?

La respuesta está, claro, en su educación. Los abogados son la capa social especialmente entrenada para reconocer como derecho lo que el poder quiere que sea reconocido como tal. Todas las sociedades tienen actores que cumplen esa función. También las comunidades indígenas los tienen. Una de las razones que explican la hegemonía de un sistema normativo sobre otro, es el saber de quienes están encargados de constituir la eficacia del sistema. Por una parte, es necesario que los funcionarios del sistema que se quiere dominante, tengan más fuerza, en el sentido de violencia, que los del sistema cuya eficacia se quiere destruir. Pero por otra parte, se requiere que, cuando el funcionario se encuentre frente a un conflicto que involucra a un ciudadano del otro sistema, esté dispuesto a «saber» que las normas aplicables son las de *su* sistema, aun cuando sepa que, conforme con su propio saber, las que deberían aplicarse son las efectivas, que son las del sistema indígena. Pero con ello ataca esa efectividad mientras que otorga efectividad a las del sistema que le paga. Es decir, se trata de un conflicto entre sistemas normativos, que pasa por la ideología de los funcionarios del hegemónico.

Por eso es necesario combatir la idea de que el saber de los abogados es una ciencia «objetiva» como se exige a todas las demás. No es tal, porque ese saber es, en verdad, *parte* de la realidad que dice describir. En efecto, cuando se dice que esa «ciencia» describe normas válidas, resulta ser que, precisamente por considerarlas válidas, les otorga efectividad. Es decir, el resultado de ese saber constituye el objeto del saber.

IX. Pluralismo jurídico y dominación

Cabe la pregunta: ¿porqué unos sistemas hegemonizan a otros? Los antropólogos, en alguna de las contadas ocasiones en que hemos dialogado, dieron cuenta de casos en los que no resultaba del todo racional que el Estado mexicano hubiese gastado recursos en el castigo de actividades que no son delito conforme con el derecho de la comunidad sobreviviente. Se trata de actos que, al parecer, no estorban el amplio dominio del Estado hegemónico. Todo podría seguir igual si no se reprimieran esas manifestaciones culturales que no producen daño «social», entendiendo por daño «social» uno que afecte a los ciudadanos del Estado hegemónico. Por ejemplo, el caso del matrimonio ¿Qué le importa a nadie si en alguna comunidad existen formas de matrimonio por grupos, o de matriarcado, o de poligamia? ¿Qué le pone o qué les quita a los ciudadanos del Estado mexicano que en alguna comunidad un hombre tenga varias esposas, y que se reconozcan a todas ellas los derechos que les adjudica el sistema jurídico que obedecen? Incluso se trata de sitios apartados, sin ninguna publicidad, donde lo que sucede ni siquiera es conocido de manera que pueda producir daño «moral» por el «mal» ejemplo. Es comprensible el celo de los funcionarios del Estado hegemónico cuando se trata de violación de normas que tienen por objeto lograr la explotación de esas comunidades. Pero no parece serlo cuando la vida comunitaria no afecta el fondo del sistema capitalista. La respuesta es, parece, que la dominación tiende a ser completa; que no debe dejarse nada del patrimonio cultural del pueblo dominado, tampoco su Derecho.

X. Teoría, ciencia y política

Una pregunta distinta es ¿como *deberían* comportarse los funcionarios del sistema hegemónico? O, mejor, ¿es posible pensar que se comportaran de otro modo, es decir, permitiendo la pervivencia del sistema jurídico hegemonizado y por lo tanto el pluralismo jurídico? Esto ya no es ciencia o filosofía. Es *política*. La *Sociología Jurídica* sólo puede aspirar a explicar porqué se comportan así, y, sobre, todo, a constatar que la actuación del funcionario *constituye la eficacia del sistema que lo inviste y al que obedece*.

Pero, por su parte, la TGD ¿tiene alguna responsabilidad en el comportamiento de esos funcionarios? ¿Puede decirse que actúan así, siguiendo alguna teoría jurídica? Porque el funcionario actúa así porque piensa que *debe* hacerlo de esa manera y no de otra. Es difícil decir que detrás de la acción de los funcionarios hay una «teoría» del Derecho. En todo caso no es la positivista y mucho menos la de Kelsen. Tampoco algunas de las diversas teorías que utilizan los sociólogos.

Más bien habría que decir que los funcionarios expresan, en su acción, una *visión del mundo* que excluye la posibilidad de la coexistencia de normas pertenecientes a distintos sistemas jurídicos en el mismo territorio. El Estado, heredero de la idea de soberanía, no puede resistir la competencia de otros sistemas normativos.

Sin embargo puede observarse que esta concepción, si bien es muy conveniente para quienes detentan el poder, no responde a las evidencias empíricas de una sociedad moderna. Que esta última sea confundida con una que requiere ese estado único, es producto de una ideología cuidadosamente cultivada desde hace al menos dos siglos. En realidad, en toda sociedad moderna coexisten numerosos sistemas jurídicos, con diverso grado de hegemonía de cada uno sobre los otros. Lo que sí puede detectarse es la hegemonía de uno de ellos sobre todos los demás. Pero precisamente su hegemonía se basa, en parte, en la acción de sus funcionarios, cuidadosamente educados para reconocer como válido solamente ese sistema. Son esos funcionarios los que se erigen, a veces sin que nadie tenga verdadero interés en ello, en guardianes de la eficacia de las normas del sistema hegemónico.

Ahora bien; ¿podrían comportarse de otro modo, aceptando la posibilidad de que en el mismo territorio exista más de un sistema jurídico? En el caso del derecho indígena, ¿podría el funcionario del sistema estatal hegemónico considerar que las normas del sistema indígena son válidas y por tanto aplicarlas o aceptar su aplicación?

Pareciera, a primera vista, que la respuesta podría ser positiva: el funcionario del sistema hegemónico podría considerar la validez de las normas del sistema jurídico indígena. Sin embargo, el funcionario destacado precisamente en ese territorio es uno de muy baja jerarquía y sabe perfectamente que pende sobre él la amenaza de destitución en caso de que un

funcionario superior piense distinto. Pareciera que esto puede solucionarse con una reforma constitucional que obligue a los funcionarios del Estado hegemónico a considerar válidas las normas del Estado indígena. Sin embargo, a su vez, la eficacia de tal reforma requeriría del convencimiento de los miembros de la Suprema Corte de Justicia encargados de declarar la inconstitucionalidad de los actos de los funcionarios públicos.

Como se ve, la cuestión es que la existencia del sistema jurídico hegemónico incluye su propia eficacia. Esto es, no existe sistema jurídico si no es eficaz, y su eficacia consiste en que se cumplan las normas que lo componen. La eficacia del sistema jurídico que reconoce otros sistemas, consistiría en que se reconozcan normas que no pertenecen al sistema de cuya eficacia hablamos. Esta aparente contradicción es la que está en el corazón del problema del pluralismo jurídico.

Sin embargo, desde el punto de vista de la TGD no habría inconvenientes en pensar en la coexistencia de varios sistemas jurídicos con la condición de que los funcionarios del sistema hegemónico cambien su visión del mundo jurídico lo cual, pareciera, es una cuestión de educación.

En cambio la Sociología Jurídica muestra que el sistema jurídico hegemónico, el Estado moderno, que es *soberano*, resiste mal la competencia de otros sistemas aún cuando éstos sean mucho más débiles. Con mucha mayor razón, esto sucede cuando los sistemas alternativos son subversivos.

Esto debería ser suficiente para mostrar que la moderna TGD no tiene dificultades para pensar y explicar la existencia de fenómenos de pluralismo jurídico, y que, al contrario, consigue explicar porqué es el Estado moderno el que tiene dificultades para aceptar la competencia de otros sistemas.

Derechos humanos y democracia en Habermas

Agustín Grijalva Jiménez*

Resumen

Este artículo examina críticamente las relaciones entre derechos humanos y soberanía popular en la teoría de Habermas. Se sostiene que la visión de Habermas de los derechos humanos exclusivamente como condiciones formales de procedimientos democráticos institucionalizados tiene las siguientes consecuencias paradójicas: 1. Plantea una visión socialmente fundamentada pero aun formal de los derechos humanos. 2. Genera un problema de circularidad entre deliberación y derechos humanos, el cual puede solucionarse solo acudiendo a consideraciones sustantivas o valorativas. 3. Contradice la teoría de Habermas sobre derechos humanos como derechos con dos lados, uno legal y otro moral. 4. Genera una jerarquía entre autonomía pública y privada.

Palabras clave

Democracia, derechos humanos, soberanía, democracia deliberativa, Habermas.

* Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; Máster en Ciencias Políticas, University of Kansas, Lawrence; Doctor en Ciencia Política, University of Pittsburgh. Docente del Área de Derecho y Coordinador de la Especialización Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

De acuerdo a Habermas "La sustancia de los derechos del hombre se encierra…en las condiciones formales de la institucionalización jurídica de ese tipo de formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes, en el que la soberanía popular cobra forma jurídica".[1] Mi tesis es que ambas relaciones, las relaciones entre derechos y deliberación, y las relaciones entre derechos y moralidad, excluyen cualquier intento de establecer una fundamentación puramente procedimental de los derechos humanos.

Los cuatro problemas o paradojas enunciados anteriormente en el resumen de este artículo, provienen de una perspectiva de los derechos humanos como supuestamente vaciados de todo contenido moral o político, más allá del que sea funcionalmente requerido para la acción comunicativa. Sin embargo, hay supuestos sustantivos no declarados que subyacen a la propia teoría de Habermas. Su perspectiva del Derecho se elabora mediante un proceso reconstructivo de derechos vinculado a los conceptos comunicacionales de Estado, justicia y poder. En el presente ensayo examino críticamente este proceso reconstructivo para mostrar cómo a pesar del esfuerzo de Habermas de construir un *círculo hermenéutico*, el lado ético de los derechos humanos se subordina, en la teoría del autor, al lado moral de los mismos, lo cual plantea problemas a su universalidad. Adicionalmente, a pesar de su esfuerzo para construir una explicación de génesis simultánea de la autonomía privada y la autonomía pública o política, en su teoría la primera forma de autonomía se superpone a la segunda.

1) Una visión social pero formal de los derechos humanos

La aproximación teórica de Habermas ubica a los derechos humanos en una condición paradójica porque provee una perspectiva socialmente fundamentada de los mismos pero al tiempo extremadamente formal.

1 Jurgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 169. En el presente ensayo enfatizo en el análisis de los capítulos 3 y 4 de *Facticidad y Validez*. Las páginas en paréntesis que aparecen en el texto sin referencia bibliográfica corresponden a la mencionada edición de la obra.

Habermas supera parcialmente la crítica hecha contra la concepción liberal clásica de derechos humanos, la cual los caracteriza como pre-políticos, como derechos naturales. El reconoce que fundamentar los derechos humanos sólo sobre derechos subjetivos o derechos naturales lleva a subordinar el Derecho a la moralidad, y la soberanía popular a los derechos básicos; en contraste Habermas piensa que los derechos humanos son coexistentes y surgen simultáneamente (son co-originados) con la soberanía popular. Su punto de partida es el de que los ciudadanos deben reconocer derechos unos a otros si ellos quieren regular legítimamente su vida en común por vía del derecho positivo, de hecho Habermas explícitamente subraya la dimensión social de los derechos:

> Los derechos subjetivos no están referidos ya por su propio concepto a individuos atomísticos y extrañados, que autoposesivamente se empecinen unos contra otros. Como elementos del orden jurídico presuponen más bien la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos, libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros.[2]

En consecuencia, los derechos no solo están basados en la autonomía de los individuos sino también en sus relaciones intersubjetivas, lo cual va generando un proceso de formación de la voluntad democrática que da lugar a su legitimidad. La inclusión de estas dimensiones sociales y políticas en los fundamentos de los derechos humanos elimina su comprensión individualista y pre-política como demandas egoístas contra la sociedad y sin las correspondientes obligaciones. Sin embargo, esto genera nuevos problemas conceptuales tales como: 1) Circularidad y 2) Jerarquía, los cuales examino a continuación. Comienzo con el problema de la circularidad, asumiendo y simplificando a los derechos humanos, para efectos analíticos y siguiendo a Habermas, como una categoría general que interactúa con la soberanía popular. En una segunda fase, la teoría de Habermas presenta mayor complejidad mediante la diferenciación de los derechos en dos esferas diferentes: 1) La autonomía privada y 2) la autonomía pública, cuyas relaciones también examino más adelante.

2 *Ibíd.*, p. 154.

El problema de la circularidad

Carol Gould[3] entre otros académicos, nota que si los derechos son validados por consenso, y el consenso es validado por los derechos, se produciría un círculo vicioso sin término, consecuentemente la dimensión funcional de los derechos dentro del proceso comunicativo tendería a reducir los derechos humanos a meras condiciones de deliberación, lo cual configura una débil y estrecha fundamentación para los derechos humanos.

La crítica de circularidad contra los discursos deliberativos aplicada a la interacción de derechos y soberanía popular devela un énfasis de la dimensión funcional sobre la dimensión sustancial de los derechos. Una vez que los derechos humanos son reducidos simplemente a condiciones de deliberación, éstos son reducidos a medios adecuados para iniciar y desarrollar discursos, negando así a los derechos humanos su carácter de fines en sí mismos. Aceptando esta crítica, Sheyla Benhabib[4] reconoce que los principios sustanciales siempre subyacen a los discursos, y por tanto critica el procedimentalismo puro de Habermas. En la defensa que hace Benhabib del modelo deliberativo respecto de la acusación de circularidad despliega dos respuestas:

a.- No es un círculo vicioso sino hermenéutico, donde siempre existen presupuestos.
b.- Hay siempre un *recurso de validación*, lo cual significa que la deliberación constantemente transforma y valida los principios y los derechos.

Examino más adelante estos postulados y sus consecuencias para los derechos humanos.

3 Carol Gould, "Diversity and Democracy: Representing Differences in Democracy and difference: contesting the boundaries of the political", Democracy and Difference: Contesting the boundaries of the political, Seyla Benhabib, ed., Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 175.

4 Seyla Benhabib, "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy" en Seyla Benhabib, ed., *Democracy and Difference: Contesting the boundaries of the political*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

a. *El círculo hermenéutico y los presupuestos sustantivos de la deliberación.*

Benhabib, distanciándose a sí misma de Habermas, en este aspecto, afirma que hay un *círculo hermenéutico* integrado por los derechos y por la deliberación, porque nunca comenzamos nuestras deliberaciones sobre estos asuntos sobre una base moral vacía, siempre hay presupuestos, premisas y relaciones de poder, algunas de ellas inconscientes, que integran el horizonte donde estamos ubicados. De hecho, Habermas reconoce que la justicia y la solidaridad, como principios morales universales, deberían armonizarse con las razones que son convenientes para la legitimidad del Derecho. En este sentido, el discurso ético de Habermas conceptúa la justicia como un igual respeto e iguales derechos para todos; y la solidaridad como empatía y cuidado para el bienestar de los demás seres humanos.[5]

Pese a este limitado reconocimiento que Habermas hace del rol de la justicia y la solidaridad en el proceso deliberativo, al final reduce a ambos a algo muy cercano a meras condiciones formales de deliberación. Para mantener su procedimentalismo, Habermas identifica estos principios como *condiciones de deliberación democrática*, pero no elabora el contenido sustantivo de tales principios. En alguna medida la justicia y la solidaridad son reducidas a aspectos implícitos del discurso que, según Bal,[6] no pueden ser considerados como normas morales que puedan efectivamente producir argumentos para la legitimidad del Derecho, puesto que solo los resultados de los procesos discursivos indican qué normas morales pueden reclamarse como generalmente válidas.

La visión de Habermas del Derecho y de los procedimientos naturalmente genera algunas preguntas: ¿Qué entendemos entonces como leyes injustas? ¿Cómo evaluamos las leyes aprobadas de acuerdo a procedimientos legales pero incompatibles con estándares morales? ¿Son estas leyes de todas formas legítimas? ¿Qué podemos hacer con las normas morales todavía no plasmadas en Derecho positivo pero que en la práctica regulan la conducta social? ¿Son estas normas ilegítimas? Adicionalmente, confrontamos nuevos dilemas morales creados por los desarrollos científicos y tec-

5 Peter Bal, "Discourse Ethics and Human Rights in Criminal Procedure" en Mathieu Deflem ed., Habermas, Modernity and Law, Thousand Oaks (CA), 1996.

6 *Ibíd.*, p. 75

nológicos. Los experimentos sobre la vida humana y el ambiente pueden requerir respuestas morales y legales a las que limitaciones de tiempo en la democracia deliberativa pueden volver inviables. Sin embargo si uno ve a la ley y a la moralidad dentro de una interacción más cercana y dinámica, ellas pueden operar conjuntamente para solucionar estos dilemas.

El rol secundario asignado a los principios sustantivos en la deliberación es también evidente en la separación del Derecho y la moralidad. Para Habermas el Derecho debería complementar a la moralidad en el sentido de que descarga a los sujetos de demandas o exigencias cognitivas, motivacionales y organizacionales. Sin embargo, el Derecho debe ser también claramente diferenciable y autónomo respecto a la moralidad. En palabras de Habermas "Su pleno sentido normativo lo cobra el Derecho no *per se* a través de su forma, tampoco por un contenido moral dado *a priori*, sino por un procedimiento de producción legislativa, que genera legitimidad" (202). Por lo tanto el procedimiento provee legitimidad al Derecho, pero el Derecho tiene que hacerse compatible con los principios morales de la justicia y solidaridad universal.

Habermas explica de qué forma el Derecho complementa a la moralidad pero no analiza o subestima cómo la moralidad puede complementar al Derecho; él busca evitar la subordinación kantiana del Derecho a la moralidad, como también la subordinación positivista de la moralidad al Derecho. Insiste además en la diferenciación moderna de ambas dimensiones pero su énfasis sobre las funciones que el Derecho posconvencionalizado o postradicional ejecuta para la moralidad subestima las relaciones opuestas, en las cuales la moralidad complementa al Derecho. Aunque Habermas aclara que *complementar* no significa *subordinar*, sino una relación más horizontal donde Derecho y moralidad pueden proveer elementos el uno al otro si es que fuera necesario, el rol propuesto para la moralidad como complemento del Derecho es mucho más reducido. El discurso moral es solo uno de los varios discursos que tiene lugar en el proceso de formación de la voluntad y del proceso legislativo.

En mi opinión, la moralidad desempeña un rol mucho más activo para el Derecho que aquel que Habermas admite, debido a que el Derecho, y especialmente el Derecho Constitucional, está limitado por el hecho de que está basado sobre amplios principios abstractos, lenguaje

natural y un rango restringido de expectativas conductuales. Para superar estas limitaciones el Derecho mantiene una constante forma de relación dual con la moralidad; hay siempre principios morales ya presentes en las constituciones –como Dworking lo nota– o en el sistema legal –como lo observa Alexy–.[7] Estos son principios sustantivos previos a la deliberación pero ellos tienen una parte activa en la misma. Habermas reconoce que los legisladores nunca deliberan en un vacío valorativo o normativo, pero no le da suficiente peso al rol de las tradiciones legales pre-existentes. Adicionalmente, los procesos de especificación de estos principios constitucionales y el lenguaje constitucional para solucionar casos difíciles supone constantemente el uso creativo de juicios morales. Los jueces y la jurisprudencia existen porque el Derecho frecuentemente requiere interpretación para ser aplicado a casos concretos; esta aplicación, a su vez, constantemente usa discursos morales.

De forma más general, y a pesar de la diferenciación que hace Habermas de los tipos de discursos, el discurso legal y el discurso moral están profundamente relacionados. Por ejemplo, si un juez considera una ley como injusta probablemente desarrollará una interpretación legal alternativa de la misma o un argumento constitucional donde los argumentos legal y moral se entremezclan en una forma implícita o explícita.

Empero, para ser justos en la presente crítica, hay que precisar que el problema no es que Habermas niegue que los derechos humanos tengan un contenido moral, sino que él los caracteriza fundamentalmente como derechos legales basados en una estructura puramente formal. Mi argumento en este artículo es que una completa separación de contenido y forma o procedimiento no es posible. Examino este punto más abajo cuando analizo el tópico de la validación recursiva.

A más de los principios morales de la justicia y la solidaridad hay otras condiciones sustantivas previas para la deliberación. Rosenfeld, por ejemplo, ha notado que la propia estructura de la acción comunicativa no es neutral entre las diversas concepciones del bien porque excluye perspectivas metafísicas tales como las visiones desarrolladas por los dogmas religio-

7 Michel Rosenfeld, "Can Rights, Democracy and Justice Be Reconciled through Discourse Theory?", 1998.

sos y la ideología. La acción comunicativa también excluye perspectivas que rechazan la adhesión a la igualdad como ideal normativo, tales como las ideologías radicalmente contrarias a la igualdad. El mismo Habermas reconoce parcialmente que la deliberación debe confrontar a los interlocutores con expectativas normativas tales como el bien común, porque los procedimientos obtienen su legitimidad de un proceso donde los ciudadanos llegan a un mutuo entendimiento.[8] Este mutuo entendimiento requiere reciprocidad, que es también otra idea de carácter normativo.

De hecho Habermas privilegia el consenso sobre la diferencia. A pesar del hecho de que su teoría describe una pluralidad de tipos de discursos, esta teoría está basada en la valoración y la elección del consenso como una meta deseable, debido a que privilegia la acción comunicativa sobre la interacción estratégica. La acción comunicativa adquiere su forma a partir de un tipo de movimiento teleológico hacia el *mutuo entendimiento*, pero buscar este mutuo entendimiento entre sujetos autónomos, en lugar del desacuerdo o el enfrentamiento, es también una elección valorativa, considerando que además operan dimensiones estratégicas, mientras se producen relaciones interculturales de diferentes sistemas éticos e incluso de diversas interpretaciones de lo moral.

Validación recursiva

Benhabib nota que la mencionada relación de circularidad entre los derechos y la deliberación puede superarse gracias a que los principios y derechos fundamentales son realidades en proceso en la medida en que son permanentemente objeto de validación, lo cual significa que el contenido preciso y la extensión de estos principios sería una consecuencia de los discursos mismos.[9]

Si, como Benhabib postula, el contenido preciso y la extensión de los principios es una consecuencia de los discursos mismos, podríamos todavía preguntar ¿cuáles principios sustantivos tienen que usar los interlocu-

8 Ingeborg Maus, "Liberties and Popular Sovereignity: On Jurgen Habermas Reconstruction of the System of Rights", *Cardozo Law Review,* No. 17, 1996.

9 Seyla Benhabib, "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy", p. 79.

tores para su deliberación, si alguno en absoluto? ¿Es la validación recursiva posible sin principios sustantivos? La mayoría de los procedimientos requiere de los interlocutores alguna clase de argumentos sustantivos lo suficientemente convincentes para que ideal o racionalmente los conduzca a aceptar ciertas proposiciones como verdaderas.[10] Anteriormente ya examiné algunos de estos presupuestos, sin embargo en el caso específico de los derechos humanos una pregunta importante es: ¿Están los derechos humanos también sujetos a continuo cambio debido a la deliberación? si este es el caso ¿qué sucede con su universalidad y contenido moral?

Habermas describe los derechos fundamentales no solo como condiciones formales sino también como resultados predominantemente éticos y legales de la deliberación. El problema de circularidad no está limitado a una secuencia recurrente de causa y efecto, sino que también afecta el estatus de los derechos. En otras palabras, los derechos son básicamente entendidos como productos contingentes del círculo hermenéutico porque adquieren legitimidad como resultado de prácticas discursivas. Esta situación es destacada por Benhabib quien anota que la teoría deliberativa de la democracia supera la dicotomía entre política mayoritaria versus garantías liberales de los derechos y libertades básicas, en la medida en que las condiciones normativas de los discursos, tanto como los derechos básicos y las libertades deben visualizarse como reglas del juego que pueden ser cuestionadas dentro del juego en la medida en que uno efectivamente acepte estas reglas. Si los derechos humanos son normas que pueden ser cuestionadas en la medida en que participamos en deliberaciones ¿qué sucede con la universalidad de los derechos humanos?

Para Habermas la legitimidad de los derechos proviene básicamente del poder comunicativo. En la modernidad el Derecho y los derechos no requieren de la costumbre, de las tradiciones sagradas o de la racionalidad individual para llegar a convertirse en algo moralmente válido. Construyendo sobre el concepto de *poder comunicativo* de Hannah Arendt, Habermas[11] afirma que: "el Derecho se vincula *de por sí* con un poder comunicativo que genera Derecho legítimo. Con ello cae la tarea clásica de

10 Bernhard Peters, "On Reconstructive legal and political theory" in Mathieu Deflem ed., *Habermas, Modernity and Law*, Thousand Oaks (CA), 1994, p. 118.

11 P. 216.

encontrar un sustituto al manantial de justicia que representaba un Derecho natural que se legitimaba a si mismo". Consecuentemente, "el sistema de derechos ha de aparecer a la vez como derecho positivo…sin poder reclamar para sí una validez moral o iusnaturalista antecedente a la formación de la voluntad de los ciudadanos". Esto es prácticamente similar a la idea de validación recursiva en que la deliberación es la principal fuente de legitimidad de los derechos y donde la moralidad es desplazada.

Sin embargo, en la teoría de *Habermas* la legitimación del Derecho y los derechos mediante la deliberación no desconecta completamente Derecho y moralidad (justicia) sino que reduce significativamente el rol de esta última. La justicia, en particular, como una expresión moral es vista como un tipo de reserva de legitimidad, un recurso a ser usado bajo excepcionales circunstancias. En palabras de Habermas:[12] "Al igual que el poder político mantiene acuartelados medios de coerción como fuente del poder-violencia, así también el derecho ha de permanecer presente como fuente de justicia. Pero esta fuente se seca en cuanto el derecho queda a disposición de la razón de Estado".

La distancia entre el Derecho y la moralidad (incluyendo la justicia) es generada también por la excesiva diferenciación que hace Habermas de los diversos tipos de discursos. El insiste claramente sobre la diferencia entre derecho y moralidad. En su análisis del poder comunicacional y la génesis del Derecho, en el capítulo cuarto de *Facticidad y Validez*, Habermas reitera su diferenciación, ya presentada en el capítulo tres, entre el contenido, la validez y el modo de generación del Derecho en comparación con la moralidad. Aunque incluye los asuntos morales junto a asuntos pragmáticos y éticos y sus correspondientes tipos de discurso, Habermas insiste sobre las dimensiones éticas y pragmáticas más que en el lado moral de los derechos.

De hecho, *Habermas* tiende a restringir los derechos humanos a derechos constitucionales positivos, resultados de deliberación democrática, éticamente enmarcados antes que postulados morales universales. Habermas afirma que los derechos humanos pueden ser bastante justificables

12 p. 212.

como derechos morales, pero tan pronto como estos derechos se vuelven positivos, ellos se convierten en derechos constitucionales básicos. Como tales, estos derechos tienen un estatus diferente, pero no un significado diferente de los derechos humanos como derechos morales. En palabras del propio *Habermas*:[13] "Pero este estatus no contradice el sentido universalista de los derechos clásicos de libertad que incluyen a todas las personas y no solo a todos los miembros del Estado".

A pesar de estos significados fuertemente yuxtapuestos, las interpretaciones de los derechos humanos como derechos fundamentales y como derechos morales pueden ser algunas veces distintas. Es verdad, como *Habermas* afirma, que los derechos fundamentales proveen significado inmediato para la protección nacional de los derechos humanos y muestran, por tanto, una tendencia hacia la universalización, pero la protección directa y su tendencia universalizante no necesariamente significa que los derechos básicos o fundamentales simplemente reproduzcan los derechos humanos como postulados morales o derechos internacionales. Hay una importante brecha entre ambos lados de los derechos humanos tal como se reconoce en la propia *Facticidad y Validez*:

a.- Mientras que los *derechos básicos están vinculados a Estados determinados y al estatus de ciudadanía o residencia legal*, los derechos humanos, como postulados morales, cruzan las fronteras entre Estados y protegen directamente a los individuos como individuos o personas.

b.- *Diferencias interpretativas de derechos similares, cultural y nacionalmente imbuidas e internacional y moralmente orientadas:* Si la auto-comprensión ética y las preocupaciones pragmáticas de cada Estado juegan un rol en el proceso legislativo, dando forma concreta a los derechos fundamentales, como *Habermas* afirma, podemos esperar diferencias entre derechos fundamentales, dada la forma como se interpretan en cada Estado y cada sistema jurídico.

c.- *Inclusión o extensión de los derechos políticos en las democracias*: los derechos políticos, en particular, representan una diferencia crucial entre derechos humanos como derechos fundamentales y postulados mora-

13 p. 654.

les. Quienes no son ciudadanos o residentes legales dentro de un Estado Constitucional generalmente no participan en las deliberaciones políticas, sin embargo tienen derechos humanos entendidos como postulados morales e internacionales. A diferencia de los derechos fundamentales, sus derechos humanos no son ni condiciones ni resultados de la deliberación democrática, sino solamente derechos moral y legalmente exigibles dentro o incluso contra el Estado en el cual ellos viven.

d.- *Diferencias entre derechos fundamentales y derechos humanos en Estados autoritarios*: los habitantes de cualquier Estado son titulares de derechos humanos, incluso si el sistema legal de un Estado en particular no reconoce estos derechos. Este es especialmente el caso de Estados autoritarios en los cuales los derechos humanos, como derechos legales, han sido negados o restringidos pero, a causa de que los derechos humanos son universales esta ausencia de democracia no justifica moralmente la supresión de los derechos humanos. En consecuencia, al hacer a los derechos humanos excesivamente dependientes de la democracia, *Habermas* erróneamente confina estos derechos a los regímenes democráticos.

A pesar de estas deficiencias la teoría de *Habermas* exhibe de todas formas importantes diferencias con el positivismo legal. Aunque *Habermas* subraya el lado legal de los derechos humanos él también identifica su dimensión moral. Este reconocimiento, sin embargo, es mucho más claro y desarrollado en alguno de los escritos de *Habermas* publicados después de *Facticidad y Validez*. *Jeffrey Flynn*[14] ha sumarizado estos ensayos[15] en los que *Habermas* concibe a los derechos humanos como el rostro de Jano, con dos lados, un lado relacionado con el Derecho y otro lado con la moralidad. Para *Habermas* los derechos humanos en la forma de derechos básicos o fundamentales comparten con las normas morales lo siguiente:

14 Jeffrey Flynn, "Habermas on Human Rights: Law, Morality and Intercultural Dialogue", en *Social Theory and Practice* 29 (3), 2003.

15 Me refiero básicamente a Jurgen Habermas (1998), *Kant´s Idea of Perpetual Peace: At two Hundred Years´, Historical Remove* y Jurgen Habermas (2001), *Remarks on Legitimation through Human Rights*.

1.- El hecho de estar dirigidos a todos los seres humanos simplemente en tanto seres humanos, no como ciudadanos.
2.- Su justificación mediante argumentos morales. Esto significa que los derechos humanos como derechos básicos se refieren a asuntos muy generales, donde los argumentos morales son suficientes para su justificación. Estos argumentos muestran como los derechos existen y operan en igual interés de todas las personas, como ellos son igualmente beneficiosos para todos y por tanto los argumentos éticos o pragmáticos de justificación de los mismos no son necesarios.

Sin embargo, incluso si todas las personas son titulares de derechos humanos el requerimiento de argumentos morales dentro de la deliberación podría cuestionar la universalidad de estos derechos. *Flynn* ha notado que puede argumentarse que la noción de derechos humanos intenta capturar la idea de postulados moralmente válidos, correspondientes a cualquier persona, sin consideración si estos postulados son reconocidos por otros o en cualquier forma legal. Esta contradicción, de acuerdo a *Flynn*, es solucionada por *Habermas* a través de su reconstrucción de los derechos.

En la teoría de *Habermas* los derechos humanos son racionalmente reconstruidos en dos niveles secuenciales. El primer nivel, que es el más abstracto, se refiere a *los derechos* inscritos lógicamente dentro del *código del Derecho* en sí mismo y por tanto ellos están desprovistos de contenido específico y operan mas como principios-guía para los legisladores. El segundo nivel, que es más concreto, consiste en especificaciones del primer nivel de los derechos. Estos derechos concretos, no los principios-guía, de acuerdo a *Flynn*, son los que están sujetos a la deliberación y requieren de argumentación moral. Por lo tanto, conforme a *Flynn*, *Habermas* puede integrar los reclamos o postulados morales en la producción de los derechos básicos sin fundamentar a estos derechos en derechos naturales pre-políticos. En resumen, la estructura básica de estos derechos está más allá de la deliberación, pero su especificación es solo posible a través de la deliberación democrática.

El *código del Derecho* restringe la deliberación sobre la especificación de los derechos. Aunque los participantes en la deliberación pueden dar forma a especificaciones, como *Flynn* afirma, el punto es que ellos no pue-

den transformar el *código del Derecho* que subyace y también da forma a estas especificaciones. Esta limitación revela que el procedimentalismo de *Habermas* no es puro. El intenta escapar a los presupuestos sustantivos a través de una explicación de génesis simultánea donde derechos y deliberación interactúan constantemente y se transforman unos a otros. Sin embargo, su propio proceso reconstructivo de los derechos revela la necesidad de estos presupuestos. Esto es claro no solo en la relación entre derechos humanos y deliberación, sino también en la interacción entre autonomía privada y autonomía pública o política, la cual analizo más adelante al examinar el rol de la jerarquía dentro del círculo hermenéutico.

Otro esfuerzo para analizar la tensión entre universalidad de los derechos humanos y la deliberación es la valoración que *Habermas* hace del lado positivo o positivizado de los derechos humanos sobre su dimensión moral. Para *Habermas*, a pesar de sus postulados de validez universal, los derechos humanos han sido manejados hasta ahora para adquirir una forma positiva sin ambigüedades solo dentro de los órdenes nacionales legales de los estados democráticos. Por lo tanto en su teoría los derechos humanos son normas legales antes que normas morales.[16] *Habermas* quiere para los derechos humanos las ventajas del derecho positivo, es decir su naturaleza positiva, coercitiva, reflexiva y jurídicamente exigible. El identifica un proceso político contemporáneo crucial, el hecho de que los derechos humanos están progresivamente siendo incorporados en las Constituciones como derechos jurídicamente exigibles. Este proceso debería proveer a los derechos humanos de todas las ventajas operativas del derecho positivo, especialmente su facticidad. En contraste, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está todavía desprovisto de la mayoría de estas ventajas.

La preocupación de *Habermas* con la legitimación y la efectiva aplicación de los derechos humanos cuando los concibe como derechos fundamentales es plausible, pero no necesariamente conduce a justificar el énfasis en su lado positivo sobre su lado moral, hasta el punto de diluir de esta manera la interesante naturaleza bidimensional que el propio Habermas

16 Jeffrey Flynn, "Habermas on Human Rights: Law, Morality and Intercultural Dialogue", p. 435.

encuentra como característica de estos derechos. El no toma en cuenta los límites y desventajas de caracterizar estos derechos principalmente como derechos positivizados, mientras subestima su dimensión moral. Analizo abajo algunas de estas limitaciones.

1.- *Las constituciones pueden ignorar importantes derechos humanos*: el derecho nacional positivo como un mecanismo de protección de los derechos humanos, incluyendo las constituciones, está limitado por el hecho de que no puede referirse a todos los derechos desde el punto de vista moral y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Reconociendo esta limitación, algunas constituciones incluso incluyen normas acerca de la naturaleza no exhaustiva de sus tablas de derechos, apuntando al reconocimiento de otros posibles derechos humanos que se derivan de la dignidad humana.[17] Debido a esta condición incompleta de las tablas de derechos fundamentales, las constituciones mismas a menudo se refieren a tratados internacionales y a convenciones de derechos humanos, otorgándoles al menos rango constitucional y diluyendo así relativamente los límites entre constituciones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
2.- *Las constituciones en sí mismas pueden confrontar problemas de legitimidad*. La teoría de *Habermas* de los derechos fundamentales presupone las condiciones de las democracias occidentales estables. Sin embargo, en democracias transicionales y emergentes muchas constituciones fueron dictadas durante períodos de regímenes autoritarios. Los ciudadanos en estos países a menudo han tenido que elegir mediante plebiscitos entre proyectos de constituciones propuestos o diseñados por dictaduras. En consecuencia, los procesos deliberativos y los procedimientos electorales estuvieron restringidos cuando algunas de estas constituciones fueron aprobadas, lo cual disminuye su legitimidad y llama a un rol complementario de los derechos humanos como postulados morales e internacionales.

17 La Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, incluye la siguiente disposición en su novena enmienda: "La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos, no deberá ser entendida en el sentido de negar otros que correspondan al pueblo".

3.- *Los derechos fundamentales no incluyen deberes internacionales para los derechos humanos*: *Pogge*[18] claramente nota que la teoría de *Habermas* de los derechos no asigna a los extranjeros deberes para promover el cumplimiento de los derechos humanos en otros países o ayudar a suprimir las violaciones de derechos humanos por gobiernos extranjeros, aunque pueda ser moralmente valioso trabajar en tales proyectos. Esta limitación de los derechos fundamentales es especialmente importante si consideramos los actuales procesos de globalización, incluyendo la operación global de corporaciones, los problemas ambientales transnacionales y la interdependencia económica entre países.

Jerarquía

Otra forma de observar el problema, antes mencionado, de la circularidad es mediante un examen de la reconstrucción teórica que *Habermas* hace de los derechos humanos. Esta reconstrucción es secuencial, puesto que incluye dos fases diferentes y sucesivas: 1) la generación de la autonomía privada y 2) la generación de la autonomía pública. Empero, *Habermas* y quienes lo apoyan reclaman que ésta es solo una estrategia analítica puesto que ambos tipos de autonomía son co-originales. En otras palabras, nos encontramos aquí de nuevo frente al *círculo hermenéutico* mencionado anteriormente. En este sentido *Maus*[19] destaca que la concepción de *Habermas* respecto a la génesis lógica de los derechos está explícitamente descrita como un proceso circular en el cual las libertades de autonomía privada de los individuos, y los derechos de ciudadanos políticamente autónomos para participar en los procesos democráticos de legislación, están constituidos de manera simultánea. Sin embargo, encuentro una clase de jerarquía en este proceso reconstructivo y, por lo tanto, examino más adelante el postulado de este origen o génesis simultánea y sus consecuencias para la fundamentación de procedimientos y derechos.

18 Thomas Pogge, " The International significance of Human Rights", en *The Journal of Ethics*, No 2, 200.

19 Ingeborg Maus, "Liberties and Popular Sovereignity: On Jurgen Habermas Reconstruction of the System of Rights", *Cardozo Law Review,* No. 17, 1996.

Habermas diferencia entre autonomía privada y autonomía pública o política. Él explica primero los derechos básicos o fundamentales que garantizan la autonomía privada; hay tres tipos de estos derechos: 1.- La mayor medida posible de libertades individuales iguales y sus dos corolarios 2.- El primer corolario son los derechos fundamentales propios del estatus de miembro de un grupo 3.- El segundo corolario son los derechos fundamentales que resultan de la exigibilidad de los derechos, es decir de su protección legal. Gracias a la autonomía privada de los sujetos de derecho, éstos se reconocen unos a otros en su rol de titulares de derechos. Solo en un segundo momento, después que la autonomía privada ha sido establecida, estos sujetos se convierten en autores de su orden jurídico, ejercitando su derecho a participar en la generación del Derecho legítimo, todo lo cual da lugar a lo que *Habermas* llama *autonomía pública o política*. Sin embargo, solo los derechos fundamentales constitutivos de la autonomía pública son directa e inmediatamente necesarios para la deliberación. Sin embargo los derechos que integran la autonomía privada son a su vez esenciales para el ejercicio de la autonomía pública. Consecuentemente, la autonomía privada es relevante para la deliberación solo indirectamente, y a través de la autonomía pública.

En palabras de *Habermas*:[20]

> La primera sugerencia es concebir a los derechos humanos como algo necesario para la institucionalización legal del proceso democrático de auto-legislación. Esto es, sin embargo, a primera vista plausible solo para aquellos derechos civiles –los derechos de comunicación y participación– que empoderan a los ciudadanos para ejercitar su autonomía política. Esta posibilidad es menos plausible para los derechos humanos clásicos que garantizan la autonomía privada de los ciudadanos.

Sin embargo, antes que los sujetos de Derecho puedan llegar a ser autores de su orden jurídico (autonomía pública), tienen que reconocerse unos a otros como destinatarios iguales de las leyes, lo cual implica un reconocimiento de estatus como miembros con los títulos para reclamar sus derechos; estos últimos elementos integran la autonomía privada de los indi-

20 Nuestra traducción.

viduos. A pesar del esfuerzo de *Habermas* para caracterizar la autonomía privada y pública como simultáneas en su origen, su análisis de la autonomía privada le lleva a colocarla como un presupuesto de la autonomía pública debido a que la autonomía privada, de acuerdo a *Habermas*, contiene el código del Derecho o la gramática del lenguaje legal, que son los elementos previos sustentadores de la condición de sujeto de derecho:

> Es necesario adicionalmente analizar la gramática misma del lenguaje legal la cual los ciudadanos deben hablar cuando ellos desean actuar como tales. En otras palabras el código del Derecho como tal debe estar disponible tan pronto como deseemos institucionalizar legalmente un proceso democrático. Sin embargo, sabemos que a partir del análisis de la forma jurídica no podemos establecer orden legal de ninguna clase sin la creación de estructuras sustentadoras de las personas en tanto sujetos de derechos, titulares o portadores de derechos individuales –cualquiera que estos derechos sean–. Sin embargo, proveer derechos subjetivos significa en si mismo proveer una garantía para la autonomía privada. Por tanto, el argumento central es: sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos no habría tampoco ningún medio para la institucionalización legal de las condiciones bajo las cuales estos ciudadanos podrían hacer uso de su autonomía pública.[21]

Mientras que la autonomía pública depende de la gramática legal provista por la autonomía privada, ésta última está exonerada o exenta de obligaciones comunicativas. La autonomía privada se desarrolla en la medida en que los individuos no tienen que dar razones para sus planes de acción. Estas libertades fundamentan la esfera privada individual, tienen un valor intrínseco y no son susceptibles de reducción a un valor instrumental para la formación de la voluntad democrática.[22]

En otras palabras, en *Habermas* la secuencia reconstructiva o *génesis lógica* de los derechos no se corresponde completamente con el origen simultáneo de las autonomías política y privada. Ellas no son co-origina-

21 Jurgen Habermas, "Introduction to Between Norms and Facts", *Ratio Juris*, vol. 12 (4) Diciembre, 1999, p. 332, y también pp. 2201, 119, 454-458.

22 Jurgen Habermas, "Remarks on Legitimation through Human Rights" en Jurgen Habermas, *The Postnational Constellation: Political Essays*, Cambridge (MA), MIT Press, 2001, p. 117.

les porque "Comienza con la aplicación del 'principio de discurso' al derecho a las libertades subjetivas de acción –derecho que es constitutivo de la forma jurídica como tal– y acaba con la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo de la autonomía política..." (187). A causa de que el código del Derecho está compuesto por el derecho a iguales libertades y es anterior a la práctica de autodeterminación de los ciudadanos, tenemos dos cuadros contradictorios a nivel abstracto. Encontramos un primer análisis de tipo secuencial donde la autonomía pública depende de la autonomía privada, mientras hay un segundo análisis co-primordial o de origen simultáneo, donde la autonomía privada y la autonomía pública interactúan y ninguna de ellas es anterior a la otra.

Para ser justos hay que reconocer el esfuerzo sistemático pero finalmente fallido de Habermas para hacer de la autonomía privada algo también dependiente de la autonomía pública a través del principio de la democracia. De hecho Maus ha defendido el génesis simultáneo de la autonomía privada y la autonomía pública basado en esta dependencia. Maus nota que los derechos o principios de la autonomía privada no adquieren forma concreta y estatus sino a través de la autonomía política o pública y la deliberación democrática. Maus plantea que aunque cada legislador debe hacer uso del código del Derecho porque quiere dictar una ley, éste código no puede, como Habermas enfatiza, ser establecido en abstracto sino solo por los ciudadanos, los cuales primero se otorgan unos a otros un derecho especifico mediante leyes que se dictan democráticamente. Por lo tanto, la autonomía privada es tan dependiente de la autonomía pública, como esta última lo es de la primera. Maus enfatiza la idea de que la reconstrucción de los derechos de Habermas en dos fases o pasos tiene solo propósitos expositivos y no debería ser entendida como un orden jerárquico. Por el contrario, la autonomía privada y la autonomía pública funcionan dentro de un inevitable círculo práctico donde se determinan mutuamente.

Sin embargo, *Maus* no aborda el hecho de que la *forma y el nivel de dependencia* de la autonomía pública respecto a la autonomía privada son esencialmente diferentes que la relación inversa. Por un lado la autonomía privada provee a la autonomía pública directamente del código del Derecho, es decir de toda la gramática o principios fundamentales que nece-

sariamente tiene que usar para promulgar derechos concretos. Por otro lado, la autonomía pública *no puede cuestionar directamente* esta gramática o principios, sino solo *dar una forma concreta a los derechos específicos derivados de estos principios guías*; una característica destacada por *Maus* al afirmar que el legislador democrático tiene la discrecionalidad para dar forma a los derechos fundamentales liberales concretos en la forma que el desee pero está necesariamente limitado por las definiciones categóricas inscritas en el código del Derecho porque ambos elementos exhiben la misma estructura normativa.

Consecuentemente, la autonomía privada tiene un estatus más abstracto pero también más fundamental que la autonomía pública. Los estatus y relaciones entre la autonomía privada y la autonomía pública no son solo un asunto de exposición teórica. El derecho a iguales libertades subjetivas y sus corolarios, los cuales componen la autonomía privada, permea todas las deliberaciones y los derechos resultantes. Como *Maus*[23] nota, las libertades subjetivas iguales son esenciales para la verdadera democracia. En contraste, el funcionamiento de la autonomía pública y sus prácticas deliberativas está limitado por el hecho de que la autonomía privada está libre de obligaciones comunicacionales. Bajo esta evidencia, incluso Maus reconoce que Habermas establece unas jerarquías dentro de un proceso circular lo cual no se debe a propósitos simplemente de presentación pues la igual participación en el proceso legislativo democrático tiene precedencia sobre la formulación particular de los derechos fundamentales liberales.[24]

El lugar secundario que *Habermas*s asigna a los derechos sociales y económicos es un rasgo adicional que revela esta jerarquización dentro de su reconstrucción de los derechos. Para *Habermas*, los derechos sociales pueden ser justificados solo en términos relativos y son consecuencia de cuatro tipos previos de derechos. Estos derechos ejecutan solo una especie de rol funcional o complementario para asegurar las condiciones materiales en las cuales los otros derechos pueden ser ejercidos (123). *Habermas* virtualmente excluye a los derechos sociales de su reconstrucción del sistema

23 Ingeborg Maus, "Liberties and Popular Sovereignity: On Jurgen Habermas Reconstruction of the System of Rights", *Cardozo Law Review*, No. 17, 1996, p. 841.

24 *Ibíd*. p. 840.

de derechos en el capítulo tres de *Facticidad y Validez*, y pospone su análisis para el capítulo final de la obra, en que analiza los procesos de *materialización del Derecho*. Efectivamente, estos derechos a causa de su propia condición, están vinculados a asuntos distributivos y a estándares de justicia e igualdad que implican fuertemente elecciones sustantivas o valorativas, las cuales *Habermas* quiere restringir o mantener excluidas de su sistema procedimental.

Flynn trata de defender la perspectiva de *Habermas* afirmando *que la justificación relativa* de los derechos sociales no necesariamente significa relegar su implementación en contextos donde ellos son necesarios para asegurar el ejercicio de otros derechos, especialmente de derechos políticos. Sin embargo, estos planteamientos de *Flynn* implicarían que justificación e implementación no están relacionadas en absoluto, lo cual genera una justificación sin ninguna consecuencia práctica y una implementación sin ninguna fuerte fundamentación conceptual. Por esta razón *Flynn* tiene que reconocer que dentro de la teoría de *Habermas* un derecho social como por ejemplo el derecho humano a la nutrición adecuada es anterior a su implementación como un derecho fundamental dentro de un sistema legal y no implica un derecho humano como tal (448). Consecuentemente, sin una fuerte justificación como un derecho fundamental la nutrición adecuada no es un derecho humano. Debo notar que tal afirmación restrictiva de este derecho es contraria a la actual y progresiva aceptación de los derechos sociales como derechos humanos e incluso es contraria al proceso de juridificación a nivel internacional donde todos los tipos de derechos humanos tienden a ser vistos como complementarios, interdependientes e indivisibles. Pero mi principal planteamiento en este punto es que el estatus de *Habermas* para los derechos sociales revela una jerarquía definida dentro de su sistema de derechos, el cual supuestamente ha sido construido sobre el origen simultáneo de lo privado o lo público, antes que sobre cualquier jerarquía.

Sumarizando, la teoría de *Habermas* revela algunas contradicciones las cuales formulo aquí en la forma de dos preguntas: 1) ¿Cómo pueden los sistemas de derechos dar igual peso a la autonomía privada y a la autonomía pública o política de los ciudadanos cuando la segunda depende de la primera? *Habermas* podría replicar que los derechos de autonomía priva-

da dependen también de la legitimidad provista por los derechos que integran la autonomía pública. Sin embargo 2) ¿Cómo pueden los derechos de autonomía privada ser dependientes de su legitimidad si, para comenzar, su teoría los libera de obligaciones comunicacionales? y finalmente 3) ¿Cómo puede Habermas incluir a los derechos sociales como derechos fundamentales y al mismo tiempo excluirlos de su sistema de derechos construidos sobre la génesis simultánea de las esferas privada y pública?

Lo que estas contradicciones revelan es la existencia de presupuestos sustantivos y elecciones valorativas que subyacen al procedimentalismo de *Habermas*. El concepto de derechos iguales y legítimamente distribuidos que *Habermas* toma de *Kant* para garantizar la autonomía privada crea bases formales para la autonomía pública, pero estas bases a su vez no dependen de la deliberación o del procedimiento, sino de la elección moral de otorgar protección a la autonomía de los individuos. El énfasis del procedimentalismo de *Habermas* respecto a la igual protección de libertades privadas de los ciudadanos tal como él las entiende y más allá de toda deliberación, y el relegamiento de los derechos sociales a meras funciones complementarias constituyen en si una elección sustantiva, la cual está en las bases del conjunto de su edificio teórico.

Habermas[25] ha planteado que su concepto de autonomía individual es central no solo para los derechos humanos sino para la modernidad. Sin embargo pienso que la forma como concretamente se entienda la autonomía es un asunto más empírico que teórico, es parte de un diálogo intercultural que el universalismo de los derechos humanos requiere para fortalecer su legitimidad. Además, el derecho a iguales libertades puede conducir a otras preguntas acerca de presupuestos sustanciales: ¿pueden unas personas otorgar derechos a otras (457) sin un sentido del bien público? ¿Pueden hacerlo sin juicios sustantivos acerca de su propio valor y del valor de los otros? ¿Cómo es posible asumir el derecho a las iguales libertades de todos sin juicios valorativos sustantivos acerca de la igualdad y la libertad?

25 Jurgen Habermas, "Remarks on Legitimation *The Postnational Constellation: Political Essays* through Human Rights" en Jurgen Habermas, Cambridge (MA), MIT Press, 2001.

Necesidad de procedimientos

Una crítica común contra los críticos del *procedimentalismo* puro es que sin procedimientos neutrales y formales la protección de la autonomía de los individuos y de sus elecciones resulta negada o imposible. Sin procedimientos neutrales, de acuerdo a quienes sostienen este *procedimentalismo*, un estado totalitario o paternalista desplaza a la autonomía de los individuos y elige e impone valores y planes de vida a los seres humanos. En el Occidente las políticas paternalistas del Estado de Bienestar a través del Derecho materializado ofrecerían, según este enfoque, un ejemplo de estas condiciones restrictivas para la libertad humana. Además, los procedimientos adecuados serían los medios más democráticos para asegurar la efectividad de la ley y los derechos positivos, una vez que las colectividades toman sus decisiones sustantivas y valorativas. Por ejemplo los derechos fundamentales establecidos en las Constituciones nacionales requieren procedimientos adecuados si queremos que ellos efectivamente regulen nuestra vida social.

Sin embargo, pienso que aparentar una falsa neutralidad en los procedimientos también debe ser evitado para preservar la democracia. Mostrar o presentar como neutral lo que está realmente basado en elecciones sustantivas valorativas es también un riesgo para la democracia y una estrategia potencial para el totalitarismo. No debe negarse la importancia y necesidad de los procedimientos, sino simplemente reconocer que tales procedimientos a su vez, y en grados variables, descansan siempre sobre algún presupuesto sustancial valorativo. Mayor conciencia sobre estos presupuestos nos conduce a un uso más consciente de los procedimientos mismos. Inversamente, estas elecciones sustantivas y determinación de valores a menudo requieren procedimientos para efectivamente regular la vida social, y por tanto debemos poner debida atención a estos arreglos formales.

Sustancia y procedimiento son más complementarios que excluyentes. *Rosenfeld* plantea que en un análisis de últimas consecuencias el valor del procedimentalismo y la posibilidad de adquirir o de obtener una justicia procedimental pura depende de los presupuestos que sirven de antecedente y de las condiciones materiales que rodeen a la inserción y uso de instrumentos y prácticas procedimentales relevantes. En efecto, estimo que

el procedimentalismo está basado en abstracciones donde muchas diferencias y situaciones concretas de los participantes no son necesariamente tomadas en cuenta. De esta manera los procedimentalistas tratan de limitar la igualdad a dimensiones puramente formales y la justicia a una justicia procedimental. Sin embargo, lo que aún queda del *mundo de la vida* opera activamente aún dentro de los procedimientos más formalistas. Sin ningún fundamento común de tipo sustancial, lo único que tendría lugar sería la acción estratégica y la comunicación en sí misma, que para comenzar, no sería posible o necesaria.

Conclusiones

La teoría de los derechos de *Habermas* supera el individualismo liberal clásico pero mantienen un procedimentalismo supuestamente puro el cual en los hechos está basado sobre múltiples presupuestos sustantivos y valorativos. Estos presupuestos sustantivos muestran que *Habermas* finalmente da más peso a la autonomía privada que a la pública; él también privilegia el lado positivo de los derechos humanos sobre su dimensión moral. Estas selecciones no son solo condiciones formales sino presupuestos sustantivos que cuestionan la caracterización de la autonomía privada y pública que hace *Habermas* como simultáneas en su origen, así como su descripción de los derechos humanos como derechos a su vez legales y morales. Estos presupuestos valorativos no eliminan la importancia de los procedimientos sino que limitan esta importancia. La deliberación, y especialmente los debates interculturales sobre derechos humanos, pueden ser mejorados si desarrollamos mayor conciencia de nuestros presupuestos sustantivos en lugar de cegarnos en la búsqueda de falsas neutralidades.

Bibliografía

Bal, Peter, "Discourse Ethics and Human Rights in Criminal Procedure" en Mathieu Deflem ed., *Habermas*, *Modernity and Law*, Thousand Oaks (CA), 1996.

Benhabib, Seyla, "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy" en Seyla Benhabib ed., *Democracy and Difference: Contesting the boundaries of the political*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

Chambers, Simone, "Deliberative Democratic Theory", en *Annual Review of Political* Science, 2003.

Flynn, Jeffrey, "*Habermas on Human Rights: Law, Morality and Intercultural Dialogue"*, Social Theory and Practice 29 (3), 2003.

Gould Carol, "Diversity and Democracy: Representing Differences in Democracy and difference: contesting the boundaries of the political", Seyla Benhabib, ed., Princeton, Princeton University Press, 1996.

Habermas, Jurgen, "Remarks on Legitimation through Human Rights" en Habermas, Jurgen, The Postnational Constellation: Political Essays, Cambridge (MA), MIT Press, 2001.

————, "Introduction to Between Norms and Facts", *Ratio Juris*, vol. 12 (4) Diciembre, 1999.

————, *Facticidad y Validez*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

————, "Kant's Idea of Perpetual Peace: At Two Hundred Years' Historical Remove" en Jurgen Habermas, Ciaran Cronin, Pablo De Greiff, *The Inclusion of the Other*, Cambridge (MA), MIT Press, 1998.

Maus, Ingeborg, "Liberties and Popular Sovereignity: On Jurgen Habermas Reconstruction of the System of Rights", *Cardozo Law Review,* No. 17, 1996.

Peters, Bernhard, "On Reconstructive legal and political theory" en Mathieu Deflem ed., *Habermas, Modernity and Law*, Thousand Oaks (CA), 1994.

Pogge, Thomas, "The International Significance of Human Rights", en *The Journal of Ethics,* No. 4, 2000.

Rosenfeld, Michel, "Can rights, democracy and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas Proceduralist

Paradigm of Law", en Michel Rosenfeld and Andrew Arato ed., *Habermas on Law and Democracy*, Berkeley, University of California Press, 1998.

Pluralismo e interculturalidad

El derecho profano y otras maneras de realizar lo justo*

Rosembert Ariza Santamaría**

Resumen

Las comunidades marginales, los grupos minoritarios, los pueblos ancestrales y los excluidos del derecho al acceso a la justicia, configuran su propia justicia una justicia justa y no legal, que predominantemente regula las relaciones cotidianas y le da sentido a unas prácticas comprensibles e integradas en su medio, que por ello son cada vez mas aceptadas y desarrolladas por los profanadores del derecho que no son otros que los hacedores de lo justo en comunidad. El presente texto presenta tres experiencias que dan cuenta de la práctica de profanación y lo que conlleva el ejercicio democrático de la administración de justicia desde abajo.

Palabras clave

Derecho profano, justicia comunitaria, Derecho propio, jurisdicción indígena, jurisdicción de paz, justicia informal, ancestrales, asamblea, violencia, hegemonizado, autoridad, tribunal, forum, pedagógica, profesionales, cultural.

* Este texto recoge elementos de varios capítulos del libro *El Derecho profano*, publicado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

** Abogado, Doctor en Sociología Jurídica, docente Universidad Nacional de Colombia y Universidad Santo Tomás, asesor de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, arosembert@yahoo.es.

I. Introducción

El campo de las practicas sociales y culturales de justicia, no surge como reactivo a la ausencia del Estado, lo que se encuentra en ellas es un emerger del pasado, de la historia desconocida y de la inconmensurable necesidad de autodeterminación social de los procesos locales.

Entre una justicia por ausencia del Estado y una justicia complementaria a la del orden legal imperante, se mueve una posibilidad que no sea ni lo uno, ni lo otro, lo que las comunidades locales y los grupos étnicos pretenden no es ni sustituir ni complementar la administración formal de justicia, ellos solo pretenden convivir armónicamente con sus congéneres, con el medio ambiente y con su mundo espiritual, relaciones éstas que no están en el campo de lo material y lo racional.

En cuanto a lo teórico encontramos que de unas décadas para acá se trabajan conceptos y categorías de justicia de manera indeterminada por parte de distintas disciplinas como la filosofía, sociología, la antropología y el propio derecho; ello ha llevado a una suerte de construcción de retóricas y discursos académicos y tecnocráticos que de manera pragmática soslayan el debate de fondo y el rigor de lo que acontece en las comunidades cuando de realizar la Justicia se trata.

Partiendo de esto, consideramos necesario mirar lo que hacen estas otras justicias que en principio no son comparables con la Justicia Estatal formal, particularmente la indígena, pero, no podemos negar los elementos que toma, asimila y modifica de la llamada administración formal de justicia en lo que a práctica u operación judicial se refiere. Por ello hacemos una revisión en la practica para establecer como una Autoridad indígena, el Tribunal Superior Indígena del Tolima y los jueces de paz y reconsideración ejercen la administración de justicia en una concepción que no es precisamente la formal jurídica en toda su dimensión, que constituye un ejercicio democrático y novedoso de administración de justicia por operadores distintos al "juez formal" y al exacerbado formalismo jurídico, donde estas practicas informales culturales y sociales abren una compuerta de *maneras* no convencionales de abordar, tramitar y resolver conflictos de orden comunitario-comunal o social.

De igual forma se buscó establecer si desde las maneras de estos "profanadores del derecho"[1] efectivamente se produce un campo o sub-campo jurídico distinto al hegemónico del derecho formal estatal.

Estando de acuerdo con Julieta Lemaitre[2] y los críticos del uso del derecho por parte de los pueblos indígenas mencionan una y otra vez el talante legalista de la lucha indígena, su apego a las formas judiciales, el prestigio entre ellos de los documentos legales como escrituras, memoriales y la ley misma.

En contra de esta posición, *Christian Gross* celebra lo que llama el pragmatismo indígena, no un fetichismo de la ley, dice expresamente, sino astucia y humor y desapego que le permiten a los indígenas encontrar espacios en el sistema para recuperar la propiedad de la tierra y reinventarse una alternativa a desaparecer como vencidos. [3]

El uso del derecho por parte de los pueblos indígenas genera una permanente ambivalencia, puesto que en temas como el convenio 169 "consulta previa", o el tema de la propiedad privada en clave jurídica occidental, o en cualquier reclamo que se haga frente al despojo ilegal, las violaciones de derechos humanos, el propio auto 004 de la Corte Constitucional Colombiana y demás mecanismo legales, lo que genera es reforzar la legalidad dominante y entonces otra necesaria pregunta es para qué sirve el derecho propio. De alguna manera este trabajo pretende responder para qué el derecho propio como profanador del sagrado derecho occidental.

1. Administrar justicia desde abajo

El resguardo indígena de Togoima (Tierradentro, pueblo Nassa), el Tribunal superior indígena del Tolima (TSIT) son parte de esta investigación, igualmente los jueces de paz y reconsideración de algunas ciudades

1 Los profanadores del derecho son todos aquellos que desconocen el derecho y no son reconocidos como expertos pero no obstante resuelven conflictos con elementos del propio derecho.

2 Julieta Lemaitre, "El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales". *Colección Derecho y sociedad*, Siglo de hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, p. 332.

3 Gros, 1991, pp. 220-232.

y pequeños municipios de Colombia. En otras palabras las dos jurisdicciones especiales consagradas en la Constitución Colombiana de 1991, artículos 246 y 247.

Existe una idea clara de los modos clásicos de producción del derecho por lo menos desde el positivismo jurídico) y nos falta entonces dilucidar desde que otros lugares se produce regulación y su incidencia en el gran campo jurídico, la más relevante en mi opinión es la que denomino el manierismo[4] (forma propia de entender y aplicar el derecho en cada contexto socio-cultural de un lado o maneras de realización social de lo justo de otro) este manierismo y por su puesto sus maneras no siempre se constituyen en "practicas jurídicas propiamente dichas" pues se auto constituyen en una categoría no propiamente jurídica.

Las comunidades adaptan el derecho a su acomodo y de múltiples maneras establecen usos sociales de este, coloquialmente a su manera lo entienden y lo aplican. La preocupación de los ciudadanos y ciudadanas no es el derecho en sí mismo, es para ellos mucho más significativa la justicia.

La materialización de la justicia es lo que se comprende como justo, ya que el derecho usualmente es injusto, según el entender de cualquier persona.

Esto nos lleva por supuesto a no ignorar el universo social donde emerge el derecho y de ahí la pregunta que nos formula *Pierre Bourdieu* ¿Cuál es el universo social concreto en el cual se produce y se ejerce el derecho?

De la observación, revisión y estudio de estas experiencias de justicia se puede reconocer unos elementos que permiten profundizar en la administración de justicia informal, sus alcances y por supuesto de sus propias limitaciones.

1.1 La justicia en Togoima

Tierradentro comprende los municipios de Páez e Inzá. El territorio del resguardo de Togoima se localiza en la jurisdicción del municipio de Páez, al nororiente del departamento del Cauca, localizado sobre la margen

4 El manierismo en su acepción original es un estilo artístico del siglo XVI, caracterizado por la expresividad y la artificiosidad, es en este sentido que quiero usar dicha palabra para significar como las comunidades ingeniosa y artificiosamente usan el derecho.

derecha y al occidente del Río Páez. El resguardo de Togoima tiene una extensión aproximada de 2.822 has. Tiene una población aproximada de 3.500 habitantes. La lengua oficial en el territorio de origen es *EL NASA YUWE*. "Derecho propio, interno o mayor o leyes internas: Es lo mismo, no tiene diferencias entre si, se refieren a las normas propias y de origen que los pueblos indígenas poseemos para mantener el control social".[5]

En este sentido para el resguardo de Togoima el derecho mayor se concibe como los sistemas normativos propios de la comunidad, los procedimientos, la tradición oral, la memoria **Ûus yakxnxi:** Es recrear la historia, escuchando las voces de los mayores y seguir sus huellas, la espontaneidad y sabiduría para actuar en cada caso, la comprensión y valoración de los elementos culturales, el estado material e inmaterial del ser humano y su armonía con sus semejantes y la naturaleza como expresión de integralidad del Nasa, constituyen el trasfondo esencial del derecho mayor.

Derecho mayor es también la vivencia de mitos y ritos que son indispensables para la vida como pueblos. Por eso se hace el ritual del refrescamiento de varas para armonizar la autoridad y buscar que en la comunidad no se presenten problemas, ritual de armonización del Territorio como la Apagada del fogón para evitar la llegada de enfermedades o plagas a las personas, animales o plantas y el ritual del cerco, para evitar la llegada de extraños que vengan con la intención de hacer daño al pueblo, (por ejemplo los grupos armados que no respetan la autoridad de los cabildos), el ritual de ofrenda a los muertos por que se cree que ellos siguen viviendo en otro espacio, y que igual necesitan alimento, bebida, para seguir acompañando protegiendo a los que están en la tierra, ritual del despertar de las semillas, para garantizar la subsistencia, con la calidad y diversidad de productos que un Nasa debe tener en su Tul o huerta familiar.

> Todo este conjunto de rituales que revitalizan la vivencia como un pueblo de historia, constituye la base del derecho mayor que por generaciones se transmiten en procura de claridad y permanencia en el tiempo. Derecho mayor es todo el sistema jurídico milenario. Es lo legítimo toda vez que

5 Manuel Sisco, *Despertar y uso de la palabra tradicional: Cosmogonía y Cosmovisión de la Cultura Nasa*, Programa de Educación bilingüe, Consejo Indígena del Cauca, 2001.

> se fundamenta en leyes de los astros, y, del cosmos en general. Es mayor, pues viene desde que la tierra aún estaba en estado çë̈y. Ley de los máximos creadores de todo cuanto existe...uma y tay, (Tierra y sol) los truenos raíz original de la vida y toda expresión cósmica. [6]

1.1.1 LA ASAMBLEA: máxima instancia de decisión

Es el espacio de encuentro de todos los habitantes del territorio, de hombres y mujeres de todas las edades que atienden al llamado o convocatoria de la autoridad del cabildo, se realiza en el lugar, fecha y hora indicada previamente. La convocatoria se hace a través de los llamados cabildantes menores quienes recorren la totalidad del territorio para visitar a cada familia y entregarles el mensaje objeto de la convocatoria, de manera oral. Hoy se cuenta con una emisora radial local comunitaria ubicada en la cabecera municipal (Belalcázar) que facilita aun más la realización de estos eventos.

La asamblea es una instancia de: información, deliberación, evaluación de acciones del cabildo, definición de políticas sociales y administrativas del territorio en su aspecto más integral posible, toma de decisiones trascendentales, planificación de la inversión de los recursos económicos propios y de los que se perciben del estado, aprobación de resoluciones de carácter judicial o manejo y control territorial, construcción de estrategias para la convivencia armónica entre el nasa y la naturaleza, fijación de tareas y compromisos que debe adelantar el cabildo; es decir la asamblea es un espacio participativo para legislar aspectos políticos, económicos y culturales.

Este evento generalmente se realiza en la cabecera del resguardo, Togoima Centro, por ser un lugar tradicional donde antiguamente se sabe lideraba al pueblo Togoimeño la Cacica Gullumus, personaje histórico de mucha importancia para el territorio, sin embargo la asamblea se puede realizar en otro lugar cuando la gente y el cabildo así lo considere pertinente, por ejemplo, si el comunero a quien se le va a aplicar el correctivo

6 Inocencio Ramos.

es de determinada vereda o el hecho desarmonizante se cometió en esa vereda, con el fin de que la aplicación del correctivo ayude a prevenir la comisión de futuros hechos similares y sirva para educar principalmente a esa comunidad, entonces se desarrolla en ese lugar.

> De 3500 habitantes aproximadamente asisten en promedio de 100 a 500 comuneros por que quienes asisten a la asamblea son los voceros de ideas pensadas desde otros escenarios de la comunitariedad expresados en reuniones familiares, reuniones de amigos, desde el fogón, los trabajaderos y la asamblea lo que hace es legitimarla, refrendar las diversas posiciones sobre un asunto, es la razón por el que el número de asistentes pasa a ser de segundo plano, sencillamente alguien pone la cara en la asamblea y expone.[7]

En el año se realizan cerca de 4 asambleas ordinarias, ósea las que son previamente programadas a inicio del año por el cabildo, con temas específicos, y el número de asambleas extraordinarias depende de las novedades que se presenten y son especialmente para tratar temas de justicia.

Tres son los asuntos que estudiamos en este trabajo, y la forma de abordar dichos problemas comunitarios y su desarrollo por parte de la "autoridad judicial" es decir la asamblea son el objeto de este estudio: El primero es referente a la muerte de un miembro de la comunidad, el segundo es un hecho de violencia sexual, el tercero un homicidio a un comunero.

De suyo los tres hechos fueron conocidos y resueltos en la asamblea de manera colectiva, las características comunes entre otras son las siguientes: En cada caso la asamblea conoce, delibera, realiza unas *pesquisas*, confronta públicamente a los involucrados y resuelve aplicando el respectivo *correctivo* que en la mayoría de estos hechos es el cepo y el fuete.

En todos los casos la comunidad interviene de manera indirecta, esto es previamente comentando el asunto en múltiples lugares y se gana una suerte de consenso y de manera directa en la asamblea donde puede desde interpelar directamente a los inculpados hasta la responsabilidad de toda la comunidad en lo acaecido.

Los elementos culturales son tomados en cuenta y determinan esencialmente la interpretación de los hechos.

7 Inocencio Ramos.

La espiritualidad se aplica para lo referente a los *correctivos*, es el elemento determinante para fijarlo y la autoridad espiritual es quien en últimas define tal correctivo.

1.2 El Tribunal Superior Indígena del Tolima

En el VI Congreso del CRIT(Consejo Regional Indígena del Tolima), realizado en la ciudad de Ibagué del 16 al 21 de diciembre del 2001, la Asamblea General de esta Organización decidió crear el Tribunal Superior indígena del Tolima, con el objeto de fortalecer la administración de justicia al interior de sus territorios y resolver múltiples inconvenientes que se presentaban dentro y entre cabildos; y entre estos y los funcionarios pertenecientes al sistema judicial nacional es decir, los encargados de la administración de justicia estatal formal.

El Tribunal esta compuesto por tres miembros principales y tres suplentes, que son *lieerew* indígenas con suficiente experiencia e idoneidad organizativa, social y política. Según los Estatutos del CRIT, los óeis miembros deben tmner conocimientos sobre legislaciónindígena y Jurisdicción Especial Indígena, y no tener antecedentes penales excepto delitos culposos. Es elegido por el Congreso Regional Indígena para un período de cuatro (4) años, con posibilidad de ser reelegidos por una sola vez.

El ejercicio de la justicia por parte del Tribunal Indígena inicia por la denuncia de tres tipos de actores: El veedor(es) del CRIT, los miembros de base de las comunidades y la justicia ordinaria.

Gran parte de las denuncias recibidas por el Tribunal provienen en efecto del Veedor quien lo hace a nombre propio dentro de sus acciones como Veedor, o como vocero de los miembros de las comunidades que quieren interponer denuncias en contra de los gobernadores, o de otro tipo de Autoridad que haya vulnerado derechos.

Desde el inicio de su funcionamiento el TSIT ha trabajado coordinadamente con las autoridades judiciales de los municipios de Coyaima, Natagaima y Ortega principalmente, ya que son los municipios con mayor presencia indígena en el departamento del Tolima.

En el evento en que los procesos se remitan por parte de juzgados y fiscalías municipales el trámite dado a este tipo de hechos es el siguiente:

- Recepción del expediente;
- Determinación de la pertenencia étnica de los involucrados;
- Notificación al gobernador indígena sobre los delitos de los que se le acusa, para que realice los respectivos descargos;
- Citar a una audiencia en la comunidad donde ocurrieron los hechos; y,
- En la audiencia se escucha a las partes se observan las pruebas documentales si las hay, y dependiendo del caso, el TSIT toma la decisión inmediatamente o lo hace posteriormente.

El TSIT ha sido muy cuidadoso en no asumir procesos que pueden ser solucionados dentro de la comunidad. Por ello solo admite quejas que no han podido ser tramitadas por alguna circunstancia, o hechos que involucran directamente a gobernadores indígenas.

Cuando las denuncias corresponden a una verdadera segunda instancia, ya sea porque no hubo acuerdo en la comunidad porque las partes quedaron inconformes con la decisión, o porque simplemente el Gobernador no quiso ejercer su función como autoridad judicial de la comunidad o porque el Gobernador solicitó el proceso a la justicia ordinaria y no hizo nada al respecto, el TSIT asume el caso.

De estos tipos de hechos comunitarios revisamos tres hechos (procesos adelantados por el TSIT) que nos permiten referir el papel del TSIT para estas comunidades, algunos de los elementos que podemos destacar a prima fase de estos tres procesos analizados son:

- La sensación de impunidad bajo entre los miembros de las comunidades pertenecientes al CRIT;
- Se fortaleció el ejercicio de la jurisdicción indígena por parte de todas las autoridades que tienen dicha responsabilidad;
- Las comunidades participan de diferentes maneras en todas las etapas adelantadas por el TSIT; y,
- Los fallos son emitidos en la mayoría de las oportunidades en presencia de la comunidad indígena.

1.3 Los jueces de paz y reconsideración

La jurisdicción especial de paz es consagrada en la Constitución colombiana de 1991, en su Art. 247, el cual se encuentra ubicado en él título VIII o de la rama judicial, en el capítulo 5 o de las jurisdicciones. Este mencionado artículo señala: "Art. 247. La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular."

Su consagración fue el producto del consenso entre varias iniciativas de origen gubernamental y no gubernamental,[8] según estas propuestas se buscaba crear una figura próxima a la comunidad, de origen popular, que resolviera conflictos que afectaran la convivencia cotidiana de una manera ágil y sin formalidades. Pero dicho proceso presentó dificultades en la claridad de los conceptos de justicia comunitaria y el propio de jueces de paz, pues se carecía de información suficiente sobre los mismos. Sin embargo, hubo un punto de encuentro conceptual en la finalidad y función de los jueces de paz, que es a grandes rasgos promover la convivencia comunitaria, colaborar en la solución y prevención de conflictos, y proferir sus fallos en equidad, eliminando los formalismos para facilitar el acceso a la justicia.

Posteriormente se promulga la Ley 497 de 1999, que regula la elección y puesta en marcha de los jueces de paz en el país, por su parte la motivación de esta ley puso de presente su papel de mecanismo de acceso a la justicia, pero a su vez la importancia en la formación de los jueces para el ejercicio responsable de la figura.

En cuanto a la actuación de estos operadores informales de justicia, la ley 497 en su artículo 22 señala:

> Procedimiento. El procedimiento para la solución de las controversias y conflictos que se sometan a la consideración de los jueces de paz constará de dos etapas que estarán sujetas a un mínimo de formalidades previstas en este título. Tales etapas serán una previa de conciliación o auto compositiva, y una posterior de sentencia o resolutiva.

8 Consejo Superior de la Judicatura. Bases para la organización de Jueces de Paz en Colombia, Bogotá, 1999.

Este artículo denota las etapas de la jurisdicción de paz, las cuales básicamente son dos (2), y se denominan como una previa de conciliación o autocompositiva sujeta a la voluntad de las partes y orientada por el juez de paz, y una posterior de sentencia o resolutiva dirigida, proyectada y valorada exclusivamente por el juez de paz y eventualmente por el cuerpo colegiado de jueces en el caso de solucionar la petición de reconsideración.

En tal plano, la figura del juez de paz y de reconsideración acompaña, facilita y coadyuva la resolución de conflictos comunitarios o individuales que se pongan en su conocimiento.

En el presente trabajo se revisan varios conflictos en los que intervienen indistintamente jueces de paz y de reconsideración en varias municipalidades, para establecer cómo opera la solución del conflicto y su trámite por parte de este actor social.

Los conflictos revisados son los que mas comúnmente asumen estos jueces y tienen que ver esencialmente con falta de vivienda (arrendamiento), falta de recursos para solventar los gastos básicos (deudas), de la vida intrafamiliar, de la vida en común (lo público).

De un conjunto de conflictos revisados (cuarenta y cinco en total, de jueces de distintos municipios) seleccionamos tres que son referentes en cada tipo de conflicto y reúnen los elementos mínimos para adelantar el análisis.

Algunos de los elementos encontrados en los conflictos donde intervienen estos actores son a saber:

- El discurso de la ley, constituye un marco que se ha impuesto como referente para definir los asuntos a resolver por parte de los jueces de paz;
- La actuación de los jueces de paz, afianza el campo jurídico formal, no obstante las maneras de usar la ley recrean un sub-campo jurídico donde estos profanadores del derecho establecen un campo de dominio social de los conflictos;
- Las maneras más comunes de profanación del derecho ocurren en el uso creativo de la ley: La ley sirve para todo –La ley es el Acuerdo de las partes– La ley no aplica para casos concretos –La ley es insuficiente– No existe ley que se ocupe de la comunidad;

- La resolución de conflictos ya sea en escenarios urbanos o rurales parte de un proceso constructivo sobre el objeto del conflicto y su decisión; de esta solución participan: Los interesados, las autoridades comunales, dirigentes o representantes de la comunidad de diferentes niveles orgánicos de las mismas, o miembros de la comunidad, vecinos y familiares. Lo importante en estas reuniones (audiencias) es que todos los actores pueden deliberar y participar para generar acuerdos;
- No obstante lo anterior los jueces de Paz y de Reconsideración no privilegian el arreglo colectivo de las diferencias, hostilidades o antagonismos vecinales y comunitarios. Incluso los asuntos que por su naturaleza deberían resolverse en el foro pocas veces se hace de manera pública o colectiva; y,
- La práctica desarrollada por los jueces urbanos en los años transcurridos demuestra que principalmente se privilegia el arreglo particular de todos los asuntos. Esto ocurre gracias a que los hechos conocidos por estos jueces se ubican en la frontera de lo formal-informal, pero que mayoritariamente son asuntos de carácter jurídico y pocos conflictos sociales son resueltos por estos actores de la justicia.

2. La profanación del campo jurídico

Llámese derecho propio o ejercicio de una(s) jurisdicción(es) especial(es), lo que está demostrado con la evidencia empírica que tenemos, es la existencia de unas maneras sociales y culturales de profanar el discurso jurídico, por tanto debilitar el campo jurídico y de afianzar el sub campo de la justicia informal. Esta configuración y fortaleza del sub campo posibilita una nueva reflexión acerca de la capacidad de los operadores de justicia para generar cohesión social y darle contenido social al mundo jurídico, y aunque tal vez no logren la democratización de la justicia o la plena convivencia comunitaria, de hecho estos actores sociales son más que simples operadores judiciales, que gracias a su práctica, generan un espacio judicial que se auto determina en lo social y que permite intersticios de autonomía plena.

Es evidente en la práctica de los operadores informales la diferenciación de las tres justicias analizadas, de ello se destacan las particularidades de las dos jurisdicciones especiales reconocidas en el país, puesto que encarnan elementos institucionales y culturales, diferenciados legalmente de manera clara, una legitimidad propia y unas características que sobrepasan los cánones formales de la administración de justicia. Sin embargo, corresponde decir que ellas hacen uso de elementos formales del derecho y que aplican procedimientos que en mucho contribuyen al refinamiento del formalismo jurídico, haciendo improbable formas de resistencia al lenguaje dominante de los juristas.

La tendencia de los operadores informales es tener mayor reconocimiento legal y sobretodo mayor capacidad de coerción, en últimas, tener mayor formalización, situación que ocurre plenamente con los jueces de paz y en menor medida con el Tribunal Superior Indígena del Tolima. Caso distinto ocurre con el derecho propio, pues en el resguardo de Togoima, pueblo Nasa, analizado en esta investigación, aparecen elementos que lo determinan como autónomo frente a la justicia del Estado. Estos elementos entre otros son:

- Unas autoridades internas plenamente reconocidas y acatadas en sus decisiones;
- Un mecanismo que permite poner en conocimiento de la autoridad tradicional el hecho o situación;
- Un espacio y tiempo definidos para deliberar los asuntos y que permiten la participación de toda la comunidad;
- Una decisión frente al asunto; y,
- Un correctivo definido por la Asamblea y aplicado por ella.

Esta evidencia de autonomía no implica que el resguardo esté cerrado y no se permee con la justicia estatal, de hecho se relaciona con actores institucionales todo el tiempo, desde luego hay colaboración e incluso coordinación en algunas situaciones que permite un uso estratégico de la normativa y de los recursos institucionales a favor de la armonía interna del resguardo, pero ello no conlleva a asumir el derecho occidental porque a los indígenas Nasa les interesa mantener su autonomía respecto al Estado a toda costa.

Los casos analizados del TSIT demuestran a la luz del debate de los campos jurídicos,[9] que sus miembros a pesar de tener cierto arraigo e identidad indígena, a su vez viven procesos hegemonizados por el Estado que mantiene de muchas formas el monopolio de la violencia simbólica legítima, terminan por tanto cooptados por el discurso jurídico formal. Esta formalización jurídica tiene éxito cuando logra regularizar las prácticas, es decir, cuando se da el paso de ajustar situaciones de hecho conforme a la regla jurídica. En efecto, el Tribunal formuló un protocolo inter-jurisdiccional (2008) que establece todas las reglas de actuación tanto internas como entre el tribunal indígena y las autoridades estatales formales.

En principio el actuar del Tribunal Superior Indígena podría explicarse como interlegal, no es Derecho propio, pero sí ejercen la llamada jurisdicción especial indígena.

La interlegalidad ha sido definida por *Santos* como "una intersección de diferentes ordenes jurídicos".[10] Esto significa que las normas del derecho estatal y las normas indígenas se encuentran imbricadas, constituyéndose mutuamente en formas que implican el conflicto normativo, pero también la negociación y múltiples transacciones. Desde esta consideración, puede estimarse que el ejercicio de la jurisdicción especial indígena por parte del TSIT se construye en espacios de interlegalidad, donde las diferentes acciones y decisiones del Tribunal como las dinámicas propias del ejercicio jurisdiccional los pone frecuentemente en este lugar intersticial.

Pero no por ello deja de ser justicia indígena su actuar, pero en ningún caso es Derecho propio, tal como se constató con el resguardo de Togoima que ejerce su Derecho de manera autónoma frente al Estado. Pese a esto el Tribunal Superior Indígena sostiene que:

> Vale la pena aclarar sin embargo, que no es posible reglamentar este ejercicio del derecho, al punto de definir normas y procedimientos rigurosos similares a los que se manejan en el derecho positivo o en el derecho consuetudinario. Pero ello no significa que el derecho "propio" como lo conciben los indígenas en el Tolima no pueda valerse de algunos elementos, sin que ello signifique la pérdida de la identidad y validez del derecho autónomo.

9 Bordieu, 2000.
10 Santos, 1987, p. 297.

Este actuar del TSIT no deja de ser llamativo, pues la incorporación de elementos occidentales en todo su proceder lo hace muy cercano al derecho estatal. Sin embargo el TSIT no se considera justicia informal pues su práctica es marcadamente cultural y a pesar de trabajar coordinadamente con el Estado los usos y costumbres aplicados por ellos (muchos reinventados) explicitan su autonomía y su capacidad de profanar el discurso legal. La profanación del Derecho se da entonces de la manera como el sujeto que administra justicia en los tres tipos de justicia estudiados, logra la realización de lo justo.

En el Resguardo de Togoima (Derecho Propio), la manera es a través de la asamblea de administración de justicia, en el caso del Tribunal Superior Indígena (ejercicio de la jurisdicción especial indígena) la manera es la reunión colectiva para decidir y tomar una decisión frente al resguardo de los implicados. En el caso de los jueces de paz (justicia informal) su manera de profanación se da en la capacidad de resolver vía colectiva y pedagógica los asuntos que son puestos a su conocimiento, profanar es por tanto, actuar de manera colectiva intentando el bien común y no el estrictamente individual.

Los casos que revisamos de cada tipo de justicia nos obligan a hacer algunas precisiones y a volver sobre los tres procedimientos para dilucidar qué tan sólido es el campo jurídico hegemónico frente a estos profanadores, como sigue.

2.1. La manera y el procedimiento profano

Al hablar de la justicia mediadora del prud´hommal (quien es un componedor amigable, un "hombre bueno" que en el derecho del trabajo francés, tiene una función conciliadora obligatoria en todo tipo de conflictos entre trabajadores de empresas privadas y empleadores), Bourdieu[11] plantea que esta es un tipo de justicia que tiene bastante aceptabilidad y desde la cual es posible explicar el campo de apropiación y la desposesión correlativa de los simples profanos. Este islote de autoconsumisión jurídica se

11 Bourdieu, 2000a

ha encontrado poco a poco integrado dentro del mercado controlado por los profesionales del derecho.

Según el autor estos nuevos participantes conocedores del campo jurídico determinan una elevación del formalismo jurídico de los procedimientos mediante su intervención y contribuyen así a reforzar la necesidad de sus propios servicios y de sus propios productos, determinando la exclusión de hecho de los simples profanos que se ven obligados a buscar el consejo de los profesionales.

El concepto de profanos según *Bordieu* es el que recoge a aquellos hombres probos que resuelven conflictos pero que desconocen el derecho y no obstante hacen uso de él.[12] Las tres experiencias estudiadas tienen a administradores de justicia que no conocen el derecho pero que a su manera ejercen la justicia; a continuación se revisarán las tres maneras, el sentido y alcance de estos procedimientos que para un detentador del discurso jurídico solo sería un procedimiento profano.

2.1.1. La asamblea máxima autoridad en Togoima

Como vimos, la asamblea es el ente conformado por todos los comuneros del resguardo indígena de Togoima, incluidas las autoridades terrenales y espirituales, que crean una sola voluntad; por tal motivo se convierte en la máxima autoridad del resguardo de Togoima. Además porque ningún otro ente puede contraponerse a lo que se decide por ésta, solo ella misma es la única que puede modificar o ratificar sus propias decisiones.

La asamblea aplica justicia cuando la gravedad del problema se sale de la "órbita de control" del gobernador y del cabildo, y cuando se convoca y se reviste de poder para resolver dicho problema. En esto lo que se impone claramente, es la voluntad colectiva, como última opción, en el camino de retornar la armonía y el equilibrio de la comunidad.

En el resguardo de Togoima cuando se habla de asamblea o Nasa wala, se habla de la voluntad de todos, expresada en unanimidad, en ello no hay

12 Bourdieu, 2000b, pp. 193-194.

vencidos ni vencedores, ni sujetos individuales, sino una decisión colectiva de y para un pueblo. La decisión de la asamblea es producto de un acuerdo comunitario que apela al saber ancestral y a los usos y costumbres, en ella se privilegia la armonía comunitaria y se pretende la recomposición espiritual y social antes que el pago individual de una sanción que en nada repara la vida en comunidad.

Los elementos a destacar de la asamblea que aplica justicia son a saber:

- Antes de la realización de la asamblea el tema pasa por los fogones, quiere decir que se comenta al interior de cada familia, pasa por la fila de maíz, en la labranza, por las reuniones del cabildo, todo esto establece un socialización de los hechos y ayuda a construir un juicio previo que se pone en discusión en el encuentro de la comunidad. La asamblea se realiza en el lugar de la comisión del hecho perturbador de la armonía, esto con el fin de que el diálogo, decisión y aplicación del correctivo ayude a prevenir la comisión de futuros hechos y sirva para educar principalmente a esa comunidad; y,
- La aplicación del correctivo, se da donde ocurrió el hecho (cuando son cepo y fuete) aunque si el correctivo es trabajo comunitario este se realiza en todas las veredas del resguardo rotativamente.

La participación de los comuneros no solo se da opinando de manera activa, también están aquellos comuneros cuya participación se da desde la escucha y la compañía. Estas diferentes formas de participación son valoradas por el conjunto de la comunidad, debido a que los comuneros que participan de las asambleas deben abandonar su parcela y dejar de trabajar, pero también porque quienes asisten y escuchan lo hacen desde la práctica de aprender en comunidad desde la oralidad. Todo ello permite decir que la asamblea además de tomar decisiones, es un espacio abierto, formativo y participativo en el que toda la comunidad tiene un papel relevante, incluidos desde luego los niños.

Cabe recordar los tres hechos juzgados por la asamblea de Togoima, en los que la asamblea optó por decisiones como las siguientes: En el primero caso (violencia sexual) la asamblea de juzgamiento llega hasta la aplicación del cepo, en el segundo (presunto homicidio) termina en manos de

la autoridad espiritual pues no se pudo establecer el verdadero responsable, y en el tercero (homicidio) no permite que se apele su decisión de sesenta años de cárcel.

En los tres momentos la decisión de la asamblea, tuvo unos pasos previos claramente señalados y una vez la asamblea decide, por lo general sostiene dicha decisión. La asamblea mantiene sus decisiones fundamentalemente por todo lo que acontece antes, durante y después de ella, esto es irrepetible y en la concepción Nassa no se requiere volver sobre lo ya decidido y asumido: "La reciprocidad, la compensación, la solidaridad, la prevención, la integralidad y la armonización se inscriben como fundamento de la responsabilidad colectiva, de los valores jurídicos comunitarios y organizativos, dentro del sistema jurídico Nasa".[13]

La asamblea es profana en tanto afirma el reconocimiento comunitario y escapa al alcance de los positivistas jurídicos, pues el solo hecho del reconocimiento de los pueblos indígenas como sujeto colectivo, aun no entra en el raciocinio de la dogmática jurídica, peor aún entender la decisión de la asamblea o *Nasa wala* como decisión judicial y sobre todo como máxima autoridad no es un asunto de fácil digestión para los detentadores del discurso legal formal.

Los juristas y abogados que conocen de estas prácticas, salvo los pronunciamientos de la Corte Constitucional, ven estas prácticas como meros *usos y costumbres* que de ninguna manera ponen en peligro el orden jurídico vigente.

2.1.2 La decisión pública del Tribunal Superior Indígena del Tolima

Muchos de los críticos de la jurisdicción indígena se suelen referir al mal manejo que por parte de las autoridades indígenas se hace de esta potestad *legal* y por ello afirman que es la justicia formal la llamada a operar en todo el territorio nacional. En algunos pueblos indígenas no se da el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, en otros las autoridades simple-

13 Asociación de Cabildos Nasa Çxhä Çxha y Juan Tama, 2005:34. Asociación de Cabildos de Tierra dentro Nasa Cxhacxha y Juan Tama, Consejo de Familia Programa Mujer, Desde la Diversidad Tejiendo Vida. Los tejidos Nasa, Cosmovisión y simbología, 2005.

mente son renuentes porque los involucrados en los hechos suelen ser familiares, estos entre otros elementos son los aspectos que incidieron en el caso de los pueblos Pijao y Nasa del Consejo Regional Indígena del Tolima CRIT en la creación del Tribunal. Sobre este particular afirman Londoño y Romero.[14]

La creación del TSIT en Septiembre de 2002 ha marcado un precedente para los gobernadores que se aprovechan de las facultades legales que les reconoce la Constitución Nacional como operadores judiciales para beneficiar a sus familiares o conocidos, o impartir castigos irrisorios para faltas graves, ya que dicho tribunal estará alerta en estos casos para castigar las actitudes antes mencionadas, pues el continuar con dichas actitudes desprestigia y le quita credibilidad a la jurisdicción indígena, poniendo en riesgo su continuación y su reglamentación en el Congreso de la República.

En lo que lleva de existencia el Tribunal ha conocido cerca de dos mil asuntos, donde mayoritariamente atiende temas relacionados con administración de resguardos y temas de familia con cerca de un sesenta por ciento y de inaplicación de justicia con un doce por ciento (CRIT, 2005), llama la atención este último aspecto pues los miembros de las comunidades Pijao y Nasa que están bajo la jurisdicción del Tribunal acuden cada vez más a su propia jurisdicción denunciando a aquellas autoridades indígenas que no administran justicia o que abusan de ella.

En lo que concierne al procedimiento el TSIT tiene establecido hacer reconocimiento en terreno de los hechos, llamar a la comunidad y comunicar públicamente su decisión. Esta última es producto de una mayoría entre los integrantes del TSIT, sin embargo, cabe resaltar que en los años de ejercicio no se han presentado discrepancias frente a las decisiones que se han tomado en el ámbito interno. De los fallos del Tribunal con orden de condena, (cerca de un 41.8%),[15] pese a que el Tribunal siempre acude en primer término a una conciliación, y si las partes no llegan a un acuerdo emite un fallo ordenándole a las partes el cumplimiento de la determinación tomada, esta decisión es en efecto acatada tanto por las partes

14 Londoño y Romero, 2005, p. 33.
15 *Ibíd.*, p. 59.

como por las autoridades estatales involucradas. Sin embargo muchas de las decisiones del Tribunal e incluso dadas en los propios resguardos son apeladas vía acción de tutela por la parte *perdedora*.

Lo que es una premisa en el Tribunal indígena son las obligaciones que devienen del ejercicio de la jurisdicción indígena, esto lo ha llevado a desarrollar una tarea permanente de orden educativo con los resguardos, de manera que las autoridades indígenas ejerzan la justicia indígena en sus territorios. Por ello el tribunal aplica los principios pedagógicos señalados por el CRIT, aunque con mayor énfasis en el que alude a "Todo ser indígena es un ser histórico y, por tanto, depositario de una experiencia y unos conocimientos, los cuales deben ser valorados independientemente de su grado de sistematización o elaboración teórica".[16] Este principio tiene relevancia en tanto considera que su saber está por encima del conocimiento y de las prácticas occidentales de acumular dicho conocimiento.

En los casos que se revisaron del TSIT, se identificó una constante tanto en la prontitud en la resolución del caso como en el nivel de decisión de los miembros del Tribunal, quienes además hacen seguimiento de sus decisiones para verificar el cumplimiento de lo resuelto por esta instancia.

Por otro lado cabe mencionar que las comunidades en los resguardos, las autoridades y los habitantes de los municipios donde ejerce su jurisdicción el Tribunal, encuentran su labor como necesaria y oportuna. Lo cual no significa que no haya detractores de su labor, pues se tiene como crítica que los miembros del tribunal abusan de su poder y que desbordan permanentemente su competencia. Sin embargo, a pesar de esta crítica lo que se encuentra es que el cumplimiento y la sostenibilidad de las decisiones del tribunal son un hecho real, porque cuentan con el apoyo del CRIT y de las autoridades gubernamentales de la zona. Además porque el TSIT mantiene a la comunidad como receptora principal de sus decisiones, al reunirla y convocar a las partes y a los resguardos implicados en un solo momento y lugar, procedimiento que sumado a lo anterior le permite al tribunal mantener la legitimidad y credibilidad que tienen, así esta práctica desborde lo *legal*.

16 Justicia comunitaria indígena. El caso del CRIT Cuadernos de la Escuela, Escuela Nacional de Justicia Comunitaria, Entidad 3, Red de justicia Comunitaria, ASDI, CRIT, marzo de 2005, p. 50.

Los jueces y abogados encuentran el Tribunal Indígena como una experiencia exótica, poco común y de alcance limitado, en las distintas confrontaciones entre abogados litigantes con el tribunal y jueces formales, estos expertos minimizan la capacidad del tribunal y ven su actuación como un reconocimiento a la diversidad y pluriculturalidad nacional que se aplica solo en determinados contextos sin mayor trascendencia.

2.1.3. El forum en la justicia de paz

La manera más común de enfrentar un conflicto, es por la vía de la fuerza, de la violencia o como mejor se conoce *por las malas*. A esta conclusión llegaron los jueces de paz entrevistados frente a la pregunta sobre las maneras que privilegian los colombianos para hacer sus arreglos. Sin embargo, muchos de los habitantes de sectores urbanos y rurales reconocen que es posible por otras vías resolver los conflictos, una de ellas es acudiendo a los jueces de paz y de reconsideración, en los lugares donde existen, porque se reconoce que estos actores sociales tienen la capacidad de proponer maneras distintas de construir convivencia pacífica y de enfrentar la problemática social.

Las maneras de actuar de los jueces de paz dan cuenta de formas distintas de solidaridad social, de una pedagogía colectiva profesada por estos jueces y juezas que creen necesario transformar las maneras violentas por las vías pacifícas.

En la práctica los jueces igual desbordan la ley de la materia (Ley 497) y hacen diferentes usos de ella como ya se presentó en apartes anteriores, también proponen procedimientos que son a su entender maneras simples de resolver lo complicado; veamos en estos conflictos los procedimientos que asumen:

- Conflictos relativos a la falta de vivienda (Caso Cali). Hay un procedimiento para los deudores morosos de arrendamiento y es el llamado desalojo comunitario, este procedimiento consiste en lo siguiente: "Las personas que van a arrendar su casa lo hacen a través de un contrato de arrendamiento diseñado por los jueces de paz para estas situaciones,

en cualquier caso de incumplimiento del inquilino, la misma comunidad le hace el desalojo".[17] Este procedimiento despierta todo tipo de reacciones, pues la solidaridad opera del lado más débil de la relación, no obstante a la fecha se aplica y según el juez de paz tiene resultados efectivos en su comunidad;

- Conflictos relativos a la vida familiar (Bogotá). Los jueces involucran en la resolución de un caso de pelea o maltrato familiar a todo la familia extensa, llamando incluso a los padrinos de matrimonio y a los amigos de ambas partes, para que se involucren en el acompañamiento de la pareja en conflicto[18]. Rompen el principio de privacidad, e intimidad, pero lo cierto en palabras de los jueces es que al final toda la familia es parte de la solución y no se dedica solo al chisme, sino que son parte de la composición familiar, como llaman a este tipo de procedimiento;
- Conflicto de pago de deudas (Ibagué). Un señor que tiene una deuda y no posee los recursos para sufragar dicha deuda se compromete a pagar con el arreglo y pintura de una casa de la persona a la que le tenía la deuda, el pago lo hace frente a su familia y a la del señor que le adeuda. Esto es una práctica muy frecuente que utiliza la juez Rosita[19] en Ibagué, pues la iliquidez hace imposible el pago de las deudas pero con trabajo también se paga afirma la señora jueza; y,
- Conflictos que involucran valores comunitarios encontrados: (Nunchia)En un caso de violación el juez convoca a toda la vereda para saber que hacer frente al hecho y que no se vuelva a presentar dicha situación.[20] En la reunión de la vereda se establece quién es el responsable y la comunidad asume imponerle una sanción de trabajo comunitario al mismo, tal determinación evitó que los actores armados intervinieran en el conflicto y asesinarán al sujeto.

Sin duda cada proceder de los jueces de paz, la más de las veces despierta distintas reacciones a la luz del derecho, de los derechos humanos y de las

17 Entrevista al juez Jesús Magín Cali Marzo de 2007.
18 Entrevista a Dionisio Calderón juez de Bogotá, enero de 2008.
19 Entrevista a la Jueza Rosa Bonilla en Octubre de 2008 en Ibagué.
20 Entrevista al juez de Nunchia Luis Pideache, diciembre de 2007.

expectativas creadas alrededor de estas instancias de solución de conflictos que proceden de vez en cuando por fuera del mundo jurídico.

De un conjunto de conflictos revisados (Cuarenta y cinco en total, de jueces de paz de distintos municipios) se encontraron estos elementos comunes en las intervenciones de los jueces:

- El discurso de la ley, constituye un marco que se ha impuesto como referente para definir los asuntos a resolver por parte de los jueces de paz.
- Las maneras más comunes de profanación del derecho ocurren en el uso creativo de la ley: La ley sirve para todo –La ley es el acuerdo de las partes– La ley no aplica para casos concretos –La ley es insuficiente– No existe ley que se ocupe de la comunidad;
- La actuación de los jueces de paz, afianza el campo jurídico formal, no obstante las maneras de usar la ley recrean un subcampo jurídico donde estos profanadores del derecho establecen un campo de dominio social de los conflictos;
- La resolución de conflictos ya sea en escenarios urbanos o rurales parte de un proceso constructivo sobre el objeto del conflicto y su decisión; de esta solución participan. Los interesados, las autoridades comunales, dirigentes o representantes de la comunidad de diferentes niveles orgánicos de las mismas, o miembros de la comunidad, vecinos y familiares. Lo importante en estas reuniones (audiencias) es que todos los actores pueden deliberar y participar para generar acuerdos;
- No obstante lo anterior los jueces de paz y de reconsideración no privilegian el arreglo colectivo de las diferencias, hostilidades o antagonismos vecinales y comunitarios. Incluso los asuntos que por su naturaleza deberían resolverse en el foro pocas veces se hace de manera pública o colectiva; y,
- La práctica desarrollada por los jueces urbanos en los años transcurridos demuestra que principalmente se privilegia el arreglo particular de todos los asuntos. Esto ocurre gracias a que los hechos conocidos por estos jueces se ubican en la frontera de lo formal-informal, pero que mayoritariamente son asuntos de carácter jurídico y pocos conflictos sociales son resueltos por estos actores de la justicia.

Por último veamos este procedimiento que dio mucho de qué hablar a nivel nacional y que tituló la prensa: *Ante jueces de paz, se produjo la primera conciliación de pareja homosexual*.

A ese hombre lo quiero demasiado, dijo Carlos, él, de 31 años, no pudo contener el llanto cuando quedó a solas con los jueces Atilio Beltrán y Salomón Arias. José, su pareja de 21 años, se había retirado para sacar un par de fotocopias del acta de conciliación. Ambos decidieron separarse después de cinco años de vivir juntos.

En Colombia no se permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Por eso, en casos como este se considera que hay una sociedad de hecho, como un negocio comercial, y por ello se permitió la conciliación y no la separación de bienes, explicaron los jueces:

Fueron más de dos horas de discusión para determinar quién se quedaba con los electrodomésticos que consiguieron durante su relación. Al final, ambos firmaron el acta. "Para nosotros fue un caso particular, pues cada mes recibimos unas 10 situaciones de separación, pero de parejas heterosexuales", señaló el juez Arias.[21]

Este procedimiento según algunos juristas se escapa a la competencia de estos jueces, y deberían ser sancionados por extralimitación de sus funciones.[22]

En nuestra opinión lo actuado por los jueces corrobora su capacidad de profanar el discurso jurídico con una práctica abiertamente *contra legem.*

En los casos analizados los jueces involucraron a la respectiva comunidad, y ella muchas veces propone la solución; como ya se afirmó el tipo de capital jurídico que acumulan los jueces de paz a partir de los diferentes usos de la ley y sus procedimientos es absolutamente individual, pues en lo colectivo no existen escenarios que les permita formal e informalmente circular este saber, se termina explicitando en el enfrentamiento con los detentadores del capital jurídico formal, es decir, con la Rama Judicial, en concreto, con los jueces formales. Este enfrentamiento se dirime generalmente por vía de acción de tutela.

21 Periódico *El Tiempo*, enero 29 de 2006. "Ante jueces de paz, se produjo la primera conciliación de pareja homosexual".

22 Entrevista a Carlos Huertas, Juez Promiscuo Municipal de Ibagué, febrero de 2008.

Los jueces y abogados ven entonces la jurisdicción especial de paz con reservas y muchas veces es entendida como competencia y sustitutiva de la justicia formal.

2.2 La apuesta pedagógica otra manera de profanar

Las tres experiencias estudiadas hacen alusión a lo pedagógico educativo, cada una en un entendido distinto de la concepción de lo educativo, pero todas asumidas también como una manera de profanación.

Para los *Nasa* la *Nassa Wala* o máxima autoridad es un espacio de educación para todos los miembros de la comunidad, en la que pueden participar niños, jóvenes, abuelos y, en general, todos los comuneros.

La asamblea como tal es un espacio educativo toda vez que los participantes de la misma aprenden haciendo, pues los comuneros desarrollan tareas distintas que para cada reunión son rotativas. Estas tareas comprenden desde presidir la mesa coordinadora hasta ser responsables de servir el almuerzo y de la logística de la asamblea.

La mayoría de comuneros hablan en su lengua propia lo cual permite que se reafirme la identidad Nasa, al igual que los valores y principios que orientan la vida comunitaria y que son objeto de discusión por parte de los participantes de la asamblea.

También es educativa porque los correctivos que se aplican se hacen con el fin de enseñarle a los corregidos la vida en común y el acatamiento de los valores comunes.

Para los Nasa todo lo que acontece dentro del espacio de la asamblea comporta un proceso de aprendizaje. Máxime si allí se resuelve lo que altera la armonía social. Cada hecho puesto en conocimiento de la asamblea permite poner en juego el acumulado histórico, cultural y social.

El TSIT por su parte desarrolla procesos educativos en tres niveles distintos, unos de capacitación propiamente dicha, entendiendo por ello tareas de educación informal con gobernadores y demás autoridades con el propósito de enseñarles el ejercicio de la jurisdicción especial indígena.

Un segundo nivel de capacitación no formal con autoridades del sistema nacional de justicia y autoridades estatales de diferente nivel.

Y un tercer nivel educativo que atañe al ejercicio mismo de la justicia especialmente con los gobernadores que deniegan justicia, este proceso pedagógico se da incluso con los mismos sancionados y ello comporta un proceso de aprendizaje general para el fortalecimiento de la administración de justicia indígena.

Estas tres maneras de abordar lo educativo en el Tribunal han permitido efectivamente que los miembros de los resguardos reciban orientación acerca de los derechos y deberes que implican el ejercicio de su jurisdicción.

Sin embargo, seguimos cuestionando qué tanto permite la práctica del TSIT el ejercicio de la justicia indígena a los gobernadores, pues en muchos de los hechos observados es el propio Tribunal quien administra justicia y les da lecciones a los gobernadores renuentes del ejercicio jurisdiccional pero no les permite que hagan la práctica misma.

Por su parte, los jueces de paz, tienen como esencia de su labor una tarea pedagógica centrada en la convivencia pacífica, muchos jueces asumen esta tarea en la etapa anterior al conflicto mismo, es decir, realizando labores de prevención de conflictos como educadores comunitarios, otros realizan su labor educativa en la audiencia de conciliación y otros en el propio fallo en equidad. También existen jueces que aprovechan las sanciones para imponer medidas educativas comunitarias.

Los jueces que más conscientes están de realizar tareas educativas, son los jueces de reconsideración ya que tienen que cumplir tareas en esta línea. Pero pese a esto un gran porcentaje de estos jueces no realizaron ningún tipo de actividad dentro de los cinco años de ejercicio jurisdiccional.

En cuanto a la formación misma de los jueces de paz existen críticas que reflejan el estado del tema, estas afirmaciones son parte de una perspectiva que ve la labor del juez de paz más allá de simples operadores de la ley 497, ejemplo de ellas, las siguientes líneas.[23]

> Todos los procesos de capacitación que se han desarrollado en la implantación de la Jurisdicción de Paz en Colombia, con técnicas y/o metodologías relativamente diferentes, se convirtieron en procesos que tienen que

23 Gordillo y Torres, 2007, p. 14.

> ver más con *educación legal* que con *pedagogía social* o *educación popular*. Es decir, se trató mas de poner la ley y sus contenidos y formas de aplicación al alcance de los no-abogados, que de promover procesos sociales de empoderamiento que trajeran como consecuencia la selección, elección y nombramiento de Jueces de Paz.

Así las cosas, la Jurisdicción de Paz suele quedarse en la nuda resolución de conflictos, articulada a la descongestión de despachos judiciales, sin ninguna posibilidad de aportar a la construcción de las comunidades como actores sociales.

En la misma perspectiva del punto anterior, los jueces de paz en su ejercicio de operadores de esta jurisdicción, pueden quedarse en el mero cumplimiento de una legislación, cumplimiento que poco tiene que ver con las aspiraciones y posibilidades de ejercer poder directo, autónomo y pacífico por parte de las comunidades. Así, la Jurisdicción de Paz queda en *eterna minoría de edad* frente a las instituciones del Estado que se encargarían de direccionar, tanto a la jurisdicción en su conjunto, como a cada juez de paz en particular.

Los procesos de capacitación ofrecidos a los jueces de paz, evitan señalar problemas que ocurren en las comunidades en las cuales operan estos impartidores de justicia. Problemas tales como el desplazamiento forzado (que trae como consecuencias inevitables el incremento de la conflictividad y la necesidad de crear mecanismos y reglas sociales para resolver conflictos entre las comunidades receptoras y las desplazadas, y de cada una de ellas a su interior) la delincuencia infantil y juvenil (que podrían ser prevenidas y/o tratadas mediante el uso de técnicas propias –por ejemplo– de la justicia restaurativa).

Como se evade la reflexión/formación acerca de esos problemas que de todas maneras afectan el trabajo de los jueces de paz, éstos han inventado diversas maneras de enfrentarlos. El problema es que ese saber nuevo no es ni socializado ni compartido ni legitimado.

Igual ocurre con el uso que algunos jueces de paz le dan al saber jurídico: dado que les exigen que actúen como cuasi-abogados, ellos terminan por hacer interpretaciones un poco más "comunitarias y de contexto" de la Ley que se ven forzados a aplicar. No verbalizan la construcción del "justo comunitario", pero usan la ley formal para construirlo

sobre todo en casos que involucran a población desplazada o a personas relacionadas con delincuencia juvenil o infantil.

En suma, las tres experiencias ven en lo educativo una posibilidad de aprendizaje colectivo más que un trámite de la venganza, encuentran que se requiere educación para la convivencia y que el espacio judicial permite acumular positivamente en tanto se asuma cada acto, paso o procedimiento de la administración de justicia como un acto educativo. Estos actos pedagógicos son profanos en la medida que logran una educación democrática de la justicia donde el acto de administración de justicia no se convierte precisamente en un acto de simple y mero poder.

2.3 Entre profesionales y profanos

Resulta necesario señalar que tanto en el caso del resguardo de Togoima, como en el del Tribunal Superior Indígena del Tolima y el de los jueces de paz, muchas de las partes implicadas en ellos acudieron a la acción constitucional de tutela para que se protegiera prioritariamente el derecho de defensa, una solicitud originada más por influencia de litigantes que por iniciativa propia de los demandantes.

Así en el caso de homicidio perpetrado por Olimpo Liz en el resguardo de Togoima, este acudió a tres tutelas por las que su caso termina siendo revisado por la Corte Constitucional,[24] que a su vez ratifica la decisión de la asamblea del resguardo.

De la misma manera ocurrió en el TSIT, pues el segundo caso estudiado permitió constatar cómo el Tribunal Superior Judicial del Tolima tumba la decisión del juzgado penal del circuito del Guamo y devuelve la competencia a la jurisdicción indígena, a pesar de que anula lo actuado también por el Tribunal, reconoce la primera decisión del resguardo "salvaguardando el principio de cosa juzgada".

Como quedó establecido en el capítulo dos, los desarrollos en materia de jurisdicción indígena en Colombia se han dado vía tutela, por ello el acervo jurisprudencial en la materia es tan prolijo.

24 Sentencia SU 154 de 2006.

En los jueces de paz el tema es aun mucho más complejo pues en las grandes y medianas ciudades los y las ciudadanas acuden a profesionales cuando la decisión del juez de paz o de reconsideración les es adversa. Esto lleva a que por un lado la mayoría de jueces de paz prefiera a toda costa la vía de la conciliación y se inhiban del fallo; por otro parte de cada diez fallos de los jueces de paz tres terminan en tutela y de cada diez conocidos por los jueces formales siete fallan a favor de los jueces de paz y tres terminan tumbando la decisión de los jueces de paz principalmente por debido proceso. (Ariza, 2009:274).

Sin embargo, en reciente tutela de la Corte Constitucional, esta se refiere a "Parámetros para el control, por vía de tutela, de las decisiones proferidas en equidad por los jueces de paz", en ella la Corte Constitucional Colombiana se pregunta frente a las decisiones de los jueces de paz si, por tratarse de una censura contra una decisión judicial dictada en equidad amparada por los principios de autonomía e independencia e investida del atributo de la cosa juzgada, cabe el escrutinio para determinar la procedencia de la acción de tutela, y si esta debe partir de la constatación de las reglas establecidas por la jurisprudencia para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales.[25]

En la Sentencia T 796 de 2007 la Corte concluye sobre este aspecto lo siguiente:

> Así las cosas, es claro para la Sala que si bien es posible afirmar, de manera general, la procedibilidad de la acción de tutela contra las decisiones que profieren los jueces de paz, en cuanto personas investidas de autoridad para administrar justicia en equidad y por ende con potencialidad para afectar derechos fundamentales, el análisis de los casos en particular no puede efectuarse bajo la óptica de las reglas establecidas para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales proferidas por los jueces que actúan en derecho. Las reglas establecidas para este fin se basan en una ruptura del orden jurídico con repercusión sobre los derechos fundamentales de las personas, criterio insuficiente para efectuar el control constitucional concreto sobre decisiones proferidas en equidad, en las que intervienen valoraciones distintas tales como los criterios de justicia pro-

25 Sentencia C- 590 de 2005.

pios de la comunidad, el impacto de la decisión frente a los fines de preservación de la convivencia pacífica, y la utilidad de la decisión en términos de solución integral del conflicto.

De otra parte, no puede censurarse a un juez que carece de formación jurídica la eventual incursión en errores que entrañan manifiesto desconocimiento del orden jurídico. Ello no significa que los jueces de paz posean atribuciones ilimitadas, el umbral para el ejercicio autónomo e independiente de su labor de administrar justicia en equidad lo determina la Constitución (Art. 2 Ley 497/99), y en particular los derechos fundamentales de los intervinientes en la actuación así como de los terceros afectados, y en ese marco se debe efectuar el control constitucional sobre sus decisiones.

En el mismo sentido la doctrina contribuye al llamado control de las actuaciones de estos actores sociales.

Al respecto Rodrigo Uprimny (2004) expresa que, frente a las actuaciones para dirimir conflictos por fuera de la jurisdicción ordinaria, el Estado tiene la obligación de garantizar que en esas *instancias* se tenga control sobre la extensión de las propias categorías culturales, o sobre las consideraciones valorativas que vulneren derechos fundamentales.

Este control de las actuaciones de los jueces de paz, como de las decisiones de las autoridades indígenas en los resguardos o en el tribunal, implica la sujeción y limitación del ejercicio de los profanos en la administración de justicia.

Esto conlleva a procesos de regulación y formalización como el que acontece en la experiencia más tradicional del resguardo de Togoima donde se constató cómo desde el año 2002 la asamblea realiza actas escritas a fin de tenerlas como prueba para la justicia estatal, especialmente por las tutelas y los requerimientos probatorios que los jueces de tutela hacen a las autoridades del resguardo.

La Corte Constitucional, mediante sentencias de tutela, sí establece efectivamente límites a la diversidad étnica y cultural, lo cual se expresa en la imposición de respetar y no vulnerar por razones de cultura, los llamados mínimos jurídicos: el derecho a la vida, a la integridad del cuerpo, a no ser esclavizado y a un debido proceso; además de la prohibición a las

autoridades indígenas para actuar como competentes frente a casos de terrorismo y narcotráfico, o para negociar ciertos asuntos con autoridades de otras naciones. Estas restricciones se amplían por la eventual posibilidad de control constitucional para determinar la legitimidad, el ámbito y las actuaciones de los nuevos jueces indígenas, cuando un caso sale a la jurisdicción ordinaria.

Los miembros del Tribunal Superior Indígena del Tolima consideran que el propio Tribunal puede y debe resolver las tutelas que atañen a su jurisdicción especial y que los jueces formales sólo deben conocer de los asuntos que involucren a personas no indígenas, esta idea hace carrera en el hoy actuante Tribunal indígena. En igual sentido los jueces de paz se siguen preguntando hasta dónde un juez en derecho es probo para revisar una decisión en equidad.

Y sobre todo cómo podrán los jueces formales realizar valoraciones como los criterios de justicia propios de la comunidad, el impacto de la decisión frente a los fines de preservación de la convivencia pacífica, y la utilidad de la decisión en términos de solución integral del conflicto.

Esto suscita que en la lucha por el monopolio del campo jurídico entre profesionales y profanos sea evidente la ostentación de poder que subyace a la administración de justicia, así esta se disfrace de una pretendida independencia de las relaciones de poder. Como bien lo señala Bordieu:

> La rivalidad por el monopolio del acceso a los recursos jurídicos heredados del pasado contribuye a hacer más profunda la separación social entre los profanos y los profesionales, favoreciendo un trabajo continuo de racionalización que es adecuado para incrementar cada vez más la separación entre las sentencias cargadas de derecho y las intuiciones ingenuas de la equidad, y para hacer, por otra parte, que el sistema jurídico aparezca a aquellos que les imponen y también, en mayor o menor medida, a aquellos que las padecen, como totalmente independiente de las relaciones de fuerza que sanciona y consagra.[26]

Con todo ello es claro que la autonomía en el ejercicio de las jurisdicciones especiales, siempre será una autonomía relativa, en tanto están subordina-

26 Bourdieu, 2000a, p. 61.

das a la Constitución y a los derechos fundamentales, por ello el ejercicio del derecho propio se constituye en una práctica de resistencia al lenguaje dominante del derecho de los profesionales expresado en la Constitución y la propia jurisprudencia. También son expresión de resistencia los procedimientos colectivos de cualquier operador informal de justicia en tanto resquiebra la concepción de sujeto individual del derecho positivo.

2.4 Los lugares de profanación

El espacio (lugar) donde se delibera, está suficientemente delimitado en el caso del resguardo de Togoima, sin embargo, algunas de las asambleas en las que se participó, se realizaron al interior de una pequeña capilla en la mesa de Togoima, aunque otras se dieron en el lugar donde sucedieron los hechos. Las sillas que tiene la capilla no son suficientes por lo cual mucha gente se sienta en el piso y si se tiene en cuenta que la asamblea a veces dura dos o tres días las condiciones de comodidad no son las mejores.

En lo que concierne al Tribunal Superior Indígena del Tolima este delibera en distintos espacios y lugares entre ellos: salones de hoteles, en dependencias de la defensoría, en la casa de justicia regional, o en la casa de alguno de los miembros del Tribunal. El TSIT no cuenta con instalaciones propias en otras ocasiones se reúne en la sede del CRIT pero no cuenta con recursos logísticos ni tampoco operativos, por ello acuden al apoyo de la cooperación de las ONG'S y de organismos gubernamentales o a los recursos propios.

Los jueces de paz desarrollan su ejercicio jurisdiccional en diferentes espacios estos son: espacios institucionales, comunitarios, propios y los que corresponden a establecimientos comerciales.

Los espacios institucionales: Son los espacios asignados al interior de una entidad de carácter distrital, municipal o local para el desempeño de las funciones de los jueces y las juezas de Paz. En el trabajo de campo se identificó que algunos actores de esta justicia desarrollan su actividad en locales, casas de justicia, estaciones de policía, centros de atención distrital especializados-CADE, en los centros de atención local integrada CALI etc.

Los espacios comunitarios: Son los espacios que se *prestan* para la atención de los usuarios de la justicia de paz, los más recurrentes son los salones comunales de conjuntos y barrios, otorgados por intermediación de las Juntas de Acción Comunal y asociaciones de vecinos.

Los espacios propios: Son los espacios de propiedad de los jueces o sus familias, que se adaptan para la atención de los usuarios, pueden ser sus hogares, oficinas privadas.

Los establecimientos comerciales: Son los espacios de uso público para actividades comerciales como venta de bienes y servicios que se emplean paralelamente para la atención de los usuarios de la justicia de paz. Estos establecimientos pueden ser panaderías, cafeterías, restaurantes y todo tipo de locales comerciales.

En los tres escenarios de justicia analizados el Estado no interviene con recursos, pues se supone que estas justicias informales son voluntarias y ello lleva a que tanto la inversión nacional como la local en la materia sean ínfimas.

En estas condiciones se desarrolla la administración de justicia de estos llamados operadores informales.[27]

Lo destacable de este hecho no es que el Estado no haga inversión en la materia, lo llamativo es el control que pretende el Estado de estas justicias por vía de la poca o paupérrima destinación de recursos que hace en el tema.

Se demuestra con los lugares donde se desarrolla esta administración de justicia que el ejercicio mismo de estas jurisdicciones se hace de manera plenamente informal y por ello no hay sistematicidad de las actuaciones de estas justicias. Por ello es posible reconocer los siguientes presupuestos básicos de actuación:

- Los espacios donde acontece el ejercicio de estas justicias son lugares comunitarios cercanos a los involucrados y dependen de su autogestión;

27 Uno de los problemas que reiterativamente aludieron los jueces de paz en las entrevistas está relacionado con la deficiencia del apoyo institucional en cuanto a la asignación de recursos de infraestructura y logísticos, para el cumplimiento de las funciones de los jueces. Sin embargo, la falta de espacios no ha sido una limitante para que los jueces cumplan su compromiso de atención a la comunidad.

- La especificidad y vigencia de unas prácticas sociales y culturales de justicia indígena e informal, tanto en concepción, principios y práctica, respecto al sistema jurídico estatal, y por lo tanto la dificultad de su comparación;
- La importancia de la instancia familiar y comunitaria en el ejercicio de la justicia como espacios privilegiados de resolución de conflictos y reconstitución del tejido social;
- La permanencia de una estructura de poder tradicional en la práctica de la justicia y elección de autoridades junto con la incorporación de nuevos elementos de administración de justicia muestran la condición flexible y dinámica de las culturas locales ante los cambios; y,
- En lo que atañe a la justicia de paz, esta existe por el reconocimiento legal, al igual que muchos de los mecanismos e instrumentos informales de resolución de conflictos que también nacen al amparo del estado o piden su reconocimiento y apoyo.

2.5. ¿Un nuevo derecho crea el mismo derecho?

Existe una idea clara de los modos clásicos de producción del derecho (por lo menos desde el positivismo jurídico) y hasta aquí hemos podido dilucidar desde qué otros lugares se produce regulación y su incidencia en el gran campo jurídico, la más relevante es la que se denomina en la presente investigación como manierismo[28] (forma propia de entender y aplicar el derecho en cada contexto socio cultural de un lado, o maneras de realización social de lo justo de otro) este manierismo y por supuesto sus maneras no son siempre "prácticas jurídicas propiamente dichas" pues se auto constituyen en una categoría no propiamente jurídica.

Dentro de los teóricos del derecho existen aquellos que lo quieren librar del peso de lo social, pues tener una *ciencia jurídica* implica estar ausente de los hechos perturbadores de la producción del conocimiento objetivo.

28 El manierismo en su acepción original es un estilo artístico del siglo XVI, caracterizado por la expresividad y la artificiosidad, es en este sentido que quiero usar dicha palabra para significar cómo las comunidades ingeniosa y artificiosamente usan el derecho.

No obstante algunos juristas consideran que el "derecho protege los individuos y los diferentes grupos e intereses sociales, considerando esta como la dimensión social o emancipatoria del derecho" bastante reduccionista esta apreciación, puesto que la práctica social de las relaciones entre individuos y grupos sociales no está determinada siempre por normas jurídicas.

El derecho no nace solamente de las normas; emerge de los operadores e intérpretes fundamentalmente, pero cada comunidad libremente lo determina o modifica a pesar de la eficacia simbólica del derecho y de sus nombradores, existen grietas del sistema jurídico que no son cubiertas por ningún tipo de parche que evite la entrada de los virus sociales que se suscitan por la no realización de lo justo; los detentadores del aparto jurídico no resuelven las necesidades sociales solo mantienen el *statu quo*.

La manera como el derecho se libra de lo social, es reconociendo al sujeto individual y salvaguardado por un procedimiento que garantiza los derechos de dicho sujeto.

Se pudo constatar en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena que esta termina subordinada al campo jurídico formal pues la experiencia de la administración de justicia por parte del TSIT, empieza o acaba incorporando no solo el discurso formal sino la práctica jurídica formal –profanada– a sus actuaciones y por este camino logra el reconocimiento que no es otro que la subordinación al orden jurídico formal.

La justicia informal representada en la práctica de los jueces de paz consolida y reafirma el campo jurídico formal cada vez que se apoya en lo legal y que busca la legitimidad en el discurso jurídico.

El derecho propio del resguardo de Togoima nos permite afirmar que existe un subcampo jurídico autónomo donde se aplica el derecho ancestral que es visto como nuevo para los juristas como consecuencia de la larga trayectoria de desconocimiento del mismo. Este derecho de siempre es el profanador del sagrado orden jurídico pues no sigue a Kelsen o a los demás científicos jurídicos en la creación del derecho, este emerge como lo explica de manera sucinta en su tesis doctoral la antropóloga Esther Sánchez (2006: 286-287):

> La norma en el derecho propio nace de un principio concreto y busca dar salida a las particularidades de los hechos determinados que se presentan para decisión de la autoridad indígena o de la comunidad; por ello no busca regular uniformemente todos los casos: la norma nace y adquiere su contenido esencial en las situaciones especificas que le dan significado: No existe un régimen de precedentes que sea obligatorio tener en cuenta en el momento de las decisiones, con las consecuencias generales que éstos crean para casos futuros similares.

Esta aplicación del derecho propio marca una manera distinta de realizar la vida comunitaria donde prima lo colectivo sobre lo general y ello le permite una autonomía no solo en su territorio sino una dimensión que lo consolida como un derecho social.

2.6 El sub campo de los profanos

En la delimitación de los sub campos hay enredos, trampas, potenciales presiones, en este sentido señala Assies,[29]el sistema estatal tiene un aparato conceptual para indicar dónde debemos buscar las fronteras distinguiendo entre tipos de normas, procedimientos y autoridades. Sin embargo, los sistemas indígenas son difíciles de atrapar en esas categorías en la medida que escapan a una regularización, codificación y a un discurso jurídico.

Revisando el que hacer de los profanos del derecho en términos amplios, el dilema de las justicias informales se situaría entonces entre el fortalecimiento de la lógica autonomista de estos administradores de justicia, versus la lógica de los administradores de justicia del Estado.

Derivado de la tensión anterior, se sitúa el contrapunto entre el desarrollo de acciones y estrategias que cumplen más bien una tarea de funcionalizar o reproducir la labor del sistema, estableciendo la justicia informal como extensión del brazo jurisdiccional del propio Estado bajo su diseño y tutela, y aquellas maneras de autodeterminación legal como acciones estratégicas más bien aisladas y sin posibilidad de impactar en el conjunto del campo jurídico en tanto circunscriban su accionar dentro de su territorio.

29 Assies, 2000, pp. 18-22.

Este dilema revisado a la luz de los casos estudiados nos permite inferir los contornos del sub campo donde fundamentalmente se cumplen las siguientes acciones sociales que caracterizan el sub campo:

- Una clara acción de cohesión social: El que hacer de estos administradores de justicia y sus decisiones promueven la cohesión social que se da en el reconocimiento de los vínculos afectivos, culturales y sociales que permiten una resolución de conflictos ajustadas a cada realidad social y comunitaria;
- Una acción evidente de inclusión: Esto se expresa en un involucramiento efectivo de todos los afectados y la puesta pública en su trámite y decisión. Es incluyente también por la posibilidad de la palabra, de la expresión y de no requerirse formalidades o el cumplimiento de condiciones para la participación de los interesados cualquiera sea su edad o condición social;
- Una decisión mediada por unos criterios no legales: Lo jurídico es limitante por ello estos impartidores de justicia no usan el racionamiento legal y sustentan sus decisiones en equidad, en usos y costumbres y en los criterios propios de cada comunidad; y,
- Un ejercicio de autonomía y el reconocimiento de unas maneras de auto regulación: Esta acción del sub campo es determinante en tanto permite la producción de formas propias de regulación y autoregulación que no dependen del orden jurídico establecido.

Estos elementos constatan la existencia del sub campo además de las maneras que cada justicia en particular desarrolla, aplica y logra la justicia, permite poner en cuestión el orden legal de campo jurídico. En contraposición los juristas intentan elaborar un campo jurídico autónomo cuyo símbolo es la imagen aséptica del juez impersonal.

El intento de *Kelsen* de fundar una "teoría pura del derecho" no es sino la ultra-consecuencia límite del esfuerzo de todo el conjunto de juristas por construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes de las imposiciones y de las presiones sociales que encuentre en sí mismo su propio fundamento.[30]

30 Bourdieu, 2000b, p. 156.

El sub campo de los profanos es entonces el campo de lo social donde este se configura además como un campo de participación democrática y de realización de lo social.

2.7 La prácticas sociales y culturales, campo del (des)orden jurídico

Bourdieu[31] plantea que:

> La práctica jurídica se define por la relación entre el campo jurídico, origen de la oferta jurídica que se genera por la rivalidad entre los profesionales del derecho, y la demanda de los profanos, que está siempre parcialmente determinada por el efecto de esta oferta. Por tanto hay una confrontación constante entre las normas jurídicas ofrecidas, que se presentan como universales, al menos en su forma, y la demanda social, necesariamente diversa, conflictiva y contradictoria, que está objetivamente inscrita en las prácticas mismas ya sea en estado actual o en estado potencial (en este último caso bajo la forma de trasgresión o de innovación de la vanguardia ética o política).

En efecto los profanos compiten y rivalizan con los detentadores del discurso formal, compiten porque conocen la oferta mucho más que los abogados. El escenario donde equiparan el discurso es en el de la demanda social, ya que la norma no siempre satisface al ciudadano. Los operadores informales tienen soluciones expeditas, prácticas y eficaces que se resuelven sin las trabas propias del formalismo.

El campo de las prácticas sociales y culturales de la justicia nos da múltiples posibilidades de abordar problemas jurídicos reales y confirmar de manera cierta el acumulado que se hace para el mundo jurídico general, pero mejor aun para el sub campo de la justicia informal. La práctica de estas autoridades no abogados es sin duda el acicate para la invención social de la justicia y de un derecho que sirva a los intereses de los excluidos del campo de poder de este espacio social.

31 Bourdieu, 2000 a, p. 202.

Lo informal es definitivamente un espacio desde donde construir autonomía y reconocimiento de prácticas de justicia ancestral, comunal y vecinal así esta autonomía sea parcial.

La trasgresión de los miembros del Tribunal Superior Indígena y de los jueces de paz pretende el reconocimiento de una demanda social que no es reconocida por el derecho y por ello es vista muchas veces como subversiva en tanto altera el orden jurídico preestablecido, lo probado a lo largo de esta investigación es como estas autoridades indígenas y los jueces de paz en cada ejercicio de justicia involucran las vivencias comunitarias y sus propias maneras de hacer y entender la realización de lo justo.

Los criterios con que operan estas autoridades para dictaminar sus resoluciones y los principios en los que se apoyan es relevante para conocer la riqueza de la dimensión que van adquiriendo en la práctica estas justicias. Esto puede diferir de un contexto a otro (indígenas, campesinos, pobladores urbanos, etc.) pero permite dar cuenta del tipo de ordenación jurídica que se constituye y que establece un campo no siempre formal de operación sobre el cual ordenan la vida sujetos de diferente índole en espacios locales.

El orden-desorden se establece desde interpretaciones espontáneas circunscritas tanto al contexto como al sujeto que asume el rol comunitario de *resolutor* de conflictos, pues su papel no es meramente la resolución de los conflictos de las partes en disputa, sus decisiones son de carácter colectivo y pretenden el bien colectivo, la armonía comunitaria y mantener los vínculos existentes. La armonía con el mundo espiritual y la relación de altibajos con la ley en el caso de los jueces de paz se da siempre, pues se pretende resolver lo colectivo sobre lo particular sin dar importancia a lo normativo, pues el sentido común es en esencia el ejercicio práctico que materializa la dispensación de justicia de estos actores, más allá de la incuestionada racionalidad legal.

2.8. El derecho profano base de la democratización de la justicia

Así como se ha dicho anteriormente el ejercicio autónomo de la administración de justicia por parte de los actores estudiados constituye lo que se denomina derecho profano y este derecho es la base para lograr una efec-

tiva democratización de la justicia. Lo que hasta ahora se afirma por algunos detractores de estas justicias es la capacidad antidemocrática, individualista, clientelista y poco útil de estas maneras de administrar justicia.

Sin embargo, está probada por varios trabajos la capacidad pacifista de estas justicias[32] como los logros que tiene en materia de descongestión judicial, de acceso a la justicia y de cuanta política se inventa el Estado y los reformistas legales.

El auge de estas justicias se da gracias a los cambios incorporados por la Constitución de 1991, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por los propios actores de estas justicias que permiten en la cotidianidad realizar una justicia material que le brinda a los ciudadanos y ciudadanas una satisfacción de la demanda social mínima. Sin embargo, no son suficientes para el nivel de conflictividad nacional que precisamente suscita un elevado uso de la tutela por parte de un gran porcentaje de la población que encuentra vulnerados sus derechos por el orden económico, político y social imperante, agregando a esto el bajo acceso a la justicia por importantes sectores poblacionales y una legislación abiertamente proteccionista del gran capital, amparada en el orden jurídico nacional.

Lo que no es centro de interés legislativo, ni jurisprudencial es cómo lograr un ejercicio democrático de la justicia formal, mucho menos de la justicia informal, por ello se presenta a continuación una propuesta que permita el reconocimiento y aprendizaje de parte del derecho positivo respecto al acumulado del derecho profano como un derecho con contenido social y un elevado nivel democrático respecto al derecho formal:

Retomar las maneras del derecho profano: El derecho propio como las justicias informales aplican el sentido común, la equidad, los usos y costumbres así como diversas maneras efectivas prontas y sencillas de resolución de conflictos, aspectos estos que deberían servir para informalizar el derecho positivo y hacerlo más dinámico y real. La apuesta no es más desregularización la apuesta es mas desinformalización.

32 Desde el trabajo pionero de Brandt, Hans-Jürgen (1990), *En nombre de la paz comunal: Un análisis de la justicia de paz en el Perú*, 1ª ed., Lima, Centro de Investigaciones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República y Fundación Friedrich Naumann, los trabajos de Uprimny y otros se sostiene y verifica el potencial pacifista de estas justicias.

El punto de partida es lo colectivo no lo general: Recuperar el valor de lo comunitario como base de la convivencia social permite un mayor grado de participación en la justicia como un asunto público y de todos y todas.

Una nueva concepción de lo público y del interés general que sean formulas reales y no meramente retórica legal. Esto implica un ejercicio de la justicia que pretende un interés real colectivo probado y no el mero efecto erga omnes.

Una pirámide judicial inversa: Es decir de abajo hacia arriba, esto conlleva a consolidar una justicia democrática en lo local, que promueva una real participación de los ciudadanos en la resolución de conflictos en este escenario, esto implica la imperiosa necesidad de desprivatizar la justicia estatal, lo cual se da en tanto la justicia esté cerca al ciudadano y este se hace parte activa junto con su red afectiva, social y vecinal en la solución de las conflictividades sociales más sentidas.

Gobernanza judicial y no jerárquica: Se debe garantizar una efectiva democracia al interior del llamado sistema nacional de justicia a pesar del efecto contra mayoritario de la administración de justicia, los jueces formales deben recuperar su legitimidad social, pese a parecer no importarles dicha premisa, en la construcción de un Estado Social de Derecho se necesita una administración de justicia que interprete las necesidades sociales y humanas de los colombianos y que como consecuencia de ello tenga la legitimidad de la que ha carecido.

Autonomía e independencia: Materializar la demanda de las justicias informales de mayor autonomía y de conjunto con la justicia formal garantizar un ejercicio autónomo e independiente de todos los administradores de justicia. Se debe propender por la plena autonomía de los pueblos indígenas y el reconocimiento de otras jurisdicciones especiales como la de las comunidades afro colombianas y de las comunidades rom.

Del sub campo informal a un campo jurídico incluyente: Lo revisado de la asamblea como máxima autoridad en Togoima, el ejercicio público de administrar justicia por parte del Tribunal indígena y la resolución comunitaria de los jueces de paz deben ser prácticas llevadas al sistema formal de justicia que haga de la justicia formal una justicia incluyente, que reconoce plenamente la participación y realiza los derechos en la práctica jurídica democrática y no se queda en la mera enunciación formal.

Una justicia que educa para la democracia: Cada acto procesal debe ser un acto educativo, la administración de justicia tiene que dejar de ser represiva y punitiva y convertirse en un escenario de educación social.

Si el derecho formal da forma a prácticas que se reconocen como convenientes, legales y necesarias se requiere entonces reconocer las prácticas sociales y culturales para darle legitimidad al propio derecho y permitir un orden social más justo.

El derecho positivo que aprendió de la tradición románica germánica y de la tradición inglesa debería volver sobre el derecho profano aquel que hace la comunidad y los legos y que aporta una renovada sencillez y practicidad que no tienen el derecho formal. En la misma perspectiva que lo expresan los Nasa.[33]

La historia cultural del pueblo Nasa ha mostrado que está en permanente cambio, pero que las transformaciones que garantizan su supervivencia como pueblo deben darse desde adentro, no por substitución mecánica, ni por modas, sino desde la construcción de nuevos sentidos en una relación creativa y profunda con la tradición.

Lo que el derecho positivo desconoce todos los días es el acumulado del derecho profano que a pesar de no ser sistemático graba en la memoria social y cultural su sentido y alcance. El derecho formal debe volver a mirar hacia dentro y dejar de buscar todas sus respuestas afuera, en su propia tradición y en las prácticas sociales y culturales del derecho profano hay respuestas que permiten recrear un derecho que por fin deje de darle la espalda a la realidad social y haga de ella parte de su existencia.

33 Miñana, 1994, p. 140.

Bibliografía*

Asociación de Cabildos de Tierra dentro Nasa Cxhacxha y Juan Tama, Consejo de Familia Programa Mujer, Desde la Diversidad Tejiendo Vida. Los tejidos Nasa, Cosmovisión y simbología, 2005.

Assier-Andrieu, Louis, *Le droit dans les societes humaines*, París, Editions Nathan, 1996.

Borrero García, Camilo (comp.), *Justicia alternativa – Estudios de caso*, Centro de Investigación y Educación Popular – GTZ, 2003.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo*, Bogotá, Fundación para la Investigación y la cultura, 2004.

De Sousa Santos, Boaventura, et. al., *Caleidoscopio de las justicias en Colombia* - Tomo I y II. Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2001.

————, *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1991.

Ejercicio del Derecho Propio, "El Caso del tribunal Superior indígena", Corporación Gestión para el desarrollo, Ibagué, Junio de 2005.

Faundez, Julio,"Non-State justice systems in Latin America, Case Studies: Peru and Colombia", Paper prepared for the DFID WorKshop on "Woorkig with Non-State Justice systems", 6 y 7 de March, 2003.

————, "Should Justice reform projects take Non-State Justice Systems Seriously? Perspectives from Latin America", University of Warwick, 2006.

Gomez Valencia, Herynaldi, *De la Justicia y el Poder Indígena*, Editorial Universidad del Cauca, Diciembre del 2000.

Gomez Valencia, Herynaldi, *Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita*, Universidad del Cauca, 2006.

Heller, Agnes, *Sociología de la vida cotidiana*, Barcelona, Editorial Península, 1987.

Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) et. al., El Otro de Derecho No. 30, Bogotá, *Variaciones sobre la justicia comunitaria*, 2003.

* Nota del editor: Se ha respetado la forma de citación original del autor en este artículo.

Instituto Popular de Capacitación, Contrastes sobre lo justo -Debates en justicia comunitaria-, Medellín, 2003, 1ª. Ed.

Lemaitre, Julieta "El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales", Bogotá, Colección Derecho y sociedad, Siglo de hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009.

Perafan Simmonds, Carlos César, et al. *Sistemas jurídicos Tukano, Embera, Sikuani y Guambiano*, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura, 1997.

Plan de Vida de la Asociación de Cabildos Juan Tama, Pensamiento Ancestral: Por la Construcción del Tejido Social y el Fortalecimiento de las Relaciones Interculturales, 2005.

Pospisil, Leopold, "The attributes of law" en *Law and warfare. Studies in the anthropology of conflict*, P. Bohannan, ed. New York, The Natural History Press, 1996.

Sanchez Botero, Esther, "The *tutela*-system as a means of transforming the relations between the State and the indigenous peoples of Colombia." In *The Challenge of Diversity. Indigenous Peoples and Reform of the State in Latin America*, eds. Willem Assies, et al. Amsterdam, Thela Thesis, 2000.

Sieder, Rachel, *Derecho Consuetudinario y Transición Democrática en Guatemala,* Guatemala City, FLACSO, 1996.

Sierra, María Teresa, "Autonomía y Pluralismo Jurídico: El Debate Mexicano."*América Indígena* LVIII, 1-2, ene.-jun, 1998.

Sisco, Manuel, Despertar y uso de la palabra tradicional: Cosmogonía y Cosmovisión de la Cultura Nasa, Programa de Educación bilingüe, Consejo Indígena del Cauca, 2001.

Stavenhagen, Rodolfo and Diego Iturralde, eds. *Entre la ley y la costumbre: El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

Universidad Nacional De Colombia, Pensamiento Jurídico-Revista de teoría del derecho y análisis jurídico No. 12 "Justicia Comunitaria", Parte I, Santafe de Bogotá, Unibiblos, 2000.

Uprimny Yepes, Rodrigo, Comentarios informales sobre la justicia informal en el Plan de Desarrollo de la Justicia, en Justicia y Desarrollo –

Debates: Paz y democracia: El aporte de la justicia comunitaria y de paz, No. 10. Bogotá, Edición Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.

Van Cott, Donna Lee, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.

Van De Kerchove, Michel et. al., *Elementos para una Teoría Crítica del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.

Villamil, Carol, "La Justicia Comunitaria: Una oferta para la Paz?. Un Caso Urbano: Estudio de la Localidad 18 de Santafé de Bogotá", Tesis, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, 1997.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crític*o, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA, 2003.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, "The Constitutional Recognition of indigenous law in Andean Countries", T*he Challenge of Diversity, Indigenous Peoples and Reform of the State in Latin America*, Eds. ASSIES, Willem, et al. Amsterdam, Thela Thesis, 2000.

Zambrano Gomez, Sonia, "La justicia popular en el municipio de la mesa Cundinamarca", Bogotá, Tesis de Grado, Universidad Nacional, Facultad de derecho, 1990.

Constitucionalización de la movilidad humana y la(s) democracia(s) en clave intercultural

Luis Fernando Ávila Linzán*

> En una clase de la universidad… el profesor interrumpió mi exposición regresando del sueño acostumbrado: sólo tengo una pregunta para usted, ¿de qué nacionalidad fue Guillermo Bosano?... Yo improvisé desesperado: Realmente, no lo sé… Pero por lo universal de su pensamiento, creo que debe ser un ciudadano del mundo… El profesor me miró con asombro y guardó silencio…. En verdad, Bosano, para su información, fue ecuatoriano, un gran jurista y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. Pero, por lo original de su respuesta, le voy a poner 16/20…".[1]

Resumen

El presente ensayo hace un breve análisis del otro *extranjero* visto desde la óptica de la tradición jurídico política del liberalismo y las condiciones de inclusión y exclusión generadas por el concepto de ciudadanía. Consecuentemente, se contrasta dicho paradigma conceptual con el principio de la *ciudadanía universal* como el inicio del *giro copernicano* en materia migratoria y derechos humanos, contenido en la nueva Constitución ecuatoriana de 2008. Finalmente, nos plantea una transición jurídico-política de la versión de la ciudadanía como un concepto más amplio, que es analizado desde la interculturalidad como un espacio de encuentro, paridad e inclusión de derechos de los otros.

Palabras clave

Ciudadanía universal, intercultural, multicultural, democracia(s), inmigración, exclusión, inclusión, dignidad, cosmopolitismo, racionalidad, integralidad, derechos, Estado.

---

* Asesor institucional, coordinador de la Sala de Revisión de la Corte Constitucional para el período de transición.

1 Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1997.

I. Introducción. "Cuando el otro somos nosotros"[2]

El Ecuador a inicio de la década de los noventa, resulta ser un país de migración compleja, pues reúne en sí mismo varias dimensiones de la fenomenología de la migración: es un lugar de origen, tránsito y destino de los flujos migratorios. Para efecto de este ensayo, tomaré, únicamente, como objeto de análisis el flujo inmigratorio, frente a la presencia de personas en situación de movilidad en el Ecuador respecto de la ampliación de su espectro de derechos en la nueva Constitución de 2008.

La inmigración de personas extranjeras al Ecuador es igual a lo que ocurre en la emigración, el tránsito y el desplazamiento multicausal, pues combina un conjunto de hechos, motivaciones, finalidades y elementos fácticos, en un entorno de globalización.[3] Sin embargo, en el caso ecuatoriano, dos hechos son fundamentales para entender el aumento inusitado de la inmigración de personas extranjeras en los últimos tres lustros: (1) por un lado, la crisis económico-financiera de 1999,[4] lo cual llevó a la implementación de un tipo de cambio fijo a través de la dolarización. Esto supuso un atractivo seductor para la llegada, especialmente, de personas colombianas y peruanas; (2) y, por el otro, la aplicación del Plan Colombia y sus derivaciones, lo cual ha obligado a muchas personas colombianas a traspasar la frontera común en busca de paz y seguridad.

Sobre la base de una mezcla de datos oficiales y cifras políticas, se calcula que más de 700 mil personas colombianas y 100 mil peruanas se encuentran en estado de irregularidad documental en el Ecuador; de los cuales, al menos, existe 135.000 en situación de refugio.[5] Esto colectivos

2 Slogan de la campaña pro defensa de los derechos de los refugiados colombianos en el Ecuador del Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes (SJRM), 2006.

3 Cfr., Nicole Pérez Ruales, "El Impacto de la Globalización en el Derecho de los Migrantes", en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

4 Alberto Acosta, Susana López y David Villamar, *La Migración en el Ecuador: oportunidades y amenazas*, Quito, Centro Andino de Estudios Internacionales de la Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Serie Estudios Internacionales, 2006, p. 41. Esta crisis significó en términos económicos que el Ecuador tuvo un decrecimiento del PIB de 2,5% (en el período 1981-1998) a -6,3% en 1999; el número de pobres pasó 3,9 a 9,1 millones; el aumento de la pobreza llegó de 34% a 71%; y, la pobreza extrema alcanzó el 31%.

5 Diario *El Tiempo*, "ACNUR da documentos de refugiados a 50.000 colombianos", Bogotá, 20-oct-2009.

están condenados a la violación sistemática de sus Derechos Humanos,[6] frente a alrededor de 2 millones de personas extranjeras de varias nacionalidades, que conviven con las ecuatorianas y ecuatorianos de manera estable, y cobijados formalmente por algún tipo de visado.

Al mismo tiempo, en el Ecuador, se ha consagrado, constitucionalmente, la igualdad formal entre personas nacionales y extranjeras, eliminándose, paulatinamente, todo tipo de restricciones legales para el ejercicio de sus derechos, especialmente, respecto del derecho a la propiedad de las zonas fronterizas, al ejercicio de determinados derechos políticos o de los derechos sociales: la tendencia imperante va en la dirección de la igualación de los derechos entre personas ecuatorianas y extranjeras.

Pero, ¿es esto una mera casualidad política o una simple novedad jurídica? Lo que busco demostrar en este ensayo es que nos encontramos ante una tendencia constitucional sostenida de reemplazo del concepto tradicional de ciudadanía, ante su irrelevancia contemporánea, por el de personalidad en un entorno de interculturalidad. Con esto quiero mostrar la necesidad de repensar, a partir de esto, el (los) concepto(s) de democracia(s). Por eso no es casual el uso plural de *democracia(s)* en este ensayo. No queremos intentar adjetivar aún a la *democracia* tal como la entendió *Schumpeter* (denominada mínima o procedimental). "(…) método democrático es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo".[7]

Tenemos claro que la democracia procedimental no es suficiente, sin embargo, somos conscientes que aún existen más oscuridades que ideas claras sobre otras visiones alternativas viables. Intentarlo nos llevaría, por ahora, a estirar demasiado el concepto de democracia al punto de desnaturalizarlo, tal como lo advierte *Collier* y *Levitsky*.[8] El debate apenas comienza.

6 César Molina, "Aspectos legales de los indocumentados colombianos en el Ecuador y derechos Humanos", en Conferencia Episcopal Ecuatoriana, *Inmigrantes colombianos en el Ecuador y los Derechos Humanos*, Quito, Departamento de Movilidad Humana, 1995.

7 Joseph Schumpeter, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Barcelona, Editorial Folio, 1996, p. 343.

8 Cfr., David Collier y Steven Levitsky, "Democracia con adjetivos. Innovación conceptual en la investigación comparativa", en *¿Se oponen la democracia y el constitucionalismo?, La Política. Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad,* No. 4, Buenos Aires, 1996, pp. 137-159.

En consecuencia, este ensayo presenta para el debate tres escenarios comparados que coexisten dentro de la normativa constitucional de 1998 y 2008: (1) el de la tradición jurídico-política, en donde la ampliación progresiva del concepto de ciudadanía universal y el multiculturalismo liberal no es suficiente; (2) el de la transición jurídico-política que reformula a la ciudadanía que se transforma en dignidad humana y que abre un espacio teórico de interrelación cultural; y, (3) el de la propuesta aún invisible de la interculturalidad, respecto de las personas extranjeras, que puede dar instrumentalidad a esta renovada personalidad, y al mismo tiempo contribuir a la construcción de una nueva sociedad, sobre la base de valores compartidos entre las personas en situación de movilidad.

Primer escenario:
La tradición jurídico política y la ampliación de la ciudadanía

El concepto de ciudadanía puede entenderse como uno de los mitos fundantes de la cultura occidental. En este sentido, este concepto funciona como una bisagra que articula los grandes pilares de las relaciones formales del poder (Estado-sociedad civil): soberanía, autoridad y participación política.

La ciudadanía representa, entonces, una condición de pertenencia permanente a una comunidad política que desde el principio estuvo limitada a la posibilidad de participación en las decisiones del colectivo social a través de los mecanismos que van desde la transformación de la democracia directa en representativa (sistema político), de la ciudad Estado en Estado-Nación, y desde la construcción del sujeto político total al sujeto político funcional.[9] Por esta razón, sobre la base de los postulados del liberalismo político, desde la Revolución Francesa, la ciudadanía fue sinónimo de ejercicio de los derechos políticos, íntimamente vinculados a las diversas formas que adquirió la libertad del iluminismo. Al mismo tiempo, el ideal de la unidad cultural que estuvo detrás de la conformación de los Estados-Nación, dio forma a la ciudadanía desde la hegemonía de reglas iguales para los iguales, y una matriz de supremacía racial, que disminu-

9 Robert Dahl, *La democracia y sus críticos*, Buenos Aires, Paidós, 1991, pp. 21-34.

yeron la complejidad y estandarizaron los valores de la hegemonía. Esto significaba que para la existencia de una democracia, los clásicos liberales conservaban en el fondo algunos elementos de la democracia ateniense que determinarían el debate moderno, según las palabras de *Held* sobre el tamaño y la complejidad de las sociedades:[10] la búsqueda de intereses armoniosos, homogeneidad razonable en todos los ámbitos sociales; y, autonomía completa de la polis o soberanía,[11] y aumentó, además, algunos elementos sustanciales de la democracia política moderna: la representación y los derechos civiles y políticos como elementos anteriores al Estado y pertenecientes a las personas quienes eran soberanos respecto de sí mismos y sus derechos inherentes.[12]

Por supuesto, las sociedades modernas eran más complejas y con el pasar del tiempo, este entendimiento original resultó ser restrictivo, lo cual desnudó su contradicción con los ambiciosos postulados revolucionarios de igualdad, liberad y confraternidad, en la medida que era evidente que gran parte de la población estuvo excluida del contrato social de la modernidad[13] y que la democracia representativa se convertía en un artificio burgués para perpetuar el círculo vicioso de la explotación y la acumulación capitalista, de la mano, cada vez más visible, del mercado.

La crítica marxista rompe con la ciudadanía y la sustituye por el de un proletariado combativo que encarnaba la ambiciosa pretensión de fundar una sociedad igualitaria y sin clases. Sin embargo, sólo cambió el módulo de legitimidad de la participación política, poniendo sobre el hombro de la clase obrera, en el entendido que no tenían nada que perder a más de sus cadenas, la responsabilidad de apropiarse del poder y dirigir el proceso de transformación social.

Pero la crítica anidó, incluso, desde espacios más moderados. Así, *Marshall* identificó las potencialidades emancipadoras e inexplotadas del

10 David Held, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza, 2001, p. 32.

11 Robert Dahl, *La democracia y sus críticos*, pp. 28 y 29.

12 Norberto Bobbio, *El Futuro de la Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 14-18.

13 Boaventura De Sousa Santos y Mauricio García Villegas, "El revés del contrato social de la modernidad", en Boaventura De Sousa Santos y García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 12.

concepto de ciudadanía. Este autor consideraba a la ciudadanía como un concepto sociológico, conformado por tres elementos, el civil, el político y el social.

Sobre la base de esto, consideraba que la desigualdad de clases es tolerable siempre que se partiera de una igualdad ciudadana de base.[14] La ciudadanía funcionaría, a este respecto, como un espacio de maximización jurídico-político que posibilita el reconocimiento de nuevos estatus jurídicos[15] y la permanencia de las conquistas sociales. La conexión con la política del reconocimiento también evidencia la relación con el creciente ideal de autenticidad que, históricamente construido, enfatiza en la búsqueda individual de la identidad, y social del igualitarismo, toda vez que las jerarquías sociales se han relativizado y el concepto de honor, paulatinamente, fue reemplazado por el de dignidad humana a partir de la modernidad.[16]

Adquiere especial relevancia la ciudadanía en tres momentos determinantes. El primero, en el inicio del proceso histórico de la descolonización de las últimas colonias en África y Asia luego del Segunda Guerra Mundial, que coincide con el inicio de la lucha por restablecer la democracia en la mayoría de los países de América Latina, proceso que culminó durante la década de los ochenta. El segundo, en la emergencia del nuevo orden mundial de las relaciones internacionales que reemplaza al vetusto orden de la paz de *Westfalia*. Y, el tercero, luego del fin de la Guerra Fría, y el descalabro del bloque socialista, en la coyuntura de globalización de las relaciones de mercado, que erosiona el orden político mundial, y la naturaleza de los Estados-Nación.

De esta manera, en las diversas plataformas de lucha social, la ciudadanía fue el ideal de maximización de los derechos e intereses comunes, en la medida que fue abandonando su rol de dirigir la voluntad general y se acercó a convertirse en capacidad de ejercicio de derechos.

14 T.H. Marshall, *Ciudadanía y Clase Social* (Primera Parte), en T.H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y Clase Social*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, p. 21.

15 María Daniela Dávalos Muirragui, "¿Existe la Ciudadanía Universal? Análisis de las ideas del cosmopolitismo plasmadas en la Constitución de 2008", en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Un estudio desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p, 103.

16 Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 57 y 58.

Una de las plataformas donde la ciudadanía como maximizador de derechos ha tenido un efecto importante, es lo que hoy, en la Constitución de 2008, se denomina *movilidad humana*, que engloba a todas las formas de inmigración, emigración, refugio y desplazamiento forzoso.[17]

Frente a esto, aparece con la globalización del capital, la de las localidades y con ellas, la crisis de las certezas de la modernidad, entre ellas el Estado, que acentúa las diversidades: la multiculturalidad. En otras palabras, las sociedades actuales son profundamente excluyentes, pues la globalización del capital internacionaliza los mecanismos de acumulación, que durante el siglo XIX –cuando surge al crítica marxista– estuvo en manos de los empresarios industriales europeos y ahora descansa en el regazo de las transnacionales y en el despojo de los excedentes económicos mundiales que amplían la brecha entre países ricos y países pobres. Esto, por supuesto, agrava la preocupación en los países centrales en la implementación de políticas de control migratorio que den luz verde al capital y luz roja al paso de las personas. Y, al mismo tiempo, emergen un sinnúmero de diversidades y localidades que piden reconocimiento e igualdad de derechos sin importar el lugar del planeta donde se encuentren.

Estas formas, en el Ecuador, se han desarrollado desde la Constitución de 1830 hasta la Constitución de 2008, a partir de una ciudadanía restringida hasta una ciudadanía universal; y, desde el Estado unitario al Estado Plurinacional. Este es el estado de la tradición jurídico-política. Queremos identificar cuáles son los elementos que la conforman: a) la ciudadanía universal; y, b) el multiculturalismo.

1. La ciudadanía universal

En un sugestivo ensayo denominado *"Patriotismo y Cosmopolitismo"*, *Martha Nussbaum* puso una vez más en el debate público en la sociedad norteamericana la contraposición entre cosmopolitismo y nacionalismo, de cara a la moral y la dirección que debiera tener la educación en las

17 *Constitución del Ecuador*, 2008, Art. 40-42 (como derecho constitucional), 391-392 (como directriz de política pública).

escuelas. Esta autora defendía su postura desde la moral estoica, retomada también por *Kant*, y que sugería el ideal de la conformación de "ciudadanos del mundo" (*kosmou politês*),[18] como seres vinculados desde unas filiaciones locales hacia su incorporación en la familia extensa que sería el *común de la humanidad*.[19]

Sobre la base de este marco teórico, esta autora proponía la implementación de una educación cosmopolita en contraposición a la denominada *política de la diferencia* propuesta por *Rorty*, quien coincidía con el llamado de *Sheldon Hackney* a un diálogo nacional para discutir y delimitar las fronteras de la identidad nacional.[20]

De esta propuesta se cuestionaba la dificultad de definir lo universal a través de la diversidad cultural, cuyos patrones han sido definidos históricamente.[21] Por el contrario, se alegaba que lo universal puede desconocer determinados valores locales que son importantes. Por otra parte, se advertía que esta propuesta no se presentaba como diferenciada, pues los mismos resultados se podrían conseguir desde la denominada *ciudadanía democrática* propia de una perspectiva liberal. En consecuencia, la salida posible a estos desfases –se concluía– sería la implementación de una política mundial como eje del sistema educativo.[22]

Nussbaum nos trae, sin duda, un modelo de ciudadanía ideal que encuentra algunos obstáculos fácticos que coincide con el justo anhelo humanista de una sociedad mundial basada en una especie de hermandad moral, que podemos denominar cosmopolitismo ilustrado o alternativa cosmopolita. Este cosmopolitismo se contrapone así como espacio de re-

18 Emmanuel Kant, *Ideas para una Historia Universal en clave cosmopolita (1784) y la Paz Perpetua (1795)*, citado por, José Rubio-Carracedo, "Pluralismo, Multiculturalismo y Ciudadanía Compleja", en Pablo Badillo O`Farrel, coord., *Pluralismo, Tolerancia, Multiculturalismo: reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Universidad Nacional de Andalucía-Akal ediciones, 2003, p. 201: "…cuando Kant innova el concepto de comunidad y en su antropología proclama –frente al egoísmo, abarcador de todo el mundo en un propio y onfálico yo- un modo de pensar opuesto que conciba la realidad de ciudadanos del mundo y aboga por el cosmopolitanismo…".

19 Martha Nussbam, "Patriotismo y Cosmopolitismo", en Joshua Cohen, comp., *Los Límites del Patriotismo*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999, p. 19.

20 *Ibíd.*, p. 15.

21 Judith Butler, "La universalidad de la cultura", en Joshua Cohen, comp., *Los Límites del Patriotismo*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999, p. 60.

22 Amy Gutmann, "Ciudadanía Democrática", en Joshua Cohen, comp., *Los Límites del Patriotismo*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999, p. 83.

sistencia, en realidad, a las prácticas viciadas, pero aún existentes, como la xenofobia, la intolerancia, la injusticia, el chovinismo, la patriotería, el militarismo, el colonialismo, etc.[23]

A partir de este debate comentado, queremos poner evidencia a la ciudadanía universal que es, en clave negativa, lo que propositivamente es el cosmopolitismo. En clave negativa, pues la ciudadanía es categoría de apertura y diferenciación para el acceso a la comunidad política; mientras que el cosmopolitismo parte sobre una base ética de igualdad de todos los seres humanos. No obstante, ambas categorías pueden ser parte de un proyecto ético-político, un verdadero *giro copernicano* en palabras de *Bobbio*, que tendría el potencial de ampliar progresivamente las posibilidades de ejercicio de los derechos humanos y la subordinación del Estado a las personas, sobre la base de la universalización secular de la dignidad humana.[24]

Así, la dignidad humana entendida como un valor en sí mismo de todos los individuos de la especie humana permitiría a la ciudadanía primigenia ampliar sus fronteras y superar el tránsito de la cultura del deber a la cultura del derecho, y verificar las relaciones políticas de abajo hacia arriba, del gobernado al gobernante.[25] En la línea de la teoría de la democracia, se entendería que el origen del poder es múltiple y no sólo proviene del Estado (Poliarquía),[26] y que es indispensable alcanzar algunos estándares mínimos para tener una democracia de calidad, que buscan un gobierno responsable y ciudadanos políticamente activos y exigiendo el ejercicio de sus derechos y la rendición de cuentas.

Esta ciudadanía universal sería, finalmente, una plataforma indispensable para dirigir el activismo racional en la búsqueda de una conciencia moral, que se instrumentaría en la exigibilidad de los derechos y la legitimidad de los derechos humanos como valores de consenso universal.[27]

23 Will Kymlicka, *La Política Vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, p. 243.
24 Norberto Bobbio, *El Tercero Ausente*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997, p. 169.
25 *Ibíd.*, p. 163.
26 Norberto Bobbio, *El Futuro de la Democracia,* p. 18.
27 Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p. 5.

Bajo estas comprensiones, se implementó en el artículo 6 de la Constitución de 2008 donde se ensayó una ciudadanía ampliada y constitucionalizada pero sin constituirse plenamente en universal: "Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozarán de los derechos establecidos en esta Constitución, en los casos y requisitos que determine la ley".[28]

En esta disposición, aunque se eliminan algunos de los elementos de diferenciación de la ciudadanía, por ejemplo el requisito de mayoría de edad, se reconoce esta calidad únicamente a las personas ecuatorianas, puesto que a las personas extranjeras se les reconoce los mismos derechos pero limitados por la Constitución y la ley, los cuales son, básicamente el ejercicio del derecho a la propiedad en las definidas como zonas de seguridad nacional (básicamente las zonas de frontera), y los derechos políticos que le están completamente vedados.[29]

Es sólo la Constitución de 2008 la que reconoce una ciudadanía más amplia y cercana a la aspiración de la ciudadanía universal, por dos razones: a) primero, considera que las limitaciones para el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras sólo serán las que constan en la norma constitucional. Esto es importante, puesto que la mayor cantidad de violaciones constitucionales ocurren el ámbito infraconstitucional; y, b) segundo, respecto del ejercicio del derecho al voto se conserva únicamente el requisito minimalista de residir en el Ecuador, al menos, cinco años.[30]

Sin embargo, en esta Constitución se mantiene a la ciudadanía como elemento diferenciador de derechos: son ciudadanas las personas ecuatorianas, y las personas extranjeras gozan los derechos con las limitaciones constitucionales. Vale la pena comentar que en algunos países, este concepto está solamente inserto en el texto con un carácter enunciativo y simbólico, y no como uno diferenciador de estatus jurídico.[31] En la Constitución de 2008 el avance no llegó a tanto.

28 *Constitución del Ecuador*, 1998, Art. 6.
29 *Ibíd.*, Art. 26-29.
30 *Constitución del Ecuador*, 2008, Arts. 61 y 63.
31 Ver constituciones de Brasil, 1988 y España, 1978.

2. El Multiculturalismo

2.1 La superación de la exclusión

Sobre la base de un análisis de la realidad actual, parecería derribarse toda aspiración de universalidad, ante la constatación de un derrumbe del imperio de la razón, que deifica una sociedad sin un sentido histórico concreto, y más bien vinculada a la sustitución de altos ideales, por el del pragmatismo de mercado y la búsqueda de una identidad específica. Asistimos al reemplazo de un modelo de funcionamiento por un modelo de cambio, es decir lo que *Touraine* identifica como una visión dicotómica *sincrónica-diacrónica*.[32]

En este orden de cosas, se puede percibir dos fenómenos sociales complementarios frente a la tendencia homegenizadora de la globalización económica: por un lado, la negación de todo tipo de monismo o intento de homogenización socio-cultural; y, por el otro, un retorno a la búsqueda de particularismos, ya no basados en el ideal nacional o de clase, sino en identidades concretas o, incluso, en contextos espaciales más amplios como los transnacionales y transculturales. Esto determinaría la emergencia paradójica de una sociedad multicultural y narcisistamente individual, guiada por sus deseos personales:[33] "…El postmodernismo marca el fin de la partida entablada por Nietzsche, la destrucción del reinado de la técnica y la racionalidad instrumental…".[34]

Esta dispersión socio-política supuso, entonces, una crisis de gobernabilidad, la pérdida de fuerza del Estado-nación como espacio de racionalización y legitimación social, la desarticulación o reinvención de las fronteras de lo comunitario; y, lo que podría denominarse como una "hipertrofia de la ciudadanía", a través de un proceso complejo de extensión de los Derechos Sociales y la creación de una burocracia controladora:

32 Alain Touraine, *Crítica a la Modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica, México de la Universidad Autónoma de México UNAM, 1994, pp. 178-181.

33 María Mercedes Souza, "La Individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcelona y Boaventura De Sousa Santos", en Añón Roig, comp., *El Vínculo Social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 219.

34 Alain Touraine, Crítica a la modernidad. p. 191.

> …un modelo de desarrollo que transformó la subjetividad en un proceso de individualización y numeración burocráticas y subordinó al mundo de la vida –Lebenswelt– a las exigencias de una razón tecnológica que convirtió al sujeto en objeto de sí mismo….[35]

Esta realidad de la contemporaneidad provocó, más que una hipertrofia, una transformación del concepto tradicional de ciudadanía, el cual estuvo siempre vinculado a la pertenencia a una comunidad política en Grecia y Roma, a la polis y la familia, y desde *Hobbes*, *Maquiavelo* y los pensadores del absolutismo, al Estado. Este concepto en la actualidad, estaría vinculado a la convivencia en una comunidad concreta o incluso en un grupo disperso de individuos, como resultado del pragmatismo e individualismo promovido por el mercado y la inercia y apatía política de la sociedad en su conjunto.

Bajo este nuevo concepto, sería legítima la ampliación de la ciudadanía tradicional a la universal, a través de la eliminación total o parcial de todo tipo de obstáculo –edad, sexo, condición social, etc.– que impidiera la pertenencia a una comunidad determinada.

Esto permitiría la consecuente mutación del Estado-nación en una aspiración de renovadas estructuras socio-políticas que no estén necesariamente condenadas a desaparecer, tal como deviene de la constatación del surgimiento de nuevas formas de organización política en rescate de la racionalidad y de los espacios formales de socialización:[36] los Estados supranacionales –La Comunidad Europea, el caso más avanzado y los organismos internacionales–, y las redes transnacionales de sociedad civil –como el Foro Social Mundial–. En esta dirección parecen ir *Toraine*, *Habermas* e incluso, con mayor radicalidad desde la instrumentalidad emancipadora del Derecho y la lucha social, *Santos*,[37] todos bajo el común

35 Boaventura de Sousa, *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales ILSA, 1991, p. 298-299, citado por María Mercedes Souza, p. 216.

36 Jürgen Habermas, *La Inclusión del Otro: estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 81-105.

37 Boaventura De Sousa Santos, "Globalización contrahegemónica y diversa", en *Diversidad Revista Internacional de Análisis*, No. 1, enero de 2005, Quito; Boaventura De Sousa Santos, "Las Tensiones de la Modernidad", en Manuel Monereo y otro, edits., *Porto Alegre. Otro Mundo es Posible*, Barcelona, El Viejo Topo, 2001.

denominador de no negar la modernidad, sino de reconocerla en nuevas formas para superarla gradualmente.[38]

2.2 La resistencia de la racionalidad

No obstante, desde una perspectiva contraria, se adopta una posición crítica y de resistencia de esta visión multicultural, la cual parece sentarse sobre una visión netamente liberal. Es el caso de *Sartori*, quien arremete en contra de esta tesis aquí defendida. Este autor postula el "pluralismo multicultural" en vez del "multiculturalismo", el cual, según él, hace referencia a una sociedad enriquecida por el disenso y la tolerancia, no la uniformidad ni la intervención estatal para promover la integración social de los distintos, a través de las denominadas medidas de acción afirmativa o la ampliación indiscriminada de la ciudadanía para todos:[39] "Tolerancia no es indiferencia, ni presupone indiferencia: fin del discurso. Tampoco es verdad, como se suele mantener, que la tolerancia suponga un relativismo…"

El concepto central de esta tesis es la idea de tolerancia, la cual no se aleja del relativismo y se acerca a la concesión *"…de que otros tengan el derecho a cultivar creencias equivocadas…"*, unificada por el rescate de la comunidad, ante el debilitamiento de las estructuras institucionales tradicionales (el Estado-nación, el imperio u otra).[40] Se puede situar, no obstante, el límite en la mera curiosidad y respecto de la cultura ajena[41]; o promover desde las bases del Estado sobre qué bienes y cómo deben distribuirse para asegurar la tolerancia colectiva.[42]

Este planteamiento es mejorado por *Rubio-Carracedo*, ya que la tolerancia no es sino únicamente el imperativo de que sean aceptadas o conservadas las nuestras, rompiéndose aquí la endeble distancia semántica entre pluralismo y multiculturalismo.[43]

38 Alain Touraine, *Crítica a la…*, p. 178.

39 Giovanni Sartori, *La Sociedad Multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjerismo*, Grupo Santillana de Ediciones S.A., Madrid, 2001, pp. 41-43.

40 *Ibíd.*, p. 45.

41 Michael Walzer, *Tratado sobre la Tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 26.

42 Ricard Zapata, "¿Necesitamos un nuevo concepto de ciudadanía?", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 13, Madrid, Julio-1999, p. 138.

43 José Rubio-Carracedo, *Pluralismo, Tolerancia, Multiculturalismo: reflexiones para un mundo plural,*

En consecuencia, *Sartori* en dura crítica a los multiculturalistas, *Gutmman* y *Taylor*, cree que toda forma deliberada de favorecer la integración social de los "otros" socava la base social de un Estado liberal –considerado como paradigma único y dominante–: neutralidad del Estado, separación del cargo y de la persona; y, generalidad de las leyes,[44] por lo cual aconseja la aceptación de la diversidad y la *otredad*, pero sobre la esencia de su naturalidad apoyada en el respeto de los valores de la sociedad liberal-occidental a través de una *ciudadanía diferenciada*,[45] en cuanto admite sólo a aquellos que están dispuestos a no aceptar a los *ciudadanos contra,*[46] y no necesariamente a elegir el tipo de vida que quiere llevar y, por tanto, la forma cómo quiere integrarse socialmente a partir de sus diferencias, tal como lo postula *Kymlicka*.[47]

El multiculturalismo, según *Sartori*, en consecuencia, nos llevaría a la gratuita balcanización de Europa y al fin de la comunidad pluralista.[48] Fijar intencionalmente fines colectivos de integración, siguiendo a *Taylor*, incluso sin negar los de una sociedad liberal, sería impensable.[49] *Taylor*, propone como condición de que se defina una esfera mínima de salvaguarda que respete los derechos fundamentales.[50]

El ideal que subyace en todo esto es la idea de *Touraine,* en coincidencia con *Sartori*, de que el sistema liberal es connatural a la democracia, toda vez que depura la naturaleza del Estado, en su fundamentación, de toda vinculación religiosa u otro orden de valoración, que no sea la soberanía popular. De esta manera, el liberalismo sacrifica todo para limitar el poder, a través de la autonomía del sistema político respecto de la sociedad civil. Por esta razón, esta defensa del sistema político liberal, considera que es necesario, también, evitar las "intervenciones voluntaristas del Estado, impulsado por fuerzas sociales, contra el liberalismo económico

Madrid, Editorial Akal, 2003, pp. 213-214.

44 Giovanni Sartori, *La Sociedad Multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjerismo*, p. 93.

45 *Ibíd.*, p. 104.

46 *Ibíd.*, p. 55.

47 Will Kymlicka, *La Política Vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, p. 8.

48 Giovanni Sartori, *La Sociedad Multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjerismo*, p. 126.

49 Charles Taylor, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, p. 88.

50 *Ibíd.*, p. 89.

que puede llevar a la dualización creciente de la sociedad".[51] De igual manera se manifiesta *Taylor* pero de una manera más moderada, pues milita por la política de reconocimiento para la construcción de un espacio general de respeto que permita manejar juicios de valor igualitario, pero sin que se genere condescendencia cultural con el pretexto de ideales solidarios que la deslegitime.[52]

Esta tesis adolece de bases sólidas y datos empíricos certeros que permitan diferenciar los valores, culturas o costumbres buenas o malas. Además, si los hubiera nada impide que sirvan para acentuar la vertiente eurocéntrica que se encuentra detrás, al miedo subjetivo post–11 de septiembre de 2001 respecto de ciertos grupos culturales, especialmente, islámicos, y cierto prejuicio a partir de una ortodoxia socio-religiosa no confesada:

> "… La cultura asiática también es muy lejana a la occidental, pero sigue siendo laica en el sentido que no se caracteriza por ningún fanatismo o militancia religiosa. En cambio la cultura islámica sí lo es. E incluso cuando no hay fanatismo sigue siendo verdad que la visión del mundo islámica es teocrática…".[53]

Esta tesis no puede ocultar que detrás de su concepto de comunidad se esconde su radical ideológica liberal, tal como lo reconoce *Lijphart*:

> "…eso equivale a decir que el liberalismo no puede ni debe atribuirse una completa neutralidad cultural. El liberalismo es también un credo combatiente. La variable tolerante que apruebo, así como sus formas más rígidas, tienen que establecer un límite".[54]

En definitiva, el multiculturalismo liberal fue el que se incluyó en la Constitución de 1998 respecto de la relación entre las personas extranjeras y el Estado ecuatoriano, limitándose sus derechos de participación política, mo-

51 Alain Touraine, *¿Qué es la democracia?,* Madrid, Ediciones Temas de Hoy S.A., 1994, p. 113.
52 Charles Taylor, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, pp. 103-105.
53 Giovanni Sartori, *La Sociedad Multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjerismo*, p. 53.
54 Charles Taylor, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, p. 93.

vilidad y propiedad: política formal de respecto de la diversidad, pero sin metas unificadoras de reformulación y reconocimiento de valores colectivos.[55]

2.3 La Constitucionalización del multiculturalismo liberal

El ideal de la sociedad cosmopolita que propugna la ciudadanía universal, en cuanto se busca ampliar el concepto tradicional de ciudadanía y separarlo del principio de territorialidad, se complementa con el multiculturalismo liberal, de acuerdo al esquema de *Kymlika*,[56] que en la Constitución de 1998 se implementó respecto de la relación entre el Estado ecuatoriano y las personas extranjeras. Se buscaba establecer un nivel público de tolerancia natural, pero sin intervención oficial.

Sin embargo, se postuló derechos diferenciados para las personas inmigrantes, las minorías nacionales y los grupos sociales no indígenas: los derechos de *autogobierno* que les otorga un nivel moderado de autonomía, *poliétnicos* que se materializan en medidas para impedir la discriminación y permitir la libre expresión de las particularidades, y los *especiales de representación.* Los dos primeros se aplican a las personas inmigrantes y las minorías nacionales y las últimas más a los grupos sociales no indígenas.[57]

De esta manera, se creó algo así como un *constitucionalismo multicultural*, con un acento especial sobre lo indígena, que se mostró tolerante pero que no posibilitó la transformación de los problemas estructurales de desigualdad y la superación de una sociedad postcolonial, que estaba en el corazón de la propuesta de los movimientos indígenas.[58]

Esto significó que las culturas, entre ellas las de las personas extranjeras, se ubicaron en un plano de igualdad, pero puestas de espaldas y sin esperanza de interrelación: pluriculturalidad y multietnicidad:

55 *Constitución del Ecuador*, 2008, Art. 13-15, 23.14 y 26.

56 Cfr., Will Kymlicka, *La Política Vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.

57 Will Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Buenos Aires, Paidós, 1996, pp. 50-54.

58 Catherine Walsh, "Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico", Judith Salgado, *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, p. 24.

> El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.[59]

No obstante, eso no quiere decir que no se establecieran, con ciertas restricciones, algunos elementos emergentes del *constitucionalismo multicultural de tipo igualitario*,[60] que tuvo mayor auge en la Constitución de 2008. No obstante, éstos se constituyeron respecto de los pueblos indígenas, como en el caso del reconocimiento de las funciones de justicia indígena, sobre la base de un renovado pluralismo jurídico.[61]

La versión liberal del multiculturalismo fue un aliado importante para la ampliación del concepto de ciudadanía, puesto que identificaba un punto de referencia igualitario de las culturas para rescatarla del secuestro histórico de la ciudadanía perpetrado por el Estado-nación a partir del principio de territorialidad (soberanía).

II. Segundo escenario: La transición jurídico-política y la dignidad humana

En el primer escenario, se busca reconstruir el concepto de ciudadanía sin negarlo expresamente, aunque su cuestionamiento crítico está implícito en la misma ciudadanía universal y en el ideal del multiculturalismo liberal.

Nuestro segundo escenario anhela superar a la ciudadanía, en su versión restrictiva o universal, para sustituirla por la dignidad humana o personalidad jurídica. En términos más generales: el paso de la sociedad del deber a la de los derechos. Los argumentos nacen desde los mismos elementos tratados en el primer escenario, la reconstrucción crítica (ciudadanía universal) y la crítica radical (el multiculturalismo).

59 *Constitución del Ecuador*, 1998, Art. 1.

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

61 *Constitución del Ecuador,* 1998, Art. 191.

En el primer caso se sigue a *Ferrajoli*. La normativa liberal garantiza en la normativa formas de diferenciación de estatus jurídicos –premodernos– que aparecen falsamente como naturales a partir de su positivización. Esto supone que es fundamental la estructura lingüística de los derechos, especialmente en el texto constitucional, y se hace indispensable la incorporación de garantías concretas para materializarlos.[62]

En este entendido, el cambio de la ciudadanía a un nuevo paradigma resultaría relevante en tanto se logre eliminarla como criterio diferenciador de estatus jurídico, más allá de las variaciones semánticas de la terminología constitucional.

Un nuevo paradigma pudiera ser la dignidad humana, hecho ya advertido en el primer escenario, pero sin un instrumento claro que sí aparece en *Ferrajoli*: el salto ideológico en la retórica constitucional tiene un potencial transformador. Esto lleva a un salto semántico que consta en todo el texto de la Constitución de 2008, en la clasificación de derechos y en el posicionamiento de los sujetos, personas y colectividades, frente a los verbos de la constitucionalidad.

En el segundo caso, la inspiración viene de *Santos*, quien postula que las expresiones del contrato social de la modernidad consideran categorías que incluyen, pero que, al diferenciar, excluyen. Uno de éstas es la ciudadanía.[63]

Se hace indispensable e impostergable, entonces, la superación de la ciudadanía hacia la dignidad humana desde estas dos posiciones, donde la dignidad humana adquiere fuerza emancipatoria en tanto potencia la libertad humana y de democratización de alta intensidad.[64]

62 Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 85.

63 Boaventura De Sousa Santos, y Mauricio García Villegas, "El Revés del Contrato Social de la Modernidad", p. 13. Esto ocurre a partir de tres criterios, la inclusión del ser humano y sus asociaciones, la ciudadanía territorialmente establecida, y el comercio público de intereses. Esto deja fuera a la naturaleza, a todos quienes no tengan una relación con el territorio (personas extranjeras y no propietarios –niños, mujeres e indígenas que no logran reconocimiento jurídico de propiedad, etc.-); y, a todas las expresiones de la vida privada.

64 Boaventura De Sousa Santos, *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, p. 353. Sin embargo, este autor critica a la pretendida universalidad de la dignidad humana y propone el entendimiento intercultural, sobre la base de valores deconstruidos y consensuados a través del diálogo intercultural.

Más allá de las diferencias conceptuales, desde estas dos posturas es posible fundamentar la superación de la ciudadanía por la dignidad humana.

Este nuevo paradigma, este discurso jurídico de tránsito se funda en dos grandes principios que vamos a explicar a continuación: a) la universalidad relativa; y, b) la integralidad material.

1. La universalidad relativa

El ideal de universalismo de los Derechos Humanos surgidos del acuerdo de posguerra en 1948 pugna con el concepto tradicional de ciudadanía, unido como siamés al concepto de nación y, por tanto, a la razón del Estado territorial. Lo hemos llamado relativo, puesto que creemos que no es una categoría absoluta (permanente, inmutable e inexorable), sino sometida al diálogo intercultural e interpretación diatópica, pero cuyo discurso sirve de punto de partida para la definición de una ética mínima.[65] Este fenómeno, paradójicamente, resulta ser el paradigma del auge constitucional en la contemporaneidad, como mecanismo idóneo de instrumentalización en las legislaciones nacionales, pero también como puerta de entrada de las personas a una comunidad mucho más amplia de la de jurisdicción territorial de un Estado y como sujeto del Derecho Internacional, a nivel regional o universal. Es lo que puede considerarse el giro copernicano –tomando la metáfora de *Bobbio*–, del comienzo del siglo XXI.[66]

A este respecto, una propuesta viable es la de *Ferrajoli*, quien mociona un *constitucionalismo global* que establezca, principalmente, mecanismos concretos de defensa de la paz entre los Estados y la garantía de los Derechos Humanos; y, la superación-desnacionalización del concepto de ciu-

Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001, p. 353. Sin embargo, este autor critica a la pretendida universalidad de la dignidad humana y propone el entendimiento intercultural, sobre la base de valores deconstruidos y consensuados a través del diálogo intercultural.

65 *Ibíd.*, p. 357.

66 Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 117-222.

dadanía, abriendo las posibilidades a partir del papel preponderante de la Ciencia del Derecho en el proceso democratizador de la organización internacional a corto y largo plazo.[67]

Carbonell apoya esta postura, pero sugiere, además, la implementación de un proceso programático a través del fortalecimiento de una sociedad civil mundial, especialmente, mediante la creación de una nueva conciencia de los empresarios de los países centrales, especialmente, aquellos que tienen proyección transnacional. Por ejemplo sería extender también los beneficios de los empleados en el país de origen del capital transnacional a los de los países donde constan sus filiales e inversiones.[68]

Frente a esta situación, uno de los retos del constitucionalismo contemporáneo es servir de vehículo para legitimar y realizar los Derechos Humanos como una categoría de consenso universal relativo. Este anhelo, desde lo técnico, se da a través de dos mecanismos constitucionales formales con efectos generales (elemento sustantivo): a) la incorporación formal del estatuto de Derechos Humanos, los cuales quedan, desde ese momento "constitucionalizados"; y, por lo tanto, son normas jurídicas plenamente judiciables; b) la incorporación, también formal de principios concretos de interpretación en el texto constitucional, los cuales, terminan siendo casi reglas y no principios propiamente dichos –así tenemos, por ejemplo, principio de unidad, de coherencia, de progresividad, etc.[69] ; y, c) la incorporación material, que significa dos cuestiones fundamentales para la realización del Estado Constitucional: i) el desarrollo legislativo de las garantías constitucionales; y, ii) la instrumentación de estas garantías para dar aplicación práctica y legitimadora a los derechos establecidos en la Constitución.

Sin embargo, ninguno de estos autores ahonda en los mecanismos concretos para lograr este anhelo más que *Pisarello*. Él propone un constitucionalismo cosmopolita o global sobre la base del reconocimiento de

67 Lugi Ferrajoli, "Más Allá de la Soberanía y Ciudadanía: un constitucionalismo global", en Miguel Carbonel y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa UNAM, 2001, p. 322.

68 Miguel Carbonel, "Los Derechos en la Era de la Globalización", en Miguel Carbonel y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa UNAM, 2001, p. 339.

69 Pablo Pérez Tremps, "Los Derechos Fundamentales: teoría general", en Tribunal Constitucional del Ecuador y otros, *Los Derechos Fundamentales*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 26; *Constitución del Ecuador*, 1998, Art. 18 y 19; *Constitución del Ecuador*, 2008, Art. 11.

cuatro contratos básicos: necesidades básicas, multiculturalismo, ecología y democracia, que llevarían respectivamente, a establecer un acuerdo global para suprimir las desigualdades socioeconómicas; para la paz y el diálogo entre las culturas; un acuerdo planetario sobre desarrollo sostenible; y, la construcción de un nuevo orden político internacional fundado sobre la igualdad más realista entre los Estados.[70]

Sumadas estas posturas a la realidad de la contemporaneidad, la ciudadanía desplazaría su nexo del concepto de nación y se acerca al de residencia o pertenencia a una comunidad determinada como mandato para su consagración de universalidad, según lo aquí defendido.[71] Además, estos postulados son perfectamente coherentes con el cosmopolitismo ya aludido. En definitiva, esta fundamentación el cosmopolitismo adquiere fuerza argumentativa respecto de la ampliación de la ciudadanía a los extranjeros, pero con el ineludible reto de superarla, a partir de su pretensión de universalización.

Así lo entendió la Constitución de 1998, que en su artículo 18 establecía el principio del universalismo de los derechos humanos sin negar o superar la ciudadanía:

> Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.[72]

Esta disposición permitió la incorporación implícita de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales estarían, incluso por sobre la norma constitucional.

70 Gerardo Pisarello, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa UNAM, 2001, pp. 254-258.

71 Miguel Pajares, *Inmigración ciudadanía europea. La inmigración y el asilo en los años dos mil, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales,* Madrid, IMSERSO, 2000, p. 148.

72 *Constitución del Ecuador*, 1998, Art. 18.

Este universalismo relativo tuvo mayor entidad en el amplio catálogo de principios que trae la Constitución de 2008, y en un hecho fundamental: no sólo se admite como fuente a la dignidad humana, con lo cual se busca superar el concepto de ciudadanía –en la 1998, la fuente era la naturaleza de la persona–, sino que, además, a los sujetos colectivos: los pueblos, nacionalidades y comunidades.[73]

2 La integralidad material

La nueva sociedad de los derechos halla su fuente normativa en los denominados principios de universalidad e integralidad de los derechos humanos. Respecto del principio de integralidad, se puede decir que en un inicio no estuvo positivizado, pero se lo podía deducir de la normativa general de Derechos Humanos tratados. Así, en primer lugar, tenemos el artículo 5 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC):

> Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.[74]

Aquí es clara la intención de los Estados en este Pacto de prohibir el menoscabo de los otros derechos so pretexto de realizar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Es decir, la integralidad surge desde la visión de que los Derechos Civiles y Políticos son nucleares respecto de los DESC.

73 *Constitución del Ecuador*, 2008, Art. 11.7.

74 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución 2200 A (XXI), 16-dic-1966.

Esta disposición tuvo su inmediato impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el llamado principio de progresividad de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José", en su artículo 29:

> Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y, d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.[75]

La integralidad aquí se puede notar en los literales b), c) y d), los cuales permiten tomar como fuente los derechos establecidos en otros instrumentos, presentes o futuros, sobre Derechos Humanos. Este concepto de integralidad no jerarquiza a los derechos, pero su limitación consiste en que gira alrededor de su carácter *fonticio*.

Este vacío del Pacto de San José fue llenado, en el mismo sentido del artículo 5 del PDESC, mediante los artículos 4 y 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.[76]Este principio, así concebido extiende la interpretación de los Derechos Humanos más allá de las fronteras de la mera formalidad, vinculándola, indefectiblemente, a una consideración del ser humano globalmente en torno a su dignidad.[77]

75 Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 22-nov-1969.

76 Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales*, San Salvador, Decimoctavo Período de Sesiones, 17-nov-1998.

77 Cecilia Medina, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, Universidad de Chile, 2003.

Estas disposiciones permitieron a gran parte de la doctrina y jueces de los tribunales internacionales adoptar decisiones que provocaron precedentes importantes.[78]

Posteriormente, este principio fue positivado explícitamente en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que se instrumentó en el acápite 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena:[79]

> …5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales…

Esta Conferencia, no obstante no haber alcanzado el estatus de una Convención, fue considerada la continuación de las Conferencias de *Helsinki* y la de *Teherán,* ésta última muy cuestionada por el reducido impacto posterior respecto de los pocos avances en el proceso de democratización del régimen islámico luego de 1979. Adicionalmente, una particularidad de la Conferencia de Viena fue la participación sin parangón de organismos no gubernamentales (ONG´s), los cuales ya eran para 1993 importantes actores sociales frente a los organismos intergubernamentales y los Estados.[80]El aparecimiento de estos nuevos actores fue uno de los factores de mayor notoriedad en esta Conferencia.

78 *Ibíd.*, p. 9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Viviana Gallardo y otros: "…el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no signifique la alteración del sistema…". Existe abundante jurisprudencia de otras cortes internacionales de Derechos Humanos como la Corte Europea de Derechos humanos por ejemplo (ver p. 11).

79 *Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena*, A/CONF.157/23, 14-25-jun-1993.

80 Nazario Gonzáles, p. 242: "… Mientras que a Teherán acudieron un centenar, a Viena llegarían 1200 representantes de 6000 asociaciones esparcidas en los cinco continentes…". Este fenómeno es explicado por este autor por una creciente toma de consciencia de la humanidad sobre la importancia de los Derechos Humanos, el interés de las iglesias por recuperar posición res-

Por otra parte, el nuevo panorama geopolítico luego de la caída del Muro de Berlín creaba el clima propicio para poder llegar a un consenso sobre la aplicación integral de los Derechos Humanos, los cuales estuvieron durante la Guerra Fría sometidos a un parcialismo que buscaba justificar los modelos político-económicos de las potencias en conflicto.

De esta manera, el principal resultado de esta Conferencia fue el principio de integralidad de los Derechos Humanos significa que son universales, "…indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí…"[81]

Este principio no sólo fue positivado, sino también se convirtió en el eje integrador de todos los Derechos Humanos, antes divididos por generaciones (esto suponía una forma de dispersión y falsa idea de supremacía de una generación sobre la otra). Así, se integraron, por poner un ejemplo, los derechos de las mujeres: se acabó la doctrina de las generaciones de derechos.

Esta superación supuso la creación de un nuevo orden, aún limitado, pero que está en construcción en todas partes del mundo, donde no podrá haber un régimen indiferente que sea legítimamente democrático con sólo garantizar el acceso a unas elecciones libres cuando su pueblo se muere de hambre; ni por el contrario, se podrá tolerar una democracia con un Estado omnipotente que somete a las masas a un bienestar clientelar y condicionado a la renunciación a su libertad.

Un elemento importante fue, además, la elaboración de importantes recomendaciones a partir de la Conferencia de Viena: a) la implementación y fortalecimiento de los programas de acción generales y temáticos de la Organización de Naciones Unidas y de los Estados (acápites 9, 19, 25, 37 y 65); y, b) la creación de las instituciones nacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos como responsables de la implementación de los programas mencionados (acápites 20, 36 y 82).

El principio de integralidad fue positivado en la Constitución de 2008: "Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

---

pecto de un auge de inusitado humanismo occidental; y la impunidad de los Estados mediante el principio de soberanía y autodeterminación. A esto sumaría la crisis de los Estados nacionales y de los organismos de intermediación y representación política que se proyecta sobre los Estados y los organismos intergubernamentales.

81 Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23, 14-25-jun-1993.

Además, esta integralidad no puede ser sólo formal, sino también material, de acuerdo a lo que establecen los artículos 1 y 84-86 de la Constitución, donde se desarrollan las garantías jurisdiccionales, normativas y políticas, propias del Estado garantista de la Constitución de 2008. Esta integralidad es el concepto bisagra que permitirá la materialidad de la actividad estatal a través de las garantías.

Tercer escenario: la interculturalidad invisible

En el segundo escenario, se mantuvo el diseño original de la ciudadanía, pero la implementación del concepto de dignidad humana en las constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008, incluidas en el texto constitucional, abrieron el camino para su superación. Este cambio evidencia el intento por sustituir la sociedad del deber por la de los derechos que hemos mostrado como el paradigma importante del constitucionalismo de la década de los noventa.

Sin embargo, la sola superación de la ciudadanía como elemento diferenciador que al tiempo que reconoce y se amplía, excluye: no puede ser suficiente para la construcción de una sociedad nueva. Es indispensable contar con un mecanismo cohesionador y articulador que logre identificar en un plano de igualdad los grandes pilares sobre los cuales deberá levantarse la nueva sociedad. Este mecanismo es precisamente la interculturalidad, establecida transversalmente en la Constitución de 2008, y que pone a las culturas a dialogar interculturalmente para construir una nueva sociedad sobre la base de valores compartidos.[82]

Y, sin bien es cierto que la interculturalidad fue una plataforma de lucha de los pueblos indígenas, encabezada por el movimiento indígena, y no fue asimilado por otros colectivos, es posible aplicarla a un sinnúmero de diversidades culturales, de entre ellas, la relacionada con las personas extranjeras,[83] consideradas siempre como población móvil obligada,

82 *Constitución del Ecuador*, 2008, Art. 1, 2, 16.1, 27. 28, 32, 57.14, 83.3, 95, 156, 217, 249, 257, 275, 340, 343, 347.9, 358, 375,3, 378, y 423.4.

83 Cfr., Raúl Llasag Fernández, "La Jurisdicción Indígena, en el contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad", en Santiago Andrade y otros, eds., *La Nueva Cons-*

por su voluntad o movilizable de acuerdo a la apertura o restricción propuestos por las políticas migratorias.

El proyecto de la interculturalidad se consolida como consecuencia de la aparición del movimiento indígena como actor emergente de la política ecuatoriana de cara a la Constitución de 1998.[84] La culminación de este proceso se dio con el reconocimiento del Estado plurinacional, la incorporación de la interculturalidad como espacio de encuentro entre las culturas indígenas y mestizas en un plano de igualdad, y la inclusión de los derechos colectivos en el estatuto constitucional de derechos de 2008.[85]

En consecuencia, a pesar de la invisibilidad de la interculturalidad respecto de las plataformas políticas de las personas extranjeras, ésta puede ser asumida por sus organizaciones para poder exigir el ejercicio de sus derechos y promover sus intereses legítimos, superando el concepto de ciudadanía por completo, pero adquiriendo el motivo social de un devenir transformador, si se quiere dialéctico, con el fin de construir una sociedad intercultural.

Conclusiones

La estrategia política

En este ensayo hemos tratado de identificar tres escenarios que coexisten en el texto constitucional de 2008, respecto de las relaciones jurídico-políticas entre el Estado y las personas extranjeras. Primer escenario, que

titución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones, Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009. Este autor afirma que la interculturalidad, si bien es cierto ha sido parte de la propuesta política del movimiento indígena, corresponde a un proyecto más general que engloba a otra formas de expresiones de las culturas y la diversidad. Por ejemplo, las diversidades sexuales, las personas extranjeras, o los colectivos temáticos (por ejemplo, las culturas urbanas como los "emos" o los "punkeros").

84 Cfr., Pablo Andrade, "Negociando el cambio: Fuerzas Políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998", en *Estructura Constitucional en el Estado Constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales y otros, 2004.

85 Raúl Llasag Fernández, "La Jurisdicción Indígena, en el contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad", 181. El proyecto político inicia en 1986 a partir de la propuesta de la Confederación de Nacionalidades Indígenas (CONAIE).

amplía el concepto de ciudadanía y ubica a las culturas desde un punto igual de partida, no busca superarlo, sino reconstruirlo.

El segundo escenario, busca superar el concepto de ciudadanía, sea cual fuere éste, y abre la puerta para la reflexión y discusión del nuevo paradigma de la dignidad humana y el multiculturalismo liberal. Sin embargo, su límite está en que su fin no es la generación de algo nuevo, sino la reformulación ética de la relación cultural.

Finalmente, el tercero se presenta como una apuesta por la construcción de un nuevo paradigma a partir de la interculturalidad o multiculturalismo de tipo igualitario, pero que, en la transición le tocará por comenzar reformulando el segundo paradigma.

Las preguntas centrales son: ¿son excluyentes estos escenarios?, y ¿en el caso negativo, qué utilidad tiene su complementariedad? Nos inclinamos por considerar que no son escenarios excluyentes, por más que los dictados de la técnica legislativa tenga ciertos reparos a la dispersión teórica en la normativa.

Lo hacemos así, bajo la sospecha que nace del sentido común de que entre más puertas existan para la transformación social, para el caso presente, en la normativa constitucional, esto permitirá maximizar la protección de los derechos de las personas inmigrantes en situación de movilidad y potenciar los esfuerzos de los sectores implicados en la democratización del Ecuador del Siglo XXI: la autoridad, la sociedad civil organizada y los sujetos de protección.

Ahora, nos encontramos ante el reto de elaborar una nueva estrategia política, puesto que las tradicionales luchas y actuaciones de los actores mencionados siempre se han realizado desde el primer escenario, en la búsqueda de la ampliación de la ciudadanía hacia el universalismo cosmopolita y el multiculturalismo liberal, del cual ya se encuentra en germen el segundo escenario de tránsito.[86] En estos dos escenarios tiene relevancia el acuerdo de las élites propuesto por *Lijphart* para la construcción de sociedades "consocionales o unificadas" fundadas en la pluralidad.[87] No

86 Cfr. María Daniela Dávalos Muirriagui, "¿Existe la Ciudadanía Universal? Análisis de las ideas del cosmopolitismo plasmadas en la Constitución de 2008".

87 Cfr., Arend Lijphart, *Democracia en las sociedades plurales*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1989.

obstante, el precio sería desnudar los procesos de acuerdo constituyente como simples acuerdos de élites y no como espacios más amplios para el debate social y democrático.

Al mismo tiempo, debe reforzarse el espacio de tránsito de una sociedad del deber hacia una de los derechos, que ya se puede advertir en algunas agendas institucionales, estatales y no estatales, con el nombre de "enfoque de derechos". No obstante, aún se presentan contradicciones entre las visiones asistencialistas y estos enfoques progresistas en asenso que acompañan procesos sociales y respetan proyectos de vida de las personas en situación de movilidad.[88] Este segundo escenario puede ser propicio para la autoridad, puesto que le dará luces para poder realizar las garantías de las políticas públicas de la nueva Constitución.[89]

Al último y no por eso medicina social de última generación, aparece la interculturalidad, que podría ser el eje cohesionador de un proyecto de defensa de derechos o de emancipación social de las personas o colectivos en situación de movilidad y que abriría un espacio para reformular el carácter naturalizado de la democracia. Su potencial consiste en ser propositivo más allá de las reivindicaciones indígenas: la construcción de una sociedad plenamente intercultural y legitimada culturalmente. Este escenario puede ser unificador de identidades de las organizaciones pro movilidad humana, toda vez son enormes aún sus dificultades de convertirse en interlocutores ante el Estado y de conectarse con los sujetos de protección. Además, la propuesta de la interculturalidad trae aparejada la conversión de sujeto colectivo de derechos que puede ser un elemento más de unificación organizativa. Todo esto pareciera insinuar que es más correcto en nuestros días hablar de democracias (s) y no sólo de democracia.

Sin embargo, aún nos encontramos en el tránsito de sustituir el concepto de ciudadanía por "el derechos" (dignidad humana) en el discurso jurídico y la práctica institucional, lo cual pone al desnudo una intercul-

88 León Olivé, "Relaciones Interculturales y Justicia Social: una fundamentación pluralista", en Milka Castro Lucic, ed., *Los Desafíos de la Interculturalidad: identidad, política y derecho*, Santiago de Chile, Programa Internacional de Interculturalidad de la Universidad de Chile, 2004, p. 78.

89 *Constitución del Ecuador*, 2008, Art. 85.

turalidad aún retórica y con pocas luces para su real implementación. Pero avanzamos, eso es lo importante.

Evidencias de avance

Varios avances evidencian la posibilidad del cambio que, en este ensayo, consideramos no es coyuntural, sino que obedece a una tendencia que juega en los tres escenarios advertidos. Vamos a mencionar algunos de estos avances que testimonian la esperanza del cambio:

1. El primer caso de avance es el determinado en la Constitución de 2008 que juega entre los escenarios primero y segundo, fue la ampliación de la ciudadanía a los extranjeros a través del voto,[90] tomando incluso en cuenta que el concepto de ciudadanía respecto esta agenda, desde 1978, ha seguido una tendencia progresista. Así, por ejemplo, en una consulta popular en 1989 se decidió el voto de los independientes; y, en las reformas constitucionales de 1997 se consagró la ciudadanía para todos los habitantes de la república sin distinción de edad, por lo cual los niños, niñas y adolescentes entraron a formar parte de la comunidad política, y sólo el ejercicio del voto se reservó para los mayores de edad.
2. Esta ampliación del derecho al voto responde, por otra parte, a una tendencia generalizada en la actualidad. Nuestro segundo caso, se encuadra en el debate acerca de la ampliación de la ciudadanía en la conformación de la Comunidad Europea de Naciones a partir del informe *Tindemans* de 1975.[91] El estatuto de creación de la Comunidad establece la posibilidad de una ciudadanía europea, pero no desconoce las ciudadanías locales. También, la Directiva 91 (2000) dispuso la ampliación limitada del Tratado de Roma extendiendo la libre circulación para la prestación de servicios a ciudadanos extracomunitarios estable-

90 *Ibíd.*, Art. 63.

91 Miguel Pajares, *Inmigración ciudadanía europea. La inmigración y el asilo en los años dos mil, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales*, p. 152.

cidos como autónomos.[92] Respecto del derecho al voto de los extracomunitarios, el Tratado de Maastricht reservó éste únicamente para los ciudadanos comunitarios. No obstante, algunos países antes ya habían dispuesto la apertura para los ciudadanos no nacionales, como fue el caso de Suiza en 1849 en el Cantón de Neuchatel, o Gran Bretaña para todos los habitantes del Commenwelth; luego, esta iniciativa se extendió a Holanda, Dinamarca (1977), Suiza (1983), Suecia (1975), Noruega (1980), Finlandia y España (1985).[93]

3. Particularmente, por la cercanía cultural y por ser uno de los principales países de destino de la migración ecuatoriana, en el caso español, la Ley 4/2000 (Art. 6.1 y 4)del 11 de enero de 2000 modificó la Ley 7/1985 (Art. 5.2) del 1 de julio de 1985, estableciendo la posibilidad de que los ciudadanos no españoles puedan ejercer sus derechos políticos, no sólo activamente, sino también pasivamente; es decir, no sólo elegir, sino ser, también, elegidos en las elecciones de los gobiernos locales.[94] En América Latina, disposiciones análogas tienen las legislaciones de Bolivia y Paraguay, por citar un par de ejemplos.

Hacia una sociedad intercultural

Sabemos que detrás de las posturas expuestas, el problema es ideológico –siempre lo es–, pero la realidad actual de las tensiones culturales, impide que se lo haga directamente desde aquellas; sino, más bien, desde el pragmatismo que procure la superación del posible conflicto cultural causado por la integración como uno de los elementos para el debate.

Un elemento cohesionador y directivo de soluciones puede ser el denominado "principio de congruencia", según el cual se debería buscar que toda política cultural minimice los riesgos para la estabilidad política y se reformule la diferencia de todos los grupos en pos del reconocimien-

92 *Ibíd.*, p. 155.

93 Miguel Pajares, *Inmigración ciudadanía europea. La inmigración y el asilo en los años dos mil,* Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, p. 158.

94 Andrés Rodríguez, *Principios Inspiradores y Caracteres Generales de la LO 4/2000, de* 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, Madrid, 2002.

to.[95] La limitación sería que este principio de congruencia parece ser sólo posible de cara a las denominadas democracias estables o mínimas donde se consagran ciudadanías liberales, libertarias y republicanas, de las cuales, la última de ellas favorecería una visión de la ciudadanía dinámica y transformadora.[96]

No obstante, este principio de congruencia ubicado por fuera del postulado republicano y la ciudadanía liberal, facilitaría, al menos, la paulatina incorporación de los ciudadanos de un conglomerado determinado a la comunidad política a través de la interculturalidad y el multiculturalismo de tipo igualitario, sin que esto desconozca los valores democráticos y el sentido de lo nacional. Esta dicotomía, que ha quitado el sueño a *Habermas*, respecto de la naturaleza de una nueva ciudadanía europea sobre la base del reconocimiento consensual de las diferencias, encontraría algo de viabilidad.[97]

Por último, es necesario rescatar algunos postulados del denominado republicanismo cívico, el cual conduciría a lo que *Houffe* llama "democracia radical", quien toma algunas ideas de *Lefort* acerca de la inexistencia de un bien común sustancial, en donde el poder sería un espacio vacío separado del conocimiento y del derecho, deviniendo en la desaparición consecuente de las señales de la certeza, a la larga, la racionalidad tradicional.[98]

En conclusión, el cosmopolitismo-ciudadanía universal, el multiculturalismo de tipo igualitario y la interculturalidad se presentan como un amplio paraguas ideal para poder alcanzar el anhelo de una nueva sociedad, y como un espacio en el cual existen más similitudes que diferencias al momento de interrelacionarlas. Frente a la reformulación de la democracia, estos enfoques escenificados aún como inconclusos pueden, desde una perspectiva procedimental, anotar algunas líneas de análisis para los estudios de la calidad de la democracia y el incipiente análisis de la incidencia de las políticas públicas como forma de medir la democracia; y, para una visión no procedimental, aún sin horizontes reales y con más

95 Ricard Zapata, "¿Necesitamos un nuevo concepto de ciudadanía?", p. 121.
96 *Ibíd.*, p. 145.
97 Jürgen Habermas, *La Inclusión del Otro: estudios de teoría política*, pp. 95-105.
98 Chantal Houffe, *El Retorno de lo Político. Comunidad, Ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 94.

oscuridades que claridades, señalar caminos para la construcción de la(s) democracia(s) de nuestros días.

Por otra parte, resulta indispensable dirigir la reforma legal a partir de la normativa constitucional hacia otros sujetos centrales de esta fenomenología (a más de los pueblos y nacionalidades indígenas y otros colectivos diferenciados): las personas y colectivos en situación de movilidad, más allá del diagnóstico de la carencia y las contradicciones normativas que hemos identificado en otros momentos.[99]

¿Es posible pensar en construir una epistemología que permita terminar con los últimos rescollos de una ciudadanía restrictiva-democracia limitada y no acorde a estos tiempos de diversidad y lucha social por el reconocimiento? En fin, ¿podemos, para empezar, sugerir los adjetivos "necesarios (s)", "posibles (s)" y "emancipatorio (s)" para este cosmopolitismo, para esta ciudadanía universal y para este multiculturalismo de tipo igualitario?

Bibliografía

Libros y revistas

Acosta, Alberto y otros, *La Migración en el Ecuador: oportunidades y amenazas*, Quito, Centro Andino de Estudios Internacionales de la Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Serie Estudios Internacionales, 2006.

Andrade, Pablo, "Negociando el cambio: Fuerzas Políticas en al Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998", en Santiago Andrade y otros, *Estructura Constitucional en el Estado Constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales y otros, 2004.

99 Cfr., Luis Fernando Ávila Linzán, "Diagnóstico sobre la Legislación de Migración en el Ecuador", en Richard Salazar, ed., *Migración. Mitos y Reflexión, Quito,* Fundación Esquel Organización Internacional de Migración OIM y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, 2007.

Ávila Linzán, Luis Fernando, "Diagnóstico sobre la Legislación de Migración en el Ecuador", en Richard Salazar, Ed., *Migración. Mitos y Reflexión*, Quito, Fundación Esquel Organización Internacional de Migración OIM y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales –FLACSO–, 2007.

Bobbio, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

Bobbio, Norberto, *El Tercero Ausente*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.

Butler, Judith, "La Universalidad de la Cultura, en Los Límites del Patriotismo", en Joshua Cohen, comp., *Los Límites del Patriotismo*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999.

Carbonell, Miguel, "Los derechos en la era de la globalización", en Miguel Carbonel y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa UNAM, 2001.

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

Collier, David y Steven Levitsky, "Democracia con adjetivos. Innovación conceptual en la investigación comparativa", en *Política y derecho. ¿Se oponen la democracia y el constitucionalismo?*, La Política, Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad, No. 4, Buenos Aires, 1996.

Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, Buenos Aires, Paidós, 1991.

Dávalos Muirragui, María Daniela, "¿Existe la Ciudadanía Universal? Análisis de las ideas del cosmopolitismo plasmadas en la Constitución de 2008", en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Un estudio desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

Ferrajoli, Luigi, "Más Allá de la Soberanía y Ciudadanía: un constitucionalismo global", en Miguel Carbonel y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa UNAM, 2001.

Gutmann, Amy, "Ciudadanía Democrática", en Joshua Cohen, comp., *Los Límites del Patriotismo*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999.

Habermas, Jürgen, *La Inclusión del Otro: estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.

Held, David, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza, 2001.

Houffe, Chantal, "El Retorno de lo Político. Comunidad, Ciudadanía, pluralismo, democracia radical", Barcelona, Paidós, 1999.

Kymlicka, Will, *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Buenos Aires, Paidós.

Kymlicka, Will, *La Política Vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.

Lijphart, Arend, *Democracia en las sociedades plurales*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1989.

Llasag Fernández, Raúl, "La Jurisdicción Indígena, en el contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad", en Santiago Andrade y otros, eds., *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

Marshall, T.H., *Ciudadanía y Clase Social* (Primera Parte), en T.H. Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y Clase Social*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.

Medina, *Cecilia, La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2003.

Molina, César, "Aspectos legales de los indocumentados colombianos en el Ecuador y Derechos Humanos", en Conferencia Episcopal Ecuatoriana, *Inmigrantes Colombianos en el Ecuador y los Derechos Humanos*, Quito, Departamento de Movilidad Humana, 1995.

Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.

Nussbam, Martha, "Patriotismo y Cosmopolitismo", en Joshua Cohen, comp., *en Los Límites del Patriotismo,* Barcelona, Editorial Paidós, 1999.

Olivé, León, "Relaciones Interculturales y Justicia Social: una fundamentación pluralista", en Milka Castro Lucic, ed., *Los Desafíos de la Interculturalidad: identidad, política y derecho*, Santiago de Chile, Programa Internacional de Interculturalidad de la Universidad de Chile, 2004.

Pajares, Pajares, *Inmigración ciudadanía europea. La inmigración y el asilo en los años dos mil*, Madrid, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales IMSERSO, 2000.

Pérez Ruales, Nicole, "El Impacto de la Globalización en el Derecho de los Migrantes", en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Pérez Tremps, Pablo, "Los Derechos Fundamentales: teoría general, en Los Derechos Fundamentales", Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador y otros, Corporación Editora Nacional, 2004.

Pisarello, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa, UNAM, 2001.

Prieto Sanchíz, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Rodríguez, Andrés, *Principios Inspiradores y Caracteres Generales de la LO 4/2000,* de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, Madrid, 2002.

Rubio-Carracedo, José, "Pluralismo, Multiculturalismo y Ciudadanía Compleja", en Pablo Badillo O`Farrel, coord., *Pluralismo, Tolerancia, Multiculturalismo: reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Universidad Nacional de Andalucía-Akalediciones, 2003.

Sousa Santos, Boaventura De, *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001.

————, "Globalización contrahegemónica y diversa", en *Diversidad Revista Internacional de Análisis*, No. 1, Quito, enero de 2005.

————, "Las Tensiones de la Modernidad", en Manuel Monereo y otro, edit., *Porto Alegre. Otro Mundo es Posible*, España, El Viejo Topo, 2001.

————, y García Villegas, Mauricio, "El Revés del Contrato Social de la Modernidad", en Boaventura De Sousa Santos y García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

Sartori, Giovanni, *La Sociedad Multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjerismo*, Madrid, Grupo Santillana de Ediciones S.A., 2001.

Schumpeter, Joseph, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Barcelona, Editorial Folio, 1996.

Souza, María Mercedes, "La Individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura De Sousa Santos", en Añón Roig, comp., *El Vínculo Social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blaunch, 2002.

Taylor, Charles, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, España, Ediciones Temas de Hoy S.A., 1994.

————, *Crítica a la Modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica, Universidad Autónoma de México UNAM, 1994.

Walsh, Catherine, "Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico", en Judith Salgado, *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.

Walzer, Michael, *Tratado sobre la Tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998.

Zapata, Ricard, "¿Necesitamos un nuevo concepto de ciudadanía?", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 13, Madrid, Julio-1999.

Fuentes normativos

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 22-nov-1969.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales*, San Salvador, Decimoctavo Período de Sesiones, 17-nov-1998.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, "Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Resolución 2200 A (XXI), 16-dic-1966.

Otras fuentes

Diario *El Tiempo*, "ACNUR da documentos de refugiados a 50.000 colombianos", Bogotá, 20-oct-2009.

Ejercicio para la construcción de un sistema jurídico plurinacional

Isabela Figueroa*

Resumen
El presente ensayo, muestra las dicotomías existentes entre las disposiciones constitucionales que garantizan los derechos de la naturaleza, de los pueblos y nacionalidades propietarios de esas tierras; y, el derecho del Estado a explotar los recursos no renovables en zonas consideradas intangibles. Se contrasta la hermenéutica jurídica occidental con la interpretación surgida de la cosmovisión indígena, y se develan las estrategias y discursos utilizados en la colonización de los saberes y de los poderes. Finalmente, se analiza la complejidad del diálogo intercultural en el encuentro de las antípodas occidental e indígena, en el campo de la palabra y el derecho.

Palabras Clave
Intercultural, jurídico, construcción, comunidades, indígenas, diálogo, palabra, escritura, violencia, estrategia, discurso, diferencias, domesticar, colonizador, colonizado, interpretación, hermenéutica, Estado, analogía.

* Abogada especializada en derecho de los pueblos indígenas. Completó estudios legales en Brasil, Ecuador, Estados Unidos y Canadá, y ha trabajado con diversas organizaciones indígenas de los países de la cuenca amazónica, apoyando a sus estrategias de resistencia a las industrias extractivas y reivindicaciones de tierras. Actualmente es alumna del programa de doctorado en Estudios Culturales Latinoamericanos de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito.

I. Introducción

A mediados del 1998 mi amigo Tito Puanchir, entonces el presidente de la Federación Independiente del Pueblos Shuar del Ecuador (FIPSE), me pidió que fuera a una de sus comunidades, ubicada al interior de la Amazonía ecuatoriana, para presentar información jurídica sobre un proyecto petrolero que el gobierno ecuatoriano recientemente había aprobado en su territorio.

Cuando los abogados presentamos información legal sin utilizar la jerga jurídica, tenemos que esforzarnos en hacer que lo que decimos tenga sentido. Yo tuve que *explicar* a los Shuar que la misma Constitución que ofrecía la máxima protección a sus derechos territoriales también garantizaba al Estado la propiedad sobre los *recursos* que están bajo su territorio (petróleo y minería). También tuve que *explicar* cómo la Constitución prohibía al Estado el remover a los shuar de sus tierras, pero al mismo tiempo establecía la posibilidad de que sus tierras fueran declaradas de *utilidad pública*. Yo no estaba, sin embargo, explicándoles ideas mías. Yo estaba *traduciendo*, a un lenguaje no-jurídico, algunos de los postulados de la Constitución ecuatoriana.

¿Cómo es posible que "ellos" tomen lo que está bajo el suelo sin molestar al pueblo que vive encima de la tierra?, me preguntó un "apu" Shuar. *Sí, suena como un chiste de mal gusto*, le contesté. Sin poder contestar la pregunta del "apu", pero aún en la necesidad de justificar lo que yo había hecho durante todo el día, continué: *pero eso es lo que enseñan en las facultades de leyes. Eso es lo que está escrito en la Constitución, eso es "La Ley".*

Interacciones lingüísticas entre dos culturas diferentes requiere de un proceso de interpretación en cuya dinámica se diluye una parte de cada mundo que pretende interactuar. Es decir, lo que una parte comunica no es exactamente lo que la otra recupera. Este texto, sin embargo, no se dedica simplemente a explorar el proceso de traducción o interpretación de las palabras en la comunicación cotidiana. Mi objetivo es indagar procesos interculturales al interior de la hermenéutica jurídica, la que se da en el campo del poder institucional, la hermenéutica que en última instancia define la legitimidad o no de un acto de desposesión física o cultural que pueden estar implicados, por ejemplo, en la autorización de un proyecto petrolero en tierras indígenas. La hermenéutica jurídica difiere,

así, de la hermenéutica "en la literatura, de la filosofía política y del criticismo constitucional".[1] Metodología para la aplicación del poder colonial, "la hermenéutica jurídica o se da en el campo del dolor y de la muerte, o es algo menos (o más) que el Derecho".[2]

En el 2009 la Confederación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) emprendió un paro nacional con el fin de lograr un diálogo con el gobierno ecuatoriano para discutir las nuevas leyes que vienen siendo promulgadas sin un apropiado proceso de consulta a los pueblos indígenas, como la ley de minería o la de ley de aguas. A inicios de aquél año la CONAIE presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra de la ley de minería argumentando, entre otros, la violación a sus derechos fundamentales plasmados en la Constitución y demandando, políticamente, que el gobierno impida el desarrollo de la minería a gran escala en tierras indígenas. Recientemente, en el 2010, la Corte Constitucional hizo pública su decisión donde ofreció una interpretación sobre los derechos de los pueblos indígenas para reacomodar los intereses de la industria minera con los derechos de los pueblos indígenas. ¿Quién y de qué manera decide lo que es justo?

En este texto exploraré las tensiones que se dan cuando el derecho positivo occidental es aplicado a las sociedades de tradición oral. A partir de ello procederé a identificar algunos de los desafíos a los cuales se enfrentan los pueblos y comunidades indígenas cuando tratan de traducir sus reivindicaciones no sólo al idioma colonial, pero a un lenguaje muy específico de este, el lenguaje jurídico. Pretendo llamar la atención para un problema más de fondo y que es poco discutido entre los juristas (aunque muy bien entendido al interior de los movimientos sociales): la existencia de conflictos de autoridades entre sociedades que poseen diferentes cosmogonías que informan lo que es socialmente "justo".

Con el fin de buscar soluciones a estos conflictos, es necesario orientar los esfuerzos políticos y jurídicos hacia el suplir negociaciones que fueron omitidas en la formación del Estado colonial, negociando jurisdicciones administrativas donde ningún tipo de autoridad sea vista como culturalmente superior. Un primer paso en esta dirección es el reconocimiento

1 Robert Cover, *Violence and the word*, *95 Yale Law Journal 1601*, 1986, pp. 1606, 1607.
2 *Ibíd*.

de las asimetrías del diálogo intercultural propuesto por la Constitución. Mi objetivo aquí es explorar algunas de estas asimetrías. Empezaré discurriendo sobre la fuerza estabilizadora y domesticadora de la palabra escrita para posteriormente apuntar algunas dificultades para el diálogo intercultural en el campo jurídico, como son la interpretación de la palabra escrita, la traducción del significado de "derecho" o los conflictos de autoridades que, a raíz de estas asimetrías, existen en un estado plurinacional. Finalmente empezaré a trazar propuestas aún muy limitadas que apuntan hacia la hermenéutica analógica como una ruta potencial para reinstaurar una nueva realidad jurídica intercultural.

1. El marco jurídico-teórico de la Constitución ecuatoriana: derecho positivo y fe irracional

Antes de entrar en el tema objeto de este ensayo, pienso que es necesario plantear, de manera brevísima, la teoría que rige el sistema jurídico ecuatoriano. Una vez que la noción de plurinacionalidad pasó finalmente a integrar el texto constitucional ecuatoriano, su aplicación va a ser orientada por procedimientos teóricos que son también definidos por la Constitución. En Ecuador, el marco jurídico constitucional está construido sobre la narrativa del "derecho positivo".

Derecho positivo es, esencialmente, el derecho escrito cuya fuente es un supuesto contrato social que se expresa en la "norma fundamental", la Constitución. En comparación con otros sistemas de derecho, el positivo no admite construcciones iusnaturalistas o divinas. El derecho positivo es construido desde el Estado, el mismo que opera en búsqueda de preservar el monopolio de la clasificación legal, y una de las arenas donde los pueblos resisten al poder colonial.

El derecho constitucional de los países de América Latina es profundamente influenciado por la obra *La Teoría Pura del Derecho* del jurista austriaco Hans Kelsen. Su obra, según el autor, tiene carácter universal justamente por ser una teoría del "derecho positivo en general, no de un orden jurídico específico."[3] *Teoría Pura*, según el autor:

3 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Clark, The Lawbook Exchange, Ltd., 2005, p. 1.

> "ofrece una teoría de la interpretación [.] Es llamada de teoría "pura" del derecho, porque sólo describe el derecho e intenta eliminar del objeto de su descripción todo lo que no es estrictamente derecho: su objetivo es liberar la ciencia del derecho de elementos ajenos. Esta es la base metodológica de la teoría".[4]

Bajo esta lógica, la teoría hermenéutica ofrecida en *Teoría Pura* podría reclamarse "universal" por estar depurada de un orden moral, de un orden de valores. La pureza de su teoría pretende invisibilizar una cosmovisión particular, restando importancia al hecho de que su método haya sido desarrollado dentro de las amarras de un lenguaje y gramática específicos. De la manera por la cual Kelsen explica su propia teoría, queda evidente el presupuesto epistémico de que la palabra escrita en la ley está desencarnada, disociada de la experiencia humana.

Efectivamente, sólo un orden construido sobre palabras desencarnadas podría mantener por tanto tiempo la separación de lo físicamente inseparable, como por ejemplo lo hace la narrativa de "suelo y subsuelo"[5] en las Constituciones latinoamericanas como la del Ecuador. Pese a que Kelsen era austriaco y su trabajo fue en base a la tradición jurídica y experiencia europea, su *Teoría Pura* es estudiada en las facultades latinoamericanas como neutral y universal, como *La* teoría del derecho.

Cuando, años atrás frente al "apu", yo quedé sin argumentos lógicos que explicaran la ficción dicotómica de la tierra, no recurrí a la razón para interpretar la Constitución, pero sí a la fe irracional que predica el derecho positivo, aquella lógica de arraigo emocional que aprendí en la universidad: *Eso es lo que está escrito en la Constitución, la "norma fundamental" de Kelsen, eso es "La Ley".* O en otras palabras, "*porque así es la matemática del orden jurídico*". Esta matemática, sin embargo, no parecía nada lógica para los

4 *Ibíd.*

5 La Constitución ecuatoriana al mismo tiempo que establece que los pueblos afroecuatorianos e indígenas tienen derecho a mantener los sistemas tradicionales de tenencia de sus tierras, otorga al Estado la propiedad sobre los recursos del subsuelo, sin preocuparse en resolver el problema práctico respecto a como explorar el subsuelo (Vg. una concesión minera) y al mismo tiempo proteger los derechos que los pueblos tengan sobre el suelo. Frente a estas circunstancias existen una serie de teorías positivistas, como por ejemplo el "balance de intereses" o "el estado como guardián de los recursos de todos los pueblos". Sin embargo tales teorías son construidas al interior del positivismo kelseniano u otra teoría afín, y parten del mismo constructo de la palabra desencarnada.

Shuar. Y es verdad que cuándo tuve que articular el problema sin utilizar la jerga jurídica tampoco pareció lógica para mí.

El derecho positivo es construido, manifestado y reproducido en los límites del lenguaje escrito; lenguaje este que, bien apuntó Fanon, conlleva la carga de una civilización. Por eso es que las teorías hermenéuticas positivistas que reclaman la neutralidad de sus propuestas, sólo son posibles de ser planteadas cuando se obvia la materia misma por la cual el derecho es creado, reproducido y conservado: el lenguaje.

2. La estabilidad de la escritura

La neutralidad del derecho positivo se consolida por el método de la estabilización. Sólo puede pretender reclamar "neutralidad" lo que ya no fluye, ya no es flexible, ni permeable, lo que está disociado de la experiencia humana; grabado en el papel, dentro del libro, sobre la mesa del juez. Esta tecnología de neutralidad de la palabra escrita se impone sobre las tradiciones orales de, por lo menos, tres maneras: por medio de la amenaza de violencia; por medio de estabilizar el tiempo; por medio de estabilizar el espacio.

2.1 La palabra escrita en cuanto a la violencia inherente

La palabra en la ley positivista es uno de los instrumentos de administración de la "economía de la violencia" de Hobbes en *Leviatán*: sólo el Estado de Derecho puede impedir la guerra de todos contra todos que existía en el mundo salvaje y primitivo, en el cuál reina la ley del más fuerte, la ley de la violencia. Según Blomley, "la construcción de lo que es entendido como derecho reposa en la definición del mundo violento del no-derecho".[6] En el lado de afuera la violencia salvaje, en estado bruto; en el lado de adentro la violencia civilizada, domesticada.

6 Nicholas Blomley, "Law, Property, and the Geography of Violence: The Frontier, the Survey, and the Grid", en *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 93, No. 1, pp. 121-141.

Para interpretar violencia según el método positivista de Kelsen, es primordial ubicar el acto de voluntad del cuál se origina la violencia. Será un acto de violencia legítimo cuando el acto de voluntad responda a un orden objetivo (y no subjetivo), cuando autorizado por el derecho positivo, cuando emane de la palabra escrita, y su fuente primaria sea la "norma fundamental" (en nuestro caso, la Constitución). Legítimo e ilegítimo, planteado así, es también una manera de decir civilizado y salvaje. Estable y fluido. La violencia del Estado es regulada, estandarizada, racional. Y eso difiere la violencia legítima de otros tipos de violencia: la subversión, el terrorismo, la salvajería. Violencia es, pues, parte integral de los procesos de creación, aplicación y legitimación del régimen jurídico del Estado.

2.2 La palabra escrita en metodología para estabilizar el tiempo

El derecho positivo también estabiliza e administra el *tiempo* del sujeto regulado, colonizado. Cada acto legislativo encierra el pasado y vacía el futuro de posibilidades alternas.[7] La Constitución ecuatoriana es un ejemplo de ello, la creación del Estado ecuatoriano y su soberanía sobre los pueblos indígenas es indiscutible, es pasado encerrado. Y para el futuro no hay otra posibilidad que no sea un estado plurinacional. La "razón proplética"[8] del derecho positivo, cual concibe al futuro a partir de la monocultura del tiempo lineal, sirve también como metodología "civilizatoria".

El hombre civilizado "nunca vive puramente en el presente y parece alcanzar, por lo tanto, un mayor grado de conciencia de su libertad que el "hombre salvaje"[9] (que a cada día trata solamente de satisfacer sus necesidades inmediatas).

7 Costas Douzinas, *Thesis on Law, History and Time*, en Melbourne Journal of International Law, No. 2, Melbourne, University of Melbourne, 2006, p. 4.

8 Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta, 2005, p. 167.

9 Nelson Maldonado Torres, *Desigualdad y ciencias humanas en Rousseau y Fanon*, en Frantz Fanon, *piel negra, máscaras blancas*, Madrid, Ediciones Akal, 2009. p. 297.

2.3 La palabra escrita como metodología de estabilizar el espacio

El derecho positivo también estabiliza el *espacio* del colonizado, y una de las metodologías de ello es la noción de "propiedad". Según las teorías desarrolladas por Locke (quien va influenciar el concepto de propiedad en todo el occidente), la *utilización* era la manera adecuada y civilizada de relacionarse con la naturaleza, en contraposición con el "desperdicio" de tierras por parte de las sociedades bárbaras del nuevo mundo. El trabajo individual sobre las tierras es lo que las quitaba del "estado de naturaleza", pasando a ser "propiedad individual privada" del que la *utilizó*. Como las vastas tierras ocupadas por indígenas no poseían el valor agregado del trabajo individual, fueron clasificadas como tierras en "estado de naturaleza" y, por lo tanto, disponibles a la colonización e individualización.[10]

"Propiedad", entonces, representa un espacio de frontera entre seguridad estatal y violencia bárbara. Como explica Blomley:

> Adentro de la frontera [de la propiedad] está la tenencia segura, dominio completo, y derechos de posesión asegurados por el Estado. Al lado de afuera está la incertidumbre y derechos no desarrollados, demandas comunales, y la ausencia de garantías estatales a la propiedad. Adentro está la estabilidad y el orden, afuera el desorden, la violencia y la "vida desnuda.[11]

3. El problema de la traducción de la realidad dinámica a la palabra escrita estable

La aplicación del sistema jurídico positivo estabiliza tiempo y espacio, administra la frontera de la violencia, y hace efectiva y legítima la dominación colonial. En este sentido, indica Williams, "no existe documento de civilización que no sea al mismo tiempo un documento de barbarie".[12]

10 Robert Williams, *Documents*, Madrid, Ed. Akal, 2009, en 31 Ariz. L. Rev. 258, 1989, pp. 249-254.

11 Nicholas Blomley, *Law, Property, and the Geography of Violence: The Frontier, the Survey, and the Grid*, p. 124. [Traducido por la autora] Original en Inglés: Inside the frontier lie secure tenure, fee-simple ownership, and state-guaranteed rights to property. Outside lie uncertain and undeveloped entitlements, communal claims, and the absence of state guarantees to property. Inside lies stability and order, outside disorder, violence and "bare life".

12 Robert A. Williams, p. 239.

En el acto civilizatorio (la "norma fundamental") que constituyó la República del Ecuador a nombre de "Dios, Autor y Legislador de la sociedad" en 1830, el Congreso criollo:

> [N]ombr[ó] a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable. (Art. 68, Constitución 1830)

Objetos del sistema feudal del huasipungo, que no fue más que la continuidad de la encomienda en la República, los "indios ecuatorianos" fueron imposibilitados de disfrutar de derechos de ciudadanía:

> Para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía, se requiere: 1. Ser casado, o mayor de veintidós años; 2. Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero; 3. Saber leer y escribir. (Art. 12, Constitución 1830)

Pese a que la conformación del Ecuador haya significado un acto de rebelión hacia el orden jurídico español, la elite criolla simplemente dio por sentado que heredaban el dominio que la corona española se adjudicó sobre los pueblos del continente americano. Si la "soberanía" de la nueva república sobre los pueblos originarios no fue explicada de manera explícita en la Constitución de 1830, ¿Cuál, entonces, fue la estrategia de colonización utilizada por la narrativa jurídica en la formación del Estado ecuatoriano?

3.1 La estrategia del déficit

Williams argumenta que las estrategias discursivas del racismo, reveladas por *Memmi* en su obra *El colonizador y el colonizado*, son empleadas en la narrativa tradicional para construir una "deficiencia normativa" del orden jurídico comunal. Estas estrategias son las siguientes:

1. Resaltar las *diferencias reales o imaginarias* entre el racista y su víctima.
2. Asignar *valores a estas diferencias*, en ventaja al colonizador y en detrimento de su víctima.
3. Intentar hacer estos valores *absolutos por medio de la generalización* y reivindicarlos como *categorías finales*.
4. Justificar cualquier *agresión o privilegio* posible.

Fanon trabaja sobre este mismo entendimiento. Como ha descrito *Grosfoguel*:

> Fanon pone de relieve que se comienza a sufrir por no ser blanco en la medida en que el hombre blanco impone un sistema social de discriminación racial sobre el colonizado, que lo convierte en un nativo colonial, le priva de todo valor, de toda individualidad, y encima le dice que es un parásito y que debe asimilarse tan pronto como pueda al mundo blanco.[13]

Las estrategias de colonización apuntadas por *Memmi* y *Fanon* (a través de *Williams* y *Grosfoguel*) son evidenciadas en la categorización constitucional del indio como miembro de una *clase inocente, miserable y abyecta*. "Indio" resalta la diferencia, una de las partes de aquello que está fuera del proceso civilizatorio (la otra es el negro); "inocente, miserable y abyecta" es la asignación de valores a esta categoría en referencia y en ventaja del hombre civilizado; "indio" construido como "clase" es una categoría que se presenta como absoluta y universal, justificando, finalmente, la *agresión* hacia los pueblos indígenas y los *privilegios* de los hombres mayores de 21 años; los *hombres* que tienen oficio o propiedad; los que saben leer y escribir, es decir: los *ciudadanos*.

13 Ramón Grosfoguel, "Apuntes hacia una metodología fanoniana para la decolonización de las ciencias sociales", p. 267.

4. La fuerza domesticadora de la palabra escrita: el derecho

Aunque no exista una definición consensuada sobre el significado de la palabra "derecho", algunos autores lo identifican como uno de los instrumentos que ha permitido la organización racional de la vida humana a costa del desencanto.[14] En cuanto instrumento de organización racional, el derecho cobra un sentido disciplinar, es el medio por el cual el Estado canaliza los deseos y aspiraciones humanas, las organiza y regula por medio de criterios racionales, domesticando la naturaleza salvaje del hombre: sólo el "estado de derecho" puede impedir la guerra de todos contra todos que existía en el mundo salvaje y primitivo, donde reina la ley del más fuerte (la ley de la violencia).

Métodos de administrar la violencia, las políticas estatales son definidas con base en su función domesticadora, con el fin de someter el tiempo y el cuerpo de cada ciudadano a una serie de normas y comportamientos definidos y legitimados por el conocimiento.[15] En este proceso domesticador ley y ciencia se justifican de manera simbiótica, como indica *Castro-Gómez*: "las ciencias sociales enseñan cuales son las "leyes" que gobiernan la economía, la sociedad, la política y la historia. El Estado, a su vez, define sus políticas gubernamentales a partir de esta normatividad científicamente legitimada".[16]

La palabra es el vehículo *legitimador* de las tecnologías de domesticación, pues va expresar la construcción de las leyes, de las identidades nacionales, y un mundo definido en términos de inclusiones y exclusiones.[17] La palabra escrita, en cuanto vehículo, implementa instituciones, aplica discursos hegemónicos (como el de las constituciones), indica las fronteras subjetivas entre unos y otros y lleva a cabo el proyecto fundacional de la nación.[18]

14 Santiago Castro-Gomez, "Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da 'invenção do outro'" en Edgardo Lander, *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2005.

15 *Ibíd.*

16 *Ibíd.*

17 *Ibíd.*

18 *Ibíd.*

La palabra escrita, a su vez, contiene en si misma un cierto desencanto que es lo que la hace tan eficiente como vehículo legitimador de las tecnologías de domesticación social. La palabra escrita tiene el don de presentar una realidad estable que sirve de manera eficaz a la pretensión de neutralidad contenida en los relatos científicos.

El acto de escribir textos y crear documentos hechos de tinta sobre papel es, en esencia, el acto de crear y gobernar un "estado de derecho". Para gobernar por medio de la palabra escrita es necesario crear una realidad estable. La palabra escrita transforma la realidad en símbolo convencional, transformando su poder y plasticidad, domesticando la realidad.

Sin embargo no es sólo de la palabra escrita que se vale el derecho en cuanto "disciplina". También existen otros "textos" que otorgan poder al acto de legislar y documentar la realidad. Una constitución, por ejemplo, existe y tiene cierta estructura por una "razón", una cierta historia lineal de auto-superación social. Estos otros textos, sin embargo, no reclaman neutralidad, sino mejoría, evolución, progreso. Son documentos que no solamente estabilizan la realidad, sino la expresan a través de símbolos que responden a la narrativa histórica que es convencional a una determinada cultura o cosmovisión.

Durante las dos últimas décadas las constituciones de América Latina vienen siendo significativamente alteradas de manera tendiente a acomodar los cambios sociales por los cuales pasan sus sociedades. Parte de esos cambios es la conformación de políticas de inclusión de la diversidad social, reconociendo y dando forma a lo que en este lenguaje neutral y documental llamamos *derecho a la diferencia*. Las constituciones de los países andinos tratan con más vigor las demandas articuladas por sociedades indígenas de todo el mundo, llegando a reconocer cuestiones tan complejas como la administración de justicia ancestral, o la autodeterminación de sociedades tradicionales.

La complejidad de estas alteraciones legales reside en la dificultad de refundar una asociación de sociedades cultural e históricamente diversas (estado plurinacional) y expresar esta refundación de la misma manera por la cual se ha colonizado y homogenizado las diferencias (Constitución). Países como Ecuador y Bolivia vivencian este reto: el construir una asociación política con base en un genuino diálogo intercultural. Sin la búsque-

da de este diálogo genuino, el resultado de esos procesos constitucionales es meramente discursivo, "una Constitución que al nivel discursivo defiende la diversidad y la inclusión, pero homogeneizando, ruralizando y tratando como estática esta diversidad que propone incluir".[19]

Desde un punto de vista legal, es posible ver el resultado de estas constituciones desde diferentes maneras. Se puede sostener que el sistema legal de una determinada sociedad camina hacia la inclusión de las diferencias, o que diferentes sociedades caminan hacia el diálogo y mutuo reconocimiento de sus sistemas legales y autoridades. El primer punto de vista nos lleva a pensar en políticas multiculturales de inclusión; el otro nos plantea cuestiones más de fondo, y una de ellas tiene que ver con los límites y potencialidades de las constituciones como modelo documental en el sentido de realmente *refundar* una sociedad.

5. Problemas para el diálogo intercultural en el campo jurídico

La elasticidad retórica del discurso hegemónico jurídico no encuentra fronteras fijas para su potencial colonizador.[20] Si algo puede ser puesto en lenguaje, eso puede adquirir derechos y hacerse sujeto de derechos.[21] El potencial creativo de este discurso también es ilimitado. La narrativa de los derechos humanos universales, por ejemplo, explica la sociedad como algo que puede ser totalmente organizado, una comunidad que puede hacerse no-conflictiva por medio de simplemente respetar los derechos humanos.[22]

En esta sociedad de derechos humanos, la creación de "derechos específicos" para sujetos específicos, por un lado responde a demandas sociales específicas, y por otro evidencia la artificialidad de los sujetos sobre los cuales la narrativa es construida.[23] Sin embargo, como apunta *Douzinas*, la gran paradoja de la cultura de derechos es que cuanto más derechos tengo,

19 Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito UASB/Abya Yala, 2009, p. 78.
20 Costas Douzinas, "Human Rights, Humanism and Desire", en *Angelaki*, 2001, 6:3, p. 196.
21 *Ibíd.*, p. 197.
22 *Ibíd.*, p. 197.
23 *Ibíd.*, p. 199.

menos es mi protección en contra del daño; cuanto más derechos se obtiene, mayor es la interdicción del Estado sobre mi persona, más intensamente mi subjetividad es introducida en la institución del límite, la ley.[24]

El aumento de la interdicción del Estado sobre la subjetividad humana agudiza la paradoja en el caso de las reivindicaciones de sociedades indígenas. Los pueblos indígenas han buscado que la sociedad colonial reconozca sus estructuras y símbolos sociales. Sin embargo, debido a que estas reivindicaciones se han dado *también* en el campo de lo institucional, el resultado ha sido el aumento de la interferencia estatal sobre la subjetividad indígena, quizá en la misma medida en que sus reivindicaciones por autodeterminación han sido reconocidas. Así tenemos una Constitución que al mismo tiempo que reconoce los derechos indígenas lo hace dentro de sus códigos representacionales.

Según el jurista canadiense *James Tully*, una constitución moderna representa un acto en el cual una sociedad se libera a si misma de una cierta costumbre e impone una nueva forma de asociación por un acto de voluntad, razón y acuerdo.[25] *Tully* identificó siete características en el lenguaje del constitucionalismo moderno (post tratado de *Westphalia*) que han sido instrumentos para la exclusión o asimilación de la diversidad cultural.[26] Algunas de estas características persisten en el lenguaje de la Constitución ecuatoriana de 2008, como por ejemplo la suposición de que "el pueblo" es una sociedad de individuos que han estado en un velo de ignorancia (de la diferencia, en nuestro caso) previo a la Constitución; y que este mismo pueblo (aunque conformado por distintos pueblos) ha decidido fundar una asociación política uniforme, pues aunque la Constitución del 2008 establezca el Estado plurinacional, su autoridad máxima sigue siendo central y su *soberanía* sigue radicando en *el pueblo*:

> Nosotras y nosotros, el *pueblo soberano* del Ecuador, reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de *distintos pueblos*, […] como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las for-

24 *Ibíd.*, p. 200.
25 James Tully, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 60.
26 *Ibíd.*, pp. 62-70.

> mas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; […] y, en ejercicio de nuestra soberanía, […]

El *pueblo soberano* en el preámbulo de la Constitución ecuatoriana parece indicar que las personas y pueblos de esta sociedad reconocen una serie de instituciones europeas, tradiciones y formas de interpretación; también parece indicar que este supuesto grupo de personas y pueblos acordaron de manera deliberativa la construcción de aquél documento. El *pueblo soberano* ecuatoriano se presenta, pues, como una comunidad atada por lazos esenciales, tales como la búsqueda de un bien común sustantivo, interpretado por medio de la deliberación pública, y expresado en la Constitución.[27]

Según la narrativa histórica del constitucionalismo europeo, antes de la creación del Tratado de Westphalia (1648) existía una indeseada interposición geográfica de leyes y costumbres que llevaron a la Guerra de los Treinta Años en Europa. En el constitucionalismo moderno el "pueblo soberano", en contraste, establece una Constitución legal y políticamente uniforme: una Constitución de ciudadanos iguales que son tratados de manera idéntica, de un sistema nacional con una autoridad institucionalmente establecida legal y políticamente (en vez de muchas), y una nación constitucional con status legal igual a otras. Según esta narrativa, la disputa de autoridad generada por las constituciones antiguas fue causa de muchas guerras, así que era necesario organizar y centralizar la autoridad en un único cuerpo. Este cuerpo soberano eventualmente reconocería las costumbres sociales y su dinámica; sin embargo la autoridad de la costumbre sería reconocida solamente por las virtudes de este cuerpo soberano y no al contrario. Como apunta *Tully*:

> En las teorías modernas de la soberanía del pueblo, la pluralidad de autoridades ancestrales existentes es eliminada por la construcción del pueblo como el único lugar de la autoridad, y su objetivo como la constitución de un sistema de gobierno uniforme.[28]

27 *Ibíd.*
28 *Ibíd.*, p. 67.

6. El problema de la interpretación de la palabra escrita

El reconocimiento de las demandas indígenas por el sistema positivista legal no termina con el obstáculo del lenguaje, sino que simplemente transfiere la tarea de la interpretación a la tarea de aplicar la ley constitucional, lo que es conocido por los juristas como hermenéutica jurídica.[29] La interpretación es uno de los principales temas del derecho positivo, y conceptualizar la norma es probablemente la más fundamental tarea al aplicar la ley.[30]

Algunos magistrados de la Corte Constitucional ecuatoriana ya han tratado este tema, desarrollando en el sistema colonial de administración de justicia la necesidad de construir una manera intercultural de interpretar la ley. En la sentencia que decidió una acción de incumplimiento propuesta por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi", la Corte reconoció que interpretación intercultural es "la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas."[31] La Corte añadió una referencia a "reglas de interpretación intercultural":

> a) A mayor conservación de uso y costumbres, mayor autonomía; b) Las normas legales imperativas no deben ser invocadas por el solo hecho de existir como norma; c) Los usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas. La nueva clave de interpretación intercultural debe considerar los parámetros que han desarrollado los pueblos indígenas sobre el ALLI CAUSAI, el buen vivir.

Es indudable la importancia jurídica y política de la mencionada decisión en el sentido de aplicar la protección a los derechos de los pueblos indígenas plasmados en la Constitución. Eso, sin embargo, pone en evidencia otros obstáculos a los cuales se enfrentan los pueblos indígenas y afro, para

29 Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Berkley, University of California Press, 1967, p. 348.
30 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, London, Oxford University Press, 2002, p. 20.
31 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 0008-09-SAN-CC, diciembre 2009, p. 27.

aplicar sus propios sistemas de administración de justicia, referidos por la Corte como "sistema de usos y costumbres", que indica la subordinación de la palabra oral por la palabra escrita en el derecho constitucional.

Una de las razones de esta subordinación es que "usos y costumbres" son absorbidos por la narrativa del derecho positivo. En derecho positivo las costumbres crean las normas.[32] En esta narrativa, cuando un comportamiento determinado forma un patrón en determinado grupo de personas, entonces se genera una tendencia a la reproducción de este comportamiento. Eso da inicio a la costumbre. La "costumbre" será un "deber" cuando los miembros del grupo empiecen a esperar un comportamiento específico el uno del otro.[33] En la lógica de este constructo, la norma escrita es una evolución de la costumbre.

En este sentido, cuando la Corte Constitucional determina que los usos y costumbres indígenas prevalecerán sobre postulados normativos, no necesariamente los pone en una misma categoría jurídica, ni mucho menos efectivamente hace con que los costumbres tengan mayor valor que las normas escritas, aunque indica que en algunos casos, especialmente cuando no hay conflictos con el derecho colonial, los pueblos pueden regirse de acuerdo a sus propios sistemas. Cuando estos sistemas, sin embargo, conflictuan con el sistema de valores coloniales, se espera, por lo menos, que las costumbres estén evidenciadas de manera similar a la norma, es decir, el documento. Como apuntan *Chávez y García*:

> [C]ontestar a la pregunta de cuándo se aplica el uno o el otro derecho resulta todavía difícil, ya que el derecho indígena y afro no utiliza en forma sistemática el registro de sus acciones y procedimientos, debido al carácter prioritariamente oral de sus prácticas. La incorporación de las actas escritas, que recogen los acuerdos logrados en la resolución de conflictos, es relativamente nueva, y su uso se justifica más cuando se produce una reincidencia del delito por parte de la misma persona, de tal forma que se le pueda sancionar más enérgicamente.[34]

32 Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law,* p. 232.
33 *Ibíd.*, p. 9.
34 Gina Chávez V. y Fernando García, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, Quito, FLACSO, 2004, p. 199.

La documentación de los "usos y costumbres" indígenas con el fin de validarlos ante la justicia colonial tiene un efecto más incisivo de lo que aparentemente puede percibirse. Mientras la "fuente" del derecho positivo es la palabra escrita (Constitución, leyes, etc.), la fuente del derecho indígena es la experiencia intergeneracional (ancestral). Al obligar que los pueblos documenten sus experiencias con el fin de legitimarlas frente al sistema colonial, se arriesga a que el derecho indígena pase gradualmente a ser absorbido por las formas del derecho positivo, lo que puede traer consecuencias contrarias a las aspiraciones de estos pueblos, como por ejemplo, apartarse de su dinamismo intergeneracional.

Eso, por otro lado, terminaría de configurar un pluralismo jurídico aparente, donde diversos sistemas de justicia coexisten, pero siempre sometidos al derecho y formas estatales, con fuerza coercitiva superior al derecho intergeneracional indígena. Este es efectivamente un problema muy complejo, pues con el afán de proteger los sistemas de justicia indígena la primera respuesta es la documentación y la "cientificación" del mundo indígena. Eso hacemos los abogados cuando defendemos los intereses de los pueblos frente al Estado, y eso también es hecho por otros profesionales y académicos que activamente defienden la aplicación de la justicia indígena. García, por ejemplo, al defender la posibilidad de convivencia entre derecho estatal y derecho indígena, sostiene que:

> (…) toda norma jurídica, sea ley, sea costumbre, tiene que estar bajo la Constitución, y en eso también es interesante anotar que los aportes de la Antropología Jurídica muestran cómo debe entenderse la Constitución de acuerdo con la cultura de cada pueblo. No es que toda interpretación debe ser igual, la interpretación debe ser de acuerdo con la cultura en donde se aplique la norma. En este aspecto son importantes los aportes hechos por los fallos dictados por la Sala Constitucional colombiana a partir de 1992.[35]

Sin embargo, al mirar la documentación sobre las "costumbres indígenas" como una manera efectiva de protegerlas, se corre el riesgo de que gradualmente la fuente del derecho indígena pase de ser intergeneracional a ser documental, con todos los efectos que ello conlleva.

35 Fernando García S., "El estado del arte del derecho indígena en Ecuador", en *Revista IIDH*, Vol. 41 2005, p. 165.

7. El significado y la traducción de derecho

Las costumbres, los deberes y, luego, la ley, serán expresadas y transmitidas por medio de códigos culturales de comunicación social. El derecho positivo es creado, interpretado y aplicado por medio del lenguaje; y el lenguaje fue utilizado de manera violenta por los estados coloniales para dominar los pueblos indígenas, "subordina[r] las diferencias a cartografia[r] una imagen en su código heurístico del nombramiento".[36] El mero reconocimiento de un estado plurinacional no elimina barreras culturales o lingüísticas, ni tampoco borra siglos de violencia hacia los pueblos indígenas por medio del lenguaje. La creación de un estado plurinacional es simplemente *parte* de un proceso de reconocer el pasado con miras a cambiar efectivamente el futuro, refleja el compromiso social de una elite política de construir un estado que abarque las diferentes visiones de las diferentes culturas.

Expresado por medio del lenguaje, el derecho positivo ha tenido que recrear sus códigos para acomodar las demandas de los pueblos indígenas. Por un lado, los pueblos indígenas han continuado su lucha de presentar sus demandas de manera que puedan ser comprendidas por los políticos y los juristas, y eso no viene siendo una tarea sencilla. De hecho, cuando los indígenas de todo el mundo empezaron a traducir sus demandas en los foros de derechos humanos, el lenguaje legal fue un gran obstáculo. Fue necesario que esos pueblos interpretaran sus demandas en el marco del derecho positivo internacional para empezar a comunicarse. Muy probablemente uno de sus primeros desafíos fue el traducir su identidad (pueblos) dentro del mismo sistema. Como apunta el jurista canadiense *Tully*:

> Cuando… los pueblos indígenas luchan por reconocimiento, ellos están restringidos a presentar sus demandas en el vocabulario normativo disponible a ellos. Eso es, ellos buscan reconocimiento como 'pueblos' y 'naciones', con 'soberanía', o el derecho a la 'auto-determinación', aun cuando esos términos puedan distorsionar o describir mal la demanda que a ellos les gustaría presentar en su propio lenguajes.[37]

36 Catherine Walsh, *Estudios (inter)culturales en clave de-colonial*, Tábula Rasa, 2010.
37 James Tully, "The Struggles For and Of Freedom" en Duncan Ivison Ed., *Political Theory and*

Durante las clases de introducción al derecho que impartí en febrero del 2010 para un grupo de 24 líderes de comunidades amazónicas en las instalaciones de la CONFENIAE en la ciudad de Puyo, los estudiantes identificaron el significado de las palabras "ley" y "derecho" en sus propios lenguajes. Después de identificar una palabra en su propio idioma que, a su criterio, traducía los conceptos que estábamos trabajando, ellos también escribían otros usos que daban para aquella misma palabra. Algunos de los resultados fueron los siguientes:

En comunidades shuar "derecho" fue traducido como *iniu ataichum,* o *iniu atinchamnia* (que también puede ser traducido como "nuestra necesidad; lo que nadie puede quitar; lo que existe desde su concepción"). *Iniu* es utilizado para designar lo que pertenece a un colectivo, y *winiar* a un individuo. "Ley" como *chicham iwiarkamu*, (palabras ordenadas), o *umitiai chicham* (palabra mandada, ordenada, obedecer).
En su exposición, el estudiante shuar Catani nos explicaba que:

> (…) derecho es lo que no tiene inicio ni fin, un orden que existe para las personas igual que para los animales. También llamamos *enentai* (pensamiento, sabiduría, cosmovisión). Las leyes nacen de las necesidades del hombre, del pensamiento del hombre, sea consuetudinario o escrito. La ley colonial es escrita por un grupo de personas con el fin de apoderarse de la propiedad ajena.[38]

Según los estudiantes zápara, "derecho" puede ser traducido como *akamaru*, palabra que también se traduce como "el manejo del mundo; una forma de estudiar para ser *ximanu* (sabio curador); medio ambiente; la comprensión de los elementos que forman nuestra tierra".[39] "Ley" es *aritiaku*, espíritu que, por ejemplo, "nos ayuda a saber de qué manera podemos tumbar un árbol, en cuál mes y día; si hacemos de otra manera perdemos relación con el mundo de los sueños".[40]

the Rights of Indigenous peoples, Oakleigh, Cambridge University Press, 2000, p. 39.

38 Silverio Tixi Catani.

39 Bartolo Ushigua.

40 *Ibíd.*

Después de escucharlos y tratar de comprender su perspectiva, yo debía ofrecer la definición de "derecho" que es utilizada en el contexto occidental, es decir, la definición técnica de derecho (colonial). Sin embargo, no existe una única definición técnica sobre qué es "derecho". ¿Sobre qué, entonces, estábamos hablando? Si no estábamos claros sobré que era, en primer lugar, "derecho" o "ley", entonces muy probablemente estuviéramos haciendo un simple ejercicio de *renombramiento* intercultural.

Según la teoría positivista, sólo es "derecho" el aparato normativo cuya fuente es el Estado. Pero aun así, no existe un consenso entre los juristas positivistas sobre el significado de la palabra "derecho". Algunos juristas entienden que la carga emotiva que contiene la palabra derecho es uno de los inconvenientes que suele generar equívocos entre las discusiones de los juristas. Según Santiago Nino:

> "Derecho" es una palabra con significado emotivo favorable. Nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente. Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión, y en el caso de "derecho" explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas.[41]

Ahora, si no existe un consenso sobre el significado de "derecho" entre los positivistas, la tarea de encontrar su significado se torna aún más compleja cuando navegamos por las aguas del pluralismo jurídico. Al no tener una definición clara sobre la esencia de lo que nos referimos con "derecho" cuando utilizamos la palabra en el sentido jurídico-colonial, corremos el riesgo de simplemente extender el significado de "derecho" hacia las prácticas de otras culturas, transgrediendo fronteras entre lo social y lo jurídico, renombrando y apropiándose de otras prácticas a partir de definiciones funcionalistas que recogen las características típicas del derecho

41 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 16.

colonial y, principalmente, a una de sus funciones, el control social. En su exposición sobre las críticas que reciben las teorías del pluralismo jurídico *Bonilla* señala lo siguiente:

> Asumiendo una perspectiva funcionalista, [los pluralistas] terminan afirmando que el fin de un sistema jurídico, y por tanto el elemento que lo distingue de otros sistemas normativos, es el control social; asumiendo un punto de vista escencialista, terminan afirmando que lo que distingue al derecho de otros órdenes normativos es aquello que caracteriza al derecho estatal: la identificación y aplicación institucionalizada de normas y la existencia de patrones concretos de orden social.[42]

¿Será posible, entonces, fundamentar un concepto transcultural de "derecho" que permita identificar en diferentes contextos culturales la presencia de "derechos", sin caer en lo que los críticos de las teorías de pluralismo jurídico llaman "etnocentrismo epistemológico"?.[43] O dicho de otra manera, ¿es posible reivindicar prácticas sociales subordinadas a las prácticas coloniales al mismo tiempo que se renombra (y se apropia) de sus discursos?

8. Conflicto de autoridades en un estado plurinacional

Para seguir con el ejercicio de construir un pensamiento crítico jurídico que contribuya a la consolidación del proyecto de plurinacionalidad, trataré de ubicar la problemática del desacuerdo societal y los conflictos de autoridad en un campo más concreto, los conflictos de autoridad sobre la utilización de los recursos naturales en tierras indígenas.

La noción jurídico occidental de soberanía del Estado legitima, *inter alia*, el control y autoridad gubernamental (estatal) sobre los recursos naturales no renovables de determinado territorio. La Constitución ecuatoriana, al mismo tiempo que preserva este postulado,[44] protege los derechos

42 Daniel Bonilla Maldonado, et. al, *Pluralismo Jurídico,* Bogotá, Siglo del Hombre, 2007, p. 58.

43 *Ibíd.*, p. 59.

44 Constitución Ecuatoriana, Art. 317 (Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de

de los pueblos indígenas al autogobierno, a sus sistemas autóctonos de ejercicio de autoridad, y a la manutención de sus sistemas tradicionales de tenencia de tierras.[45] Esta es una de las maneras por las cuales la Constitución mantiene la dicotomía de suelo *versus* subsuelo, producto de una construcción positivista reflejada en la palabra desencarnada.

Evidentemente que cuando los recursos del subsuelo se encuentran en tierras indígenas, el ejercicio de la potestad del Estado de explorar esos recursos afectará, inexorablemente, los derechos al autogobierno y ejercicio de autoridad del pueblo que habita tal territorio. La Constitución postula que los pueblos indígenas tienen autoridad para decidir como administrar los recursos de sus tierras; mientras que los estados tienen autoridad para decidir sobre la administración de los recursos del subsuelo en todo el territorio ecuatoriano. Cuando dos o más actores tienen autoridad para tomar decisiones que afectarán de manera directa la misma población, los mismos recursos, y la misma área geográfica, entonces tenemos un conflicto de autoridades.

Autoridad, desde la perspectiva jurídica occidental colonial, también parte del presupuesto Hobbesiano (rescatado en las teorías de derecho positivo) de que ha existido un acuerdo entre individuos humanos de construir una sociedad que responda a las necesidades individuales. Así que el problema con definir autoridades dentro del esquema constitucional, es que este orden (positivista-colonial) parte del presupuesto de que "la socie-

carácter ambiental, cultural, social y económico.); Art. 408 (Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.)

45 *Ibíd.,* Art. 57 (Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovable en sus tierras. […] 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.)

dad se ordena en torno de un limitado conjunto de patrones históricamente invariables, por lo cual los componentes de una sociedad guardan entre sí relaciones continuas y consistentes en razón de sus respectivas funciones y éstas, a su vez, son inherentes al carácter de cada elemento".[46]

Dicho de otra manera, el problema con la protección de la pluriversalidad jurídica bajo un orden constitucional desagua en el problema de la totalidad, tal como fue propuesto por *Quijano*. Si el sistema jurídico en Ecuador, en lo que dice respecto a la resolución de conflictos, sigue operando de la misma manera que operaba antes de la invención del Estado pluricultural (y posteriormente plurinacional), y si este orden jurídico sigue funcionando a partir de una concepción de totalidad (la norma fundamental que orienta y define el conjunto de relaciones sociales), entonces tenemos que el "bien jurídico" (la pluralidad) que este orden protege pasa a ser parte del todo (la Constitución en cuanto sistema jurídico occidental). En este caso, los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, y la definición de Estado plurinacional pasarían a ser una mera particularidad del constitucionalismo occidental ecuatoriano. Como indica *Quijano*:

> El eurocentrismo ha llevado a virtualmente todo el mundo, a admitir que en una totalidad el todo tiene absoluta primacía determinante sobre todas y cada una de las partes, que por lo tanto hay una y sólo una lógica que gobierna el comportamiento del todo y de todas y de cada una de las partes. Las posibles variantes en el movimiento de cada parte son secundarias, sin efecto sobre el todo y reconocidas como particularidades de una regla o lógica general del todo al que pertenecen.[47]

Siendo el Derecho positivo una manera de administrar la violencia, los acuerdos realizados bajo esta construcción mantienen la manera occidental (y "civilizada") de producir autoridad (coerción y sanción) y se valen de ello para definir nuevos sujetos jurídicos como también los comportamientos que de ellos se espera. La ley pasa a definir la frontera entre qué es comportamiento legítimo y qué es insubordinación y barbarie.

46 A. Quijano, "Colonialidad del Poder y Clasificación Social", en *Journal of World-Systems Research*, VI, 2, 2000, p. 345.

47 *Ibíd.*, p. 352.

Cuando las reivindicaciones sociales indígenas o afroecuatorianas se plasman en la Constitución, se hace visible que estamos trabajando bajo el supuesto de que es posible reorganizar la sociedad sin alterar el orden estatal vigente, el Estado de Derecho. El problema con esto es que la elite blanca ecuatoriana hasta puede estar de acuerdo, en abstracto, de que los indígenas y los afroecuatorianos tienen algunos derechos que hasta entonces les fueron negados, pero muy pocos están realmente dispuestos a alterar su propio status de manera a construir un orden pluriversal. En otras palabras, el orden constitucional ecuatoriano arriesga ser un instrumento de reacomodo multicultural basado el dilema del interés convergente: los intereses de los indígenas, afroecuatorianos y otros sujetos serán acomodados en la medida que sus intereses convergen con los intereses con los grupos de poder dominantes.[48]

9. Reinstaurar una realidad jurídica

Si partimos de la idea de que el estado plurinacional tiene por fuente una voluntad del "pueblo soberano" de crear una sociedad unitaria pero ordenada en el reconocimiento de la diferencia, quizá sea útil que desde la teoría empecemos a mirar el "derecho" como un sistema amplio de comunicación entre diferentes comunidades sociales, lo que nos permitirá buscar sus puntos de coincidencia, en lugar de trabajar desde el enfoque en los puntos de conflicto entre esos sistemas.

Como constructo simbólico, "derecho" es la combinación de signos lingüísticos y legales, palabras e imágenes, símbolos y fantasías.[49] Entonces no estamos impedidos de proponer un nuevo contrato social imaginario o, como sugiere *Douzinas*, un contrato que pueda oponer su verdad ficticia a la mentira del imaginario e instalar (o reinstalar) una regla de juego en la ausencia de cualquier regla, en un tiempo en el cual "La Verdad" del derecho no es más ciegamente creída.[50]

48 Ver Derrick A. Bell, Jr., "Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma", en *Harvard Law Review*, Vol. 93, No. 3, 1980, pp. 518-533.

49 *Ibíd.*, p. 196.

50 *Ibíd.*, p. 201.

Podríamos inscribir el esquema jurídico del Estado plurinacional en este nuevo pacto social imaginario, cuya verdad ficticia sea el mutuo reconocimiento societal (sociedades que se reconocen mutuamente la una a la otra). Como las formas de reconocimiento no son fijas o definitivas, las maneras de asociarse y de expresar este pacto tampoco deben pretender serlo.

En esta visión, la relación entre distintos "derechos" pudiera ser entendida como *sistemas que se reconocen* y no sistemas que se contraponen. Esta visión nos permitiría buscar los puntos de tensión entre diferentes sistemas en sus encuentros, en vez de enfocarnos en sus diferencias. Este constructo permitiría que entendiéramos una constitución como "una serie sin fin de contratos y acuerdos, alcanzados por períodos de diálogo intercultural; más que un contracto original del pasado distante, que una situación discursiva ideal de los días de hoy, o que una unidad mítica de la comunidad en el constitucionalismo liberal y nacional".[51] El desafío de esta tarea reside en las diferencias conceptuales respecto a la fuente del orden sistémico y las maneras de aplicar esos órdenes.

Chávez y *García* consideran que este diálogo intercultural debe intervenir sobre "la relación entre derechos humanos y derecho indígena; derechos individuales y derechos colectivos; derechos de las mujeres y 'usos y costumbres'; competencia, jurisdicción y pluralismo jurídico, interlegalidad e interculturalidad".[52] Yo añadiría a esta reflexión que este diálogo no puede darse de manera genuina a menos que, como propone *Fanon*, las relaciones intersubjetivas sean consideradas al mismo tiempo que las estructuras sociales; a menos que las autoridades estatales, los profesionales del derecho colonial, y la sociedad civil en general estén dispuestos a asumir "un compromiso por la liberación no del pueblo o de los ciudadanos, sino del pueblo-propiedad, esto es, de los condenados de la tierra", es decir, "un nuevo ideal de convivencia (el humanismo decolonizador)".[53]

51 James Tully, *Strange multiplicity. Constitucionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, 2006, p. 26.

52 Gina Chávez V. y Fernando García, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana,* Quito, FLACSO, 2004, p. 211.

53 Nelson Maldonado-Torres, *Desigualdad y ciencias humanas* en Russeau y Fanon, en Frantz Fanon, *Piel negra, máscaras blancas*, Madrid, Ediciones Akal, 2009, pp. 305, 306.

10. Ruta potencial, la hermenéutica analógica

Como he sugerido *supra*, una discusión teórica sobre la convivencia de diferentes sistemas de justicia pudiera estar enfocada en la noción de mutuo reconocimiento, un pacto que indica sociedades que gradual y dinámicamente se reconocen la una a la otra. Una de las dificultades de esta propuesta son las diferencias conceptuales respecto a la fuente de las reglas para impartir justicia y las formas de su aplicación. La fuente de las leyes positivistas es el Estado; la fuente del derecho comunal es la experiencia intergeneracional.

Es decir, son sistemas de administración de lo "correcto" que parten desde premisas y formas diferentes (pues para el derecho positivo lo que no está escrito no existe). Aún así es obviamente necesario encontrar puntos de articulación si es que queremos trabajar el "derecho" desde sus puntos de coincidencia, como un solo lenguaje social y no diversos lenguajes que están en permanente conflicto.

Para trabajar con sistemas plurales no es necesario partir del presupuesto de que todos los puntos de vista son igualmente buenos, sino "introducen la posibilidad de que los miembros de las diversas culturas se interpreten unos a otros a pesar de su diversidad".[54] Así que en vez de buscar el acuerdo total, podemos buscar la cooperación y coordinación por medio de acuerdos mínimos que puedan ser logrados a partir del diálogo sobre los intereses que son comunes pese a las diferencias de valores. Para eso no sería necesario partir de un universalismo (el derecho positivo), sino a partir de una interacción dialógica cuyas reglas de procedimiento y conceptos substanciales sean construidos con base en el acuerdo.[55]

Así, el futuro de la teoría del pluralismo jurídico tiene que ver con la consideración de que el derecho es una práctica discursiva y cognitiva que puede adoptar distintas formas y que puede estar presente en distintos espacios. De esta manera nos sería posible abandonar el énfasis de la teoría en las propiedades estructurales o en las funciones de un sistema para concentrarse en el estudio de los discursos y prácticas que se definen a si mismos como jurídicos.

54 Samuel Arriarán y Mauricio Beuchot, *Filosofía, Neobarroco y Multiculturalismo*, México D.F., Editorial Itaca, 1999, pp. 187, 188.

55 *Ibíd.*, pp. 187, 188.

Como ha sido afirmado por *Dussel*, "un diálogo intercultural debe ser trasversal, es decir, debe partir de otro lugar que el mero diálogo entre los eruditos del mundo académico o institucionalmente dominante".[56] Partiendo de esta premisa, que además indica que tal diálogo no debe suponer "la ilusión de la simetría inexistente entre las culturas",[57] tenemos un ideal de convivencia que contiene una exigencia ética ubicada en la escucha: "el abrirse para recibir exige preliminarmente un abrirse para escuchar y, de este modo, quedar legítimamente habilitado para poder dar".[58]

Para eso, quizá se haga necesario ubicar o construir una cierta identidad transcultural y transindividual que permita la comunicación.[59] Desde mi experiencia en las clases con los estudiantes indígenas, no es posible traducir literalmente todos los conceptos sobre la organización del mundo, pero sí hacer una analogía. Como indican *Arriarán* y *Beuchot*, en este tipo de traducción hay que conjugar "lo universal y lo particular sin borrar o destruir a ninguno de los dos, aunque sí dando predominio a uno de ellos, a saber, lo particular y concreto… La analogía se consigue mediante diálogo, es dialógica",[60] y permite un diálogo no-impositivo:

> En efecto, la lógica analógica permite manejar conceptos y términos que no son perfectamente unitarios o unívocos, pero sin caer en la equivocidad, en la anfibiología. Permite un discurso diferenciado que no sea falaz o sofístico. Permite manejar diferencias, pero sin que se pierda el rigor inferencial.[61]

Esta propuesta, sin embargo, plantea una gran exigencia ética para los sistemas de pensamiento en conflicto, pues no se trata ya simplemente de imitar/recrear sino de dar marcha generosa a un flujo alterativo de la verdad. Flujo en el cual los campos en disputa se dejan afectar a fondo (dan y reciben), se contaminan y se transforman mutuamente. La tarea es encontrar maneras de libe-

56 Enrique Dussel, *Transmodernidad e interculturalidad (Interpretación desde la Filosofía de la Liberación)*, México, UAM.Iz., 2005.

57 *Ibid.*

58 Mario Valencia, *Epistemología y gramática de la representación del sistema mundo moderno colonial*, Programa de Doctorado en Estudios Culturales Latinoamericanos, UASB, 2010.

59 Samuel Arriarán y Mauricio Beuchot, *Filosofía, Neobarroco y Multiculturalismo,* México D. F. Editorial Itaca, 1999, p. 146.

60 *Ibíd.*, pp. 154, 155.

61 *Ibíd.* p. 191.

rar el sentido del lenguaje para construir significados compartidos cuyos límites se han dado por una ética del diálogo responsable.[62] En palabras de Macas:

> Debemos llegar a acuerdos, consensos entre los diferentes sectores hacia la construccióin de una sola agenda, una propuesta de lucha y al entendimiento del Sumak Kawsay. El objetivo es recuperar y desarrollar nuestros sistemas de vida, instituciones y derechos históricos, anteriores al Estado, para descolonizar la historia y el pensamiento.[63]

Bibliografía

Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights, London*, Oxford University Press, 2002.

Arriarán, Samuel y Mauricio Beuchot, *Filosofia, Neobarroco y Multiculturalismo,* México D.F., Editorial Itaca, 1999.

Bonilla, Maldonado, Daniel, et al, *Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007.

Costas Douzinas. *Human Rights, Humanism and Desire*, en *Angelaki*, 6:3, 2001.

Castro-Gomez, Santiago, "Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da 'invenção do outro'" en Lander, Edgardo, *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2005.

Chávez, Gina V. y García, Fernando, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografia jurídica indígena y afroecuatoriana*, Quito, FLACSO, 2004.

Dussel, Enrique, *Transmodernidad e interculturalidad (Interpretación desde la Filosofía de la Liberación),* México, UAM.Iz., 2005.

Fanon, Frantz, *Piel Negra, Máscaras Blancas*, Madrid, Ediciones Akal, 2009.

————, *Por la Revolución Africana*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965.

García, Fernando S. "El estado del arte del derecho indígena en Ecuador", en *Revista IIDH*, Vol. 41 2005.

62 Mario A. Valencia, *Epistemologia y gramática de la representación del sistema mundo moderno colonial.*

63 Luis Macas, Sumak Kawsay: La vida en plenitud, en América Latina en Movimiento, No. 452, Quito, ALAI, 2010, p. 16.

Grefa, Graciela, Bartolo Ushigua, José Ushigua, *Trabajo presentado a la clase de Instroducción al Derecho*, Proyecto Sasiku/Universidad de Cuenca, Puyo, 2009.

Grosfoguel, Ramón, *Hacia un pluri-versalismo transmoderno decolonial*, Tábula Rasa, No. 9, 2008.

Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, Berkley, University of California Press, 1967.

Macas, Luis, "Sumak Kawsay: La vida en plenitud", en *América Latina en Movimiento*, No. 452, Quito, ALAI, 2010.

Maldonado-Torres, Nelson, "Desigualdad y ciências humanas en Russeau y Fanon", en Frantz, Fanon, *Piel negra, máscaras blancas*, Madrid, Ediciones Akal, 2009.

Nicholas Blomley, "Law, Property, and the Geography of Violence: The Frontier, the Survey, and the Grid", en *Annals of the Association of American Geographers*, 93:1.

Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1984.

Quijano, Aníbal, "Colonialidad del Poder y Clasificación Social", *Journal of World-Systems Research*, VI. 2, 2000.

Sousa, Santos, Boaventura de, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta, 2005.

Tully, James, *Strange multiplicity. Constitucionalism in an age of diversity*, Cambridge, University Press, 2006.

————, *The Struggles For and Of Freedom* en Duncan Ivison ed., *Political Theory and the Rights of Indigenous peoples*, Oakleigh, Cambridge University Press, 2000.

Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, UASB/Abya Yala, 2009.

Normas y jurisprudencia

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 0008-09-SAN-CC, diciembre 2009.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 0008-09-IN, marzo 2010.

Constitucionalismo y pluralismo jurídico: balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho Indígena en el Ecuador

Raúl Llasag*

Resumen
Este trabajo recorre dos líneas de análisis respecto del pluralismo jurídico y el derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas. La primera busca establecer los avances en la normativa constitucional vigente; y, la segunda se enfoca en la práctica judicial y de las manifestaciones del poder. El autor presenta una brecha importante entre estas dos líneas, entre el avance normativo y el fracaso de implementación.

Palabras clave
Derechos colectivos, derecho indígena, Estado-nación, Estado plurinacional, colonialidad, interculturalidad, justicia indígena, plurinacionalidad.

* Abogado kichwa de Cotopaxi, doctor en jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador; Magíster en Derecho Constitucional y docente de Justicia indígena por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

I. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo realizar un balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho Indígena en el Ecuador. Este balance al menos puede tomar dos caminos, el primero un análisis normativo y el segundo una investigación del estado de situación en los hechos concretos.

Este artículo pretende ensayar los dos caminos indicados, por ello, en una primera parte realizaré un análisis normativo muy ligero del Derecho Indígena en el Ecuador, hasta llegar al "Estado constitucional de derechos y justicia… plurinacional e intercultural"; y, en una segunda parte trataré de realizar una balance de la aplicación del reconocimiento constitucional del Derecho Indígena en el Ecuador, tomando como referencia algunos casos concretos y las pocas investigaciones realizadas en el Ecuador.

II. Análisis normativo del reconocimiento del Derecho Indígena en el Ecuador

Boaventura de Sousa Santos al analizar la pluralidad de campos socio-jurídicos en el contexto de la globalización, explica que en los tiempos contemporáneos coexisten sistemas jurídicos paralelos tanto a nivel estatal como a nivel interestatal.[1] Ello significa que el pluralismo jurídico es un fenómeno en el que no sólo interactúan los órdenes estatales nacionales y los indígenas, sino también órdenes internacionales. En el presente ensayo me interesan los espacios y tiempos nacionales y locales. Y concretamente me centraré en la coexistencia del Derecho ordinario y el Derecho Indígena.[2]

1 Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Santa Fe de Bogota, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 1998, p. 19, Trad. César Rodríguez.

2 Derecho Indígena entendido como "un sistema de normas, prácticas, valores, procedimientos y autoridades/instituciones que sirven para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden, así como las reglas para cambiar las reglas; que tiene legitimidad y eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico" Raquel Yrigoyen Fajardo "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y

Por otro lado, la coexistencia o articulación del Derecho ordinario y del Derecho indígena[3] no es un fenómeno nuevo, sino consecuencia "del proceso de colonización emprendida desde Europa en el siglo XVI, específicamente desde el imperio español, poder hegemónico de aquel entonces a partir del cual los ordenamientos de los pueblos sometidos fueron subordinados dentro del orden jurídico colonial".[4] Por ello, me permito realizar una breve referencia de esa coexistencia o articulación en diferentes etapas, iniciando por la colonia.

1. Derecho indígena en la colonia

La invasión española inaugura lo que *Raquel Yrigoyen Fajardo* denomina un modelo de segregación, pues, consolidada la conquista y establecidos los virreinatos, procedieron a convertirnos en "República de Indios" o "pueblos de indios", por otro lado se constituyeron "Repúblicas de españoles o de Dios" o "villas españolas", contando cada una de ellas con su propio sistema de autoridades y normas. En ese contexto el Derecho indiano no solamente establece un régimen de separación física y diferenciación legal que se implementó desde el siglo XVI hasta inicios del XIX, sino también se implantó un sistema de jerarquía y sumisión, en donde la "República de Indios" quedó sometida a la "República de españoles o de Dios", lo cual nos convirtió en sujetos de cargas coloniales como los tributos, trabajo forzoso, penas especiales, bajo régimen legal diferenciado. Para justificar todo ello crearon la ideología de la "inferioridad natural del indio".[5]

el constitucionalismo andino", en Mikel Berraonda, coord. *Pueblos indígenas y derechos humanos,* Bilbao, Universidad de Deusto, 2008, p. 538.

3 Esta coexistencia o articulación es considerada por algunos autores como pluralismo jurídico, que siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, es un término que tiene connotaciones normativas y que tampoco tiene nada de progresista o emancipatorio, por ello y toda vez que mi intensión es analizar el reconocimiento del Derecho Indígena prefiero hablar de articulación o coexistencia del Derecho ordinario y Derecho indígena, por su puesto no existe un solo Derecho indígena sino varios dependiendo de cuantas comunidades indígenas existen.

4 Marcelo Bonilla Urvina, "Pluralismo jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena", en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistema jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiffung, 2008, p. 52.

5 Raquel Yrigoyen Fajardo, "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", en Mikel Berraonda, coord.,

Lo que nos interesa para efectos de este ensayo es, que esta separación, segregación y diferenciación permitió que las leyes de indias conserven los "usos y costumbres de los indios", siempre y cuando no contradijeran con la religión católica, la ley divina y natural, en definitiva siempre que no contradigan el orden económico político colonial.

Según las leyes de indias, los alcaldes de los "pueblos de indios" así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero sólo para pleitos entre indios en casos en que no ameritaban pena grave, es decir, para casos menores. Los casos graves pasaban al corregidor español y las audiencias y se les aplicaba un régimen diferenciado.[6]

2. Derecho Indígena en el Estado nación

La *independencia* del Ecuador de 1830, influida por la corriente liberal que se gestaba en esa época en Europa, impuso el modelo Estado-nación liberal europeo, modelo que se importó de Europa a Ecuador, que en teoría pretendía "contrarrestar los privilegios de sangre, de influencia familiar o las prebendas burocráticas de la herencia colonial, con el propósito de construir una nación de ciudadanos libres e iguales ante la ley".[7] Por tanto, era una propuesta emancipatoria, pero del sector de la burguesía.

Siguiendo a *Boaventura de Sousa Santos*, debemos precisar que el modelo de Estado-nación no fue impuesto en el Ecuador como producto del ascenso de una burguesía, sino parte de un proceso de recambio de una élite colonial por otra élite blanco mestiza, que dio lugar a la prolongación de la estructura de subordinación cultural que se originó en la colonia.[8]

Pueblos indígenas y derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, p. 540; Ramiro Molina Rivero, *Una aproximación histórica y contemporánea al Derecho indígena: el tratamiento de la Ley de Justicia comunitaria en Bolivia"*, p. 56.

6 *Ibíd.*, p. 56.

7 Esther Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas en Colombia,* Santa Fe de Bogotá, UNIJUS, 1998, p. 21.

8 Boaventura de Sousa Santos, *La reinvención del Estado y el Estado plurinacional,* Santa Cruz de Bolivia, 2007, CENDA – CEJIS – EDIB, p. 22.

En la fusión Estado-Nación, ciudadanía y nacionalidad "descansa uno de los principios rectores del Estado moderno; el de la homogeneidad cultural, al cual se subordinan el de la igualdad y libertad. Es a partir de esta subordinación como se produce la exclusión de "los otros" internos (grupos indígenas, naciones sin Estado) y "los otros" externos (inmigrantes)".[9] La idea de la fusión entre ciudadanía y nacionalidad se mantiene aún en las constituciones de 1998 y 2008 cuando desarrollan el concepto de ecuatorianos y ciudadanía.[10]

Bajo esos principios, constitucionalmente son ciudadanos,[11] únicamente, los que poseyeran un bien raíz, rentas y educación:

> 1. Ser casado, o mayor de veintidós años; 2.- Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, ó ejercer alguna profesión, ó industria útil, sin sujeción á otro, como sirviente doméstico, ó jornalero; y, 3.- Saber leer y escribir.[12]

La exigencia de poseer un bien raíz y rentas como condición para ejercer la ciudadanía o ser sujeto de derecho, subsiste hasta la Constitución de 1852. En el caso de las mujeres, hasta 1929 no eran consideradas como ciudadanas y solo la Constitución de ese año posibilitó su ciudadanía. Y la exigencia de la educación, subsiste hasta la Constitución de 1967 vigente hasta 1978.

Desde esta concepción del Estado-Nación, los colectivos indígenas constitucionalmente no existen, si revisamos las constituciones de 1830 hasta 1998 no hacen referencia de ninguna naturaleza. Los miembros de

9 Marcelo Bonilla Urvina, "Pluralismo jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena", p. 62.

10 Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, "*Art. 6.-* (Clases de ciudadanía).- Los ecuatorianos lo son por nacimiento o por naturalización.
Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tale, gozan de los derechos establecidos en esta Constitución"
La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional"

11 Frente al concepto de *súbdito* introdujeron el de *ciudadano*, y el sujeto de soberanía dejaba de ser el rey para ser la nación. Sus criterios estaban basados en el racionalismo, la libertad individual y la igualdad ante la ley, al margen de consideraciones étnicas o culturales.

12 Constitución Política del Ecuador de 1830, Art. 12.

los colectivos indígenas estamos vedados de ejercer la ciudadanía no sólo por no poseer bien raíz, renta y educación, sino también por la condición permanente de menores de edad que nos dieron en la colonia. Constitucionalmente fuimos concebidos así: "Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable".[13]

Las constituciones de la revolución liberal y posterior a ella, inauguran una nueva política de asimilación y paternalista con respecto a los miembros de los colectivos indígenas, así:

- Los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social.[14]
- Los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social; y tomarán especialmente las medidas más eficaces y conducentes para impedir los abusos del concertaje.[15]
- Los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social, muy especialmente en lo relativo a su educación y condición económica.[16]

En definitiva la estructuración del Estado Nación, implicó para el Ecuador el desarrollo de la idea de una nación (uninacionalidad), de un territorio común (homogeneidad territorial), que está sujeto a una institucionalidad centralizada, regido por leyes comunes (monismo jurídico), con un sistema económico capitalista-neoliberal, con un sistema democrático (representativo) y que participa de una sola cultura (monocultural).[17]

13 Constitución Política del Ecuador de 1830, Art. 68. Las constituciones Políticas del Ecuador de 1897, 1906 y 1929, en los artículos 138, 128 y 167, mantienen una posición paternalista estatal y visión de asimilación.

14 Constitución Política del Ecuador de 1897, Art. 138.

15 Constitución Política del Ecuador de 1906, Art. 128.

16 Constitución Política del Ecuador de 1929, Art. 167.

17 Véase, Raúl Llasag Fernández , "La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad", en Santiago Andrade, Claudia Storini y Agustín Grijalva, (eds.), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones,* Quito, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional / UASB, 2009.

En lo que nos corresponde, es decir, respeto al Derecho indígena, el Estado-Nación no puede tolerar la existencia del pluralismo jurídico, consecuentemente no puede aceptar que el Derecho Indígena coexista en la República del Ecuador. Bajo esa visión, desde la Constitución de 1830 hasta 1978, se mantiene la idea central, de que la Función Legislativa es el único órgano encargado de crear e interpretar las leyes; y, a la Función Judicial cómo único organismo encargado de administrar justicia.

Esta visión es reflejada en la tradición positivista desarrollada por Hans Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, que consideraba, que el objeto de la ciencia jurídica, era única y exclusivamente el derecho positivo o norma jurídica positiva creada por el Estado. La validez de la norma jurídica, se determina únicamente por el procedimiento preestablecido.[18] Por tanto, desde esta visión, la ciencia jurídica es descriptiva y no interpretativa. Para ello elimina de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños, como la psicología, biología, moral, teología, sociología, antropología etc. Siguiendo a Kelsen, "el objeto de la ciencia jurídica no puede ser el sentido subjetivo de un acto… sino su sentido objetivo".[19] Algunos positivistas, la llevan al extremo de convenir con Montesquieu que el juez se convierta en la boca de la ley o "la abdicación valorativa porque el jurista debe describir exclusivamente las normas del ordenamiento, no puede tener funciones valorativas o prescriptivas",[20] consecuentemente "el jurista es un depositario de las leyes y debe abandonar sus opiniones personales para aceptar las directrices valorativas impuestas por la ley y el derecho".[21] Desde esta visión, el Derecho Indígena[22] no existe; y la administración de justicia, así como la producción del derecho está monopolizada por el Estado. Es lo que se ha denominado el "monismo jurídico" o "monismo legal".

18 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho,* traducción de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 2003, cuarta edición, segunda reimpresión, pp. 20-37.

19 Alberto Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990, tercera edición, p 94.

20 *Ibíd.*, p. 95.

21 *Ibíd.*, p. 96.

22 Para este efecto entendemos como Derecho Indígena, a las prácticas y representaciones singulares, de jurisdicción micro local, reconocidas socialmente, que sirven como pautas de comportamiento, restricciones y prohibiciones, fundidas en instituciones, encaminadas a armonizar a los seres humanos entre sí, con la familia, la comunidad y la naturaleza.

> Dentro de la perspectiva teórica del monismo legal sólo se puede llamar "derecho" al sistema normativo estatal, a las normas producidas por el Estado o por los mecanismos que él indique. El sistema de división de poderes consagra tal principio al sancionar que es el poder u órgano legislativo el único facultado para producir las normas generales que rigen la vida de los ciudadanos, el poder u organismo judicial para administrar justicia de modo exclusivo (producir normas de carácter concreto) y el ejecutivo, el órgano que gobierna dentro del imperio de la ley. A parte de dichos poderes, nadie tiene facultad para producir normas que regulen la vida social, administrar justicia y organizar el orden público. De otra parte, el sistema de garantías liberal, también se ha construido bajo esa idea, con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso e imperio de la ley. Desde este marco, las normas no producidas por el Estado no obligan la obediencia ciudadana. En el caso de la costumbre, ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ella.[23]

Esta visión del monismo jurídico, está muy bien reflejada, en el Código Civil que fue adoptado por el Ecuador en 1861, que obviamente fue una copia del Código chileno que a su vez fue una adaptación del Código Napoleónico.

> (…)no debe saber nada sobre toda una realidad jurídica que es consuetudinaria (…) El Código se plantea para la imposición de una fuente, la ley, y no para el conocimiento de un ordenamiento, el consuetudinario, por muy existente y pujante que éste sea. No existe ni puja como derecho para el Código (…) Para la perspectiva de la codificación, el universo de la costumbre no es nada, sino pura privación, mera ignorancia, la ignorancia del propio derecho que es ignorancia de la ley ajena, una cosa lo mismo que la otra para el Código.[24]

La codificación de 2005 del Código Civil, no ha cambiado el Título Preliminar que fue adoptado en el año de 1861, subsisten disposiciones

23 Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, pp. 11, 12.

24 Bartolomé Clavero, *Ama llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y código ladino por América,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 176.

de la interpretación de la ley, concepto de ley, presunción de conocimiento de la ley y que la costumbre no constituye prueba.

Este modelo de Estado-Nación y monismo jurídico fueron muy criticados por el movimiento indígena del Ecuador lo que devino incluso en varios levantamientos,[25] lo que obligó al Estado a realizar algunos cambios, veamos a continuación.

3. Derecho indígena en el Estado pluricultural y multiétnico

La presión del movimiento indígena le obligó al Congreso Nacional para que en 1996 reforme el artículo 1 de la Constitución de 1978, declarando al Ecuador como un "Estado… pluricultural y multiétnico…"; la misma presión del movimiento indígena conllevó a que en 1997 el Estado convoque a una Asamblea Nacional Constituyente que funcionó paralelamente al Congreso Nacional y concluyó con la redacción de la Constitución que rigió a partir del agosto de 1998.

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, por una lado, mantiene la reforma del artículo 1 de 1996, es decir, "El Ecuador es un estado social de derecho… pluricultural y multiétnico…". Por otro lado, reconoce como sujeto colectivo de derechos a los pueblos indígenas, colectivos que tienen la posibilidad de autodenominarse como nacionalidades;[26] también se reconoce varios derechos colectivos para los

25 En 1990 se da el primer levantamiento indígena, en donde se reivindica la declaratoria de un Estado Plurinacional y el reconocimiento de territorios indígenas; En 1992 se produce la marcha de los pueblos y nacionalidades indígenas de la amazonía hacia Quito; en ese mismo año se produce el levantamiento por los 500 años de resistencia indígena y popular; en 1994 se protagoniza la movilización por la vida, en contra de la Ley de Desarrollo Agrario y la reivindicación de los territorios de los pueblos indígenas; en 1997 se lleva a cabo el levantamiento indígena y popular en contra de las medidas económicas, la corrupción y el chantaje que terminó con la destitución del Presidente Abdalá Bucaram, cuya reivindicación fundamental fue la convocatoria a una Asamblea Constituyente y la declaratoria de un Estado Plurinacional; el 21 de enero de 2000, que terminó con la salida del Presidente Jamil Mahuad; varias movilizaciones en contra del TLC, entre otros. Véase en Raúl Llasag Fernández, "Jurisdicción indígena especial y su respeto en la jurisdiccional estatal", Quito, 2007, Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, pp. 16-18.

26 Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, "Art. 83.- Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecua-

pueblos indígenas.[27]

En ese contexto del funcionamiento paralelo de la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso Nacional, éste último y el Ejecutivo ratifican el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En lo que respecta al tema del ensayo, es decir, al Derecho Indígena, el inciso cuarto del artículo 191 de la Constitución de 1998, de manera expresa decía:

torianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible".

27 Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, "Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.
2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.
3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.
4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.
6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.
7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.
8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.
9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.
10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.
11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación interculural bilingüe.
12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.
13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y aun adecuado funcionamiento del Estado.
14. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen".

> Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La Ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

Esto significa que el sujeto de derecho colectivo, pueblos indígenas, goza de autonomía interna no solamente para mantener, desarrollar y fortalecer las formas de organización político, económico, lingüístico, cultural, espiritual y de generación de autoridad[28] sino también la autonomía para fortalecer y desarrollar su Derecho propio o Derecho indígena[29] a través de la entrega y reconocimiento de lo siguiente:

a) Facultades legislativas a los pueblos indígenas para recuperar, crear y recrear sus normas internas e instituciones internas.
b) Autoridades propias de cada uno de los colectivos indígenas para ejercer funciones de administración de justicia, los mismos que serán designados de conformidad al Derecho indígena del respectivo colectivo.
c) Entrega de las facultades de administración de justicia de los conflictos internos, sin límite de materia y cuantía.
d) Al igual que en la teoría clásica del derecho procesal, las autoridades de los colectivos indígenas tienen facultades para: conocer, que presupone la potestad de citar a las partes, investigar, recaudar pruebas, hacer notificaciones; resolver, es decir, dictar resoluciones sobre los asuntos sometidos a su conocimiento; hacer ejecutar lo resuelto utilizando la fuerza pública. Obviamente todos estos elementos cobran particularidad al interior de los colectivos indígenas.[30]

28 Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, Art. 84.1 y 84.7.
29 Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, Art. 191 inciso cuarto.
30 Véase Raúl Llasag Fernández, "Jurisdicción indígena especial y su respeto en la jurisdiccional estatal", Quito, 2007, Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, pp. 22-46; Raúl LLasag Fernández, "La Jurisdicción Indígena en el contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad", en Andrade, Santiago y otro (eds.), *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones,* Quito, 2009, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar.

Como hemos podido apreciar, aparentemente la Constitución de 1998 habría reconocido el pluralismo jurídico igualitario, pero ello no es tan cierto, porque el artículo 191 inciso cuarto transcrito anteriormente lo subordina al Derecho indígena no solamente a la Constitución, sino también a la Ley. Justamente por ello en la práctica, como lo veremos más adelante, no se puso en vigencia ese derecho de los colectivos indígenas, pese a la existencia expresa de los principios de aplicación directa de los derechos constitucionales, sin que la falta de ley sea pretexto para dejar de aplicar o vulnerar derechos constitucionales.[31]

Veamos lo que sucede con la Constitución de 2008.

4. Derecho indígena en el Estado de derechos plurinacional e intercultural

La caracterización del Ecuador como un Estado de "derechos", tiene varias connotaciones. En primer lugar pone en el centro no solamente a las personas sino también a las colectividades[32] (culturales, de género y otros) como sujetos prioritarios de la actividad estatal, como un fin no como un instrumento,[33] poniendo en el centro a sus derechos. En segundo lugar, considera que todos los derechos tienen igual valor y necesitan ser garantizados en igual medida e intensidad, incluidos los derechos de los colectivos indígenas. En tercer lugar, hace referencia al reconocimiento formal[34] de otros derechos y sistemas de justicia, en el plano de igualdad jurídico-político con el sistema de justicia ordinario, como lo veremos más adelante.

Lo anterior está en íntima relación con la caracterización del Ecuador como un "Estado plurinacional", que reconoce y describe la realidad de

31 Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, Arts. 18, 272, 273 y 274.

32 Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 10.

33 Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Ensayo de fundamentación,* Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p. 2; Norberto Bobbio, *El tercer ausente,* Madrid, Ediciones Cátedra, p. 167.

34 Digo reconocimiento formal porque materialemente o en la práctica, pese a todo un proceso de colonización e invisibilización de los colectivos indígenas y sus sistemas jurídicos siempre existieron al margen de la constitucionalidad y la legalidad.

un país en la cual, entre otros, los colectivos indígenas: comunas, comunidades, pueblos, naciones o nacionalidades indígenas y afrodescendientes conviven con blancos y mestizos.[35]

Pero, la Constitución de 2008 va mucho más allá de un simple reconocimiento y descripción de la diversidad del país, al reconocer también un "Estado Intercultural".

La interculturalidad es un proyecto social, político, epistémico y ético dirigido a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas que se asientan en la necesidad de una transformación radical de las estructuras, instituciones y relaciones de la sociedad neoliberal y del Estado nación; por tanto, como un proyecto histórico alternativo, que no se queda simplemente en reconocer, tolerar ni tampoco incorporar lo diferente dentro de la matriz y estructuras establecidas, sino refundar estructuras que ponen en escena y en relación equitativa lógicas, prácticas y modos culturales diversos de pensar, razonar, actuar y vivir. *Catherin Walsh*, sostiene que la interculturalidad va mucho más allá de un simple

> (…) respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad; señala y alienta, más bien, un proceso y proyecto social, político, epistémico y ético dirigido a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas y distintas. Aquí me refiero no sólo a las condiciones económicas sino también a aquellas que tienen que ver con la cosmología y la vida en general, incluyendo los conocimientos y saberes, la memoria ancestral, y la relación con la madre naturaleza y la espiritualidad, entre otras. Por sí, parte del problema de las relaciones y condiciones históricas y actuales, de la dominación, exclusión, desigualdad e inequidad como también de la conflictividad que estas relaciones y condiciones –y las lógicas y racionalidades que forman parte de ellas– engendran, es decir la "colonialidad" con sus cuatro ejes o potestades ya señalados.[36]

En ese contexto, la Constitución reconoce, como habíamos señalado anteriormente, sujetos de derechos garantizados y los instrumentos interna-

35 Catherine Walsh, "Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: Refundares político-epistémicos en marcha", documento inédito, p. 8.

36 *Ibíd.*, p. 8.

cionales a "las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos", en igualdad de condiciones.

En la perspectiva de terminar con la "colonialidad" que aun vive en nuestro país, se reconocen tanto los derechos especiales para los colectivos indígenas[37] como los Derechos de los colectivos indígenas o sistemas jurídicos indígenas, en plano de igualdad con el derecho ordinario o

37 Constitución de la República del Ecuador de 2008, "Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.
8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.
9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.
10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.
12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

estatal ,[38] sin que en teoría los sistemas jurídicos indígenas queden sometidos a la justicia ordinaria.

Para no repetir lo referido en el numeral anterior, me voy a permitir destacar los nuevos aspectos que encontramos con respecto a los Derechos

13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.
14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.
15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.
16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.
17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.
18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.
19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.
20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.
21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres."

38 Constitución de la República del Ecuador, Arts. 171 y 57.10. "*Art. 171*.- "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con 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."

indígenas o sistemas jurídicos en la Constitución de 2008, en comparación a la Constitución de 1998. Veamos:

a) Se concede facultades de administración de justicia a otras colectividades "las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas",[39] con lo cual se subsanaría un problema anterior, pues, en la práctica las resoluciones de los conflictos, casi en su totalidad, las realizan las autoridades de las comunidades y muy poco o casi nada las autoridades de los pueblos y nacionalidades.
b) Se ordena en forma explícita que "El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas"[40] y se garantiza que "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto".[41]
c) Las decisiones de las colectividades indígenas "estarán sujetas al control de constitucionalidad", porque se pueden dar casos de violación de derechos humanos en la administración de justicia indígena. Obviamente ello requerirá desarrollar métodos de interpretación como el de interculturalidad de los hechos y del derecho, que es un método que permite hacer lecturas de los derechos humanos a la luz de los principios del derecho indígena. Esto significa, también apostar a una Corte Constitucional coherente con la plurinacionalidad, derechos humanos y principios del derecho indígena.
d) La administración de justicia indígena y el desarrollo del Derecho indígena se realizará con la participación de las mujeres.
e) El Derecho indígena tiene como límites la Constitución y los derechos humanos.
f) Se establece que "No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución".[42] Además, obliga a desarrollar el método intercultural de los derechos humanos. Debe considerarse que, en un Estado plurinacional e intercultural no exis-

39 Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 171 inciso primero.
40 *Ibíd.*, Art. 171 inciso segundo.
41 *Ibíd.* Art. 76.6.i).
42 Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 21 inciso segundo.

> ten culturas buenas y malas o superiores y inferiores, lo que existen son culturas en construcción, legalidades en construcción. Justamente, allí juega un rol fundamental la interculturalidad, que permita encontrar acuerdos de visiones, saberes y legalidades.

Por otro lado, la Función Legislativa ha desarrollado el tema de la justicia indígena en el Código Orgánico de la Función Judicial.[43] En dicho Código se establece como principios rectores de la administración de justicia, el de legalidad, jurisdicción y competencia. Estos principios señalan que la potestad jurisdiccional únicamente se ejerce por juezas y jueces nombrados por los preceptos de la Constitución y la ley, entre los que se incluye a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.[44] También se determina que las funciones de la justicia indígena constituyen una forma de servicio público de administración de justicia.[45]

Además el referido Código contiene un título respecto de las relaciones de la justicia indígena con la ordinaria. En el mismo, consta la regulación del ámbito de la jurisdicción indígena,[46] que es una reproducción textual del artículo 171 de la Constitución, con la diferencia de que se agrega que no se puede alegar derecho propio o consuetudinario para no sancionar o justificar violaciones a los derechos de las mujeres. Por otro lado, se consagran principios de justicia intercultural, que deben ser observados por los servidores judiciales y todo funcionario público, dentro de los procesos. Estos principios son: diversidad, igualdad, non bis in ídem, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural.[47]

43 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 554 del 9 de marzo de 2009.

44 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 7.

45 *Ibíd.*, Art. 17.

46 *Ibíd.*, Art. 343.

47 "Art. 344. (…) a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural; b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena. c) Non bis in ídem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas pues-

También determina la regla de declinación de competencia a favor de la autoridad indígena si existiera un pedido de ésta en tal sentido. Sin embargo, para ello se establece un procedimiento sumario en el que debe demostrarse, con juramento de la autoridad indígena, que el asunto es materia de su jurisdicción. Podemos observar que se exige un requisito extraordinario para que el juez decline su competencia, como es la declaración juramentada; en el caso de conflictos de competencia en la justicia común, un juez simplemente hace conocer a otro, mediante un escrito (sin juramento), que se considera competente, o no, para conocer un caso. Esto permite evidenciar un sometimiento de la justicia ordinaria a la justicia indígena, que viola el principio de igualdad y el derecho a la autonomía.

También se ordena al Consejo de la Judicatura implementar mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la indígena, capacitando, en particular, a los servidores judiciales que trabajan en territorios con mayoría de población indígena, para que conozcan su cultura, idioma, costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos propios.

Finalmente, se dicta la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.[48] Este cuerpo normativo desarrolla el contenido de las garantías jurisdiccionales, sus características y trámite. Tiene que ver con la justicia indígena por cuanto la propia Constitución previó la existencia de una de las mencionadas garantías sobre sus decisiones. En este sentido, se regula la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Esta acción se propone por cualquier persona en contra de una decisión de la autoridad indígena que ejerza funciones jurisdiccionales, y en

tas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional; d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y, e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales".

48 Publicada en el Suplemento del R. O. No. 52 del 22 de octubre de 2009.

los casos de que ésta viole los derechos constitucionales o discrimine a la mujer. Es resuelta por la Corte Constitucional, la que debe respetar, entre otros, los principios de interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía (que es relativa por los límites establecidos en la propia Constitución, la ley, y los instrumentos internacionales de derechos humanos), debido proceso y oralidad.

En cuanto al debido proceso, es interesante que la ley defina este principio como el de observar las normas, usos, costumbres, procedimientos del derecho propio indígena. Los jueces pueden contar con los criterios técnicos de expertos en el tema. La sentencia se transmite de forma oral a la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas.

En conclusión y desde el análisis normativo, parecería que las Constituciones de 1998 y 2008, habrían establecido un "Estado constitucional de derechos y justicia… plurinacional e intercultural…", en donde no existe discriminación, marginamiento de ningún sector. En donde coexisten en plano de igualdad los sistemas de derecho ordinario e indígenas, sin que los sistemas jurídicos indígenas se encuentren sometidos a la justicia ordinaria. Pero este análisis normativo teórico se cae cuando se realiza una investigación de la realidad práctica de los hechos.

II. Balance de la aplicación del reconocimiento constitucional del Derecho Indígena en el Ecuador

Para realizar este balance de la aplicación del reconocimiento constitucional formal del Derecho indígena, me permito dividir el análisis en tres partes: la primera antes de 1998, que lo desarrollaré básicamente las consecuencias que derivaron de la imposición del colonialismo y Estado-Nación en la realidad de las comunidades indígenas; la segunda después de 1998 a 2008; y finalmente la tercera después de 2008.

Para ese análisis voy a tomar en cuenta las investigaciones realizadas en cuatro comunidades indígenas: Unión Venecia, comunidad kichwa de la

amazonia, ubicada en la parroquia Misahualli, cantón Tena, provincia de Napo; La Josefina, comunidad kichwa que forma parte del pueblo Kayambi, ubicada en la parroquia Cangahua, cantón Cayambe, provincia Pichincha; La Toglla, comunidad kichwa, que forma parte del pueblo Kitu Kara, ubicada en la jurisdicción de la parroquia Guangopolo del Distrito Metropolitano del cantón Quito, provincia de Pichincha; y, La Consolación, comunidad kichwa, que forma parte del pueblo Panzaleo, ubicada en la parroquia Cusubamba, cantón Salcedo, provincia de Cotopaxi, como parte del Proyecto de Investigación SEJ2007-65746. "La etnicidad como recurso", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. Tomo, también, el informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT,[49] la tesis de maestría de Raúl Llasag Fernández, cuya investigación se basa en cinco casos concretos: Comunidad Tuncarta, ubicada en el cantón Saraguro, provincia Loja; Comunidad Gallorumi, ubicada en el cantón y provincia Cañar; Comunidad Yanzatpuzan, cantón Ambato, provincia Tungurahua; Comunidad la Cocha, cantón Pujilí, provincia Cotopaxi; y, la Asociación Indígena "La Unión Venecia", parroquia Misahuallí, provincia Napo.[50] Usaré, además, tres sentencias de la Corte Nacional de Justicia: Tercera Sala de lo Penal de la Corte Nacional del 7 de agosto de 2008; Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional del 8 de mayo de 2009; y, Primera Sala Especializada de la Corte Nacional del 24 de septiembre de 2009, y las publicaciones del periódico *El Comercio* de circulación nacional, del período comprendido entre el primero de mayo de 2010 a 18 de julio del mismo.

1. Antes de 1998

Como habíamos analizado, durante la época republicana se impuso el modelo de Estado-Nación, en el que, el único productor del derecho era la

49 FLACSO sede Ecuador y OXFAM América, Quito, 2007, "Los pueblos indígenas del Ecuador: Derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del convenio 169 de la OIT", en htp:/www.acnur,org/biblioteca/pdf/6446.pdf, recuperado el 19 de julio de 2010.

50 Raúl Llasag Fernández, "Jurisdicción especial indígena y su respeto en la jurisdicción estatal", Quito, Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Función Legislativa; única facultada para resolver los conflictos será la Función Judicial; y el Estado era el monopolizador de la violencia legitimada.

Desde esa perspectiva es imposible la existencia del Derecho indígena o sistemas jurídicos indígenas. Como consecuencia de ello, las actividades de administración de justicia de las autoridades de los colectivos indígenas son penalizados. Las autoridades indígenas que administraron justicia en sus comunidades, fueron procesadas y sancionadas por delitos de detención ilegal, secuestro, plagio, robo, etc.

En ese contexto jurídico de persecución permanente de la justicia ordinaria a la justicia indígena, cada una de las comunidades adoptaron ciertas estrategias;

a) Las comunidades indígenas que se encontraban cercanas a los centros urbanos, que sufrieron mayores represiones de la justicia ordinaria y fueron las afectadas por las políticas de asimilación y de integración, dejaron de resolver los conflictos que habían resuelto y por los cuales fueron juzgadas en la justicia ordinaria, y continuaron resolviendo únicamente problemas internos que no generen conflictos con la justicia ordinaria. En estos casos se encuentran las comunidades investigadas "La Josefina" y "La Toglla", ubicadas en el cantón Cayambe la primera y la segunda en el cantón Quito, provincia de Pichincha, las mismas que se encuentran muy cercanas a los centros urbanos de las ciudades de Cayambe y Quito.
b) Otras comunidades en cambio, sin embargo de encontrarse en las mismas circunstancias de las comunidades del literal anterior, continuaron resolviendo todo tipo de conflicto.
c) Otras comunidades, bien porque las resoluciones tomadas al interior de la comunidad no salieron a la justicia ordinaria, o simplemente porque se encuentran distantes a los centros urbanos y a donde no tiene posibilidades de llegar la justicia ordinaria, mantuvieron y practicaron su Derecho propio y resolvieron todo tipo de conflictos, en este caso se encontraban la comunidad Unión Venecia de la parroquia Misahuallí, provincia de Napo y la comunidad "La Consolación" de la provincia de Cotopaxi.

En conclusión, pese a la penalización y persecución de la justicia ordinaria a la justicia indígena, en la práctica la justicia y el Derecho indígena subsistió al margen de la constitucionalidad y legalidad, unos resolviendo todo tipo de conflicto y otros resolviendo conflictos que no generen intervención de la justicia ordinaria.

2. A partir de agosto de 1998 a octubre de 2008

Conforme tuvimos la oportunidad de analizar anteriormente, en teoría la Constitución de 1998, reconoce o constitucionalista formalmente el sistema jurídico o sistemas jurídicos de los pueblos indígenas porque reconoce la autonomía de los colectivos indígenas para la designación de autoridades, normas, procedimientos e instituciones.

Decíamos en teoría, porque suceden dos fenómenos contradictorios: el primer fenómeno que se desarrolla al interior de los pueblos indígenas; y, el segundo fenómeno que se produce desde la justicia ordinaria, veamos:

a) Al interior de las comunidades indígenas

De las cuatro comunidades estudiadas como parte del proyecto SEJ2007-65746 y las cinco comunidades estudiadas en la Tesis de Maestría, se desprende que a partir de la vigencia de la Constitución de 1998, existe de alguna forma una conciencia colectiva de, que el resolver los problemas internos es un derecho reconocido por la Constitución. Esta concienciación, se produce de alguna manera porque desde las organizaciones indígenas (CONAIE, ECUARUNARI, CONFENIEA), así como desde el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), en el período 1998 a 2002 generan la socialización de los derechos colectivos y fundamentalmente se discute el proyecto de Ley de Compatibilización de las justicias ordinaria e indígena, sometido al Congreso Nacional en 1992, el mismo que fue archivado por la Comisión de Permanente de lo Civil y Penal en el año 2003. Esta tarea es descuidada por las organizaciones indígenas a partir del año 2003. En ese contexto las comuni-

dades inician no sólo una discusión abierta de su Derecho propio sino también se hacen públicos los procesos de juzgamiento, a los cuales la prensa tiene acceso y luego se encarga de desinformar el verdadero sentido y procedimiento del Derecho indígena.

b) **Desde el derecho ordinario y la prensa**

Desde el derecho ordinario, se continúa reprimiendo al Derecho indígena. De las cuatro comunidades estudiadas como parte del proyecto SEJ2007-65746, podemos concluir que: en la comunidad Unión Venecia hasta antes de 1998 no había interferido la justicia ordinaria en las resoluciones tomadas al interior de la comunidad, pero a raíz de la vigencia de la Constitución de 1998, en los dos casos estudiados la justicia ordinaria interfiere y los dirigentes de la comunidad son procesados en la justicia ordinaria. En la comunidad La Josefina, en donde se revitaliza el derecho indígena a raíz de 1998, de los tres casos estudiados en el primero interfieren en la institucionalidad del Estado, en el segundo el Estado crea un conflicto intercomunal, que es resuelto por las autoridades comunitarias, dicho conflicto, creado por las institución del Estado y el tercero, concluye con una resolución al interior de la comunidad. En cambio en la comunidad "La Toglla", hay todo un proceso de persecución a los dirigentes de la comunidad, los mismos que obtuvieron una amnistía de la Asamblea Constituyente de 2008. En la comunidad "La Consolación", todos los casos concluyen en la comunidad y ninguno de ellos es conocido por la justicia ordinaria. En cambio, en los cinco casos estudiados en la Tesis de Maestría, todas las autoridades que resolvieron los conflictos son procesadas por la justicia ordinaria.

Por su lado, la prensa, durante este periodo, generó mayor información sobre la justicia indígena en relación al periodo anterior, obviamente deslegitimando a la misma, tratando de asimilar con los linchamientos y justicia por mano propia, información que va en aumento en los siguientes periodos como lo veremos más adelante.

En conclusión, pese a que la Constitución Política de 1998 define al Ecuador como un "Estado pluricultural y multiétnico" y reconoce formalmente a los pueblos indígenas la facultad de administrar justicia, se sigue

manteniendo esa fusión constitucional entre ciudadanía y nacionalidad, Estado y Nación, sin ningún cambio estructural. Ello conlleva a que, en la práctica, el sistema de actuación de los operadores de justicia ordinaria vea al Derecho indígena como rezago de épocas pasadas, como no científico y no moderno.

3. A partir de octubre de 2008

La Constitución de la República de 2008, crea suficientes elementos y principios que si son materializados, podrían concluir con el sistema de "colonialidad" que aún subsiste en el Ecuador. Pero al mismo tiempo, estoy consciente que los cambios materiales no se producen solamente con la aprobación de la Constitución, porque ello requiere cambios estructurales institucionales y epistémicos, lo cual requiere de una etapa o período de transición, en el cual pueden aparecer muchas dificultades. Sin embargo, han transcurrido casi dos años de vigencia de la Constitución, por lo que sí amerita realizar un balance de la aplicación del reconocimiento constitucional formal del Derecho indígena durante este tiempo.

Para el balance de este período voy a dividir el análisis en tres partes: lo que sucede al interior de los colectivos indígenas con la aplicación del Derecho indígena; las respuestas desde el derecho ordinario; y, la reacción de la prensa.

a) Aplicación del Derecho indígena al interior de los colectivos indígenas

En las cuatro comunidades estudiadas como parte del proyecto SEJ 2007-65746, se puede evidenciar que hay un proceso de revitalización del Derecho indígena, rescatando los principios que rigen las comunidades indígenas, reformulando sus estatutos y reglamentos, y creando normas frente a nuevos conflictos. Actualmente y pese a la represión sufrida por parte de la justicia ordinaria, las cuatro comunidades continúan resolviendo todos los casos que surjen al interior de sus comunidades.

En las mismas comunidades, también se pudo evidenciar que existe una reflexión sobre la legitimidad de sus autoridades que fue afectada por la participación electoral. Como consecuencia de esa reflexión, se han adoptado mecanismos diferentes. Por ejemplo, la comunidad Unión Venecia ha decido no participar en actividades electorales de designación de candidatos y campañas electorales; mientras que la comunidad la Toglla hace una reforma del estatuto en donde se distingue entre la autoridad que administra justicia con la autoridad administrativa y política de la comunidad.

Por otro lado, se puede evidenciar una falta de apoyo y acompañamiento en la resolución de conflictos por parte de las organizaciones indígenas nacionales, regionales y provinciales.

b) **Reacción de la justicia ordinaria**

Desde la justicia ordinaria, al parecer hay varias posiciones: una gran mayoría de operadores de la justicia ordinaria prefieren continuar bajo el régimen de Estado-Nación y el monismo jurídico, para quienes, el Derecho indígena no está vigente o simplemente son prácticas atrasadas, salvajes y no modernas. Esta posición se puede evidenciar en la resolución del Juez de lo Civil del cantón Tena y la Corte Provincial de Napo al conocer el caso que ya fue resuelto por las autoridades de la comunidad Unión Venecia. De igual forma, se puede evidenciar en el caso la Cocha 2010 en donde, pese a existir una resolución de la comunidad se iniciaron procesos judiciales en contra de los que fueron sancionados por la comunidad y las autoridades indígenas que resolvieron el conflicto. Otro de los casos, es el del pueblo Saraguro, en donde, luego de que la autoridad indígena resolvió el conflicto, la justicia ordinaria procesó a las autoridades indígenas. Este caso, actualmente, se encuentra en la Corte Constitucional y aún no ha sido resuelto.

Unos pocos jueces se han atrevido a materializar el reconocimiento del Derecho indígena, como el caso de la Comunidad Unión Venecia, en donde el Juez de Garantías Penales de Napo, se inhibió de conocer por incompetencia.

Se evidencia la falta de formación intercultural de muchos jueces que, de alguna manera, quieren dar materialidad al Derecho indígena. Así

lo podemos ver en las siguientes resoluciones: la sentencia del 7 de agosto de 2008 dictada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Nacional en donde la justicia ordinaria conoce un supuesto asesinato cometido en el juzgamiento indígena Se absuelve al encausado bajo el argumento de que la Función Legislativa no ha regulado o no ha dictado la Ley de Compatiblización. Luego, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional en sentencia del 8 de mayo de 2009 absuelve al acusado, cuando lo correcto era declarar la nulidad y remitir el caso a la autoridad indígena; finalmente tenemos la sentencia de la Primera Sala Especializada de la Corte Nacional del 24 de septiembre de 2009 donde no existe un análisis intercultural del derecho.

c) **Reacción de la prensa.** El seguimiento realizado a uno de los periódicos de circulación nacional *El Comercio*, en el período entre el 1 de mayo de 2010 al 17 de julio del mismo año, se ha revisado 29 noticias y editoriales referentes al tema de la justicia indígena, de los cuales el 100% contienen opiniones despectivas y de deslegitimación de la justicia indígena. Hay pronunciamientos públicos de altos funcionarios de la Justicia ordinaria como el Fiscal General de la Nación, Washington Pesántez, quien califica a la justicia indígena como una forma de "barbarismo", "primitivismo". Él confunde la justicia indígena con los linchamientos y justicia por mano propia. Obviamente, estas posiciones fundamentalistas no permiten el diálogo intercultural e interlegal.

En conclusión, no existe un inicio hacia una etapa de cambio del Estado-Nación y monismo jurídico un "Estado de derechos, justicia… plurinacional e intercultural", en donde se refleje la igualdad de sistemas jurídicos. El derecho ordinario continúa reprimiendo a la justicia indígena, y ésta se encuentra subordinada a la primera, lo cual se evidencia, también, en las leyes que desarrollan el Derecho indígena como lo habíamos demostrado antes.

III. Conclusión

Como hemos podido apreciar, las investigaciones nos pueden llevar a diferentes conclusiones, dependiendo del método y camino que se tome. En el presente artículo, he ensayado los dos caminos para analizar un mismo tema: la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho indígena en el Ecuador. El primer camino adoptado es el análisis normativo que nos ha llevado a concluir que la Constitución del 2008 superó las prácticas coloniales que se implementaron desde la conquista española, estableciendo un "Estado constitucional de derechos y justicia… plurinacional e intercultural…", en donde no existe discriminación, marginamiento de ningún sector, en donde coexistan en plano de igualdad los sistemas de derecho ordinario e indígenas, y sin que los sistemas jurídicos indígenas se encuentren sometidos a la justicia ordinaria.

Mientras que el segundo camino adoptado, esto es, el análisis a partir de casos prácticos y en los hechos concretos, nos lleva a la conclusión que desde los operadores de la justicia ordinaria, la prensa e incluso a partir de los representantes del Estado, existe una práctica de deslegitimación de la justicia indígena, confundiéndola con los linchamientos y justicia por mano propia, tomando posiciones hegemónicas de la justicia ordinaria y convirtiéndose en portadores de un discurso y praxis monocultural dominante dentro de este campo a través de prácticas que ya fueron superadas por la normativa constitucional de 2008. Ello, obviamente, son rezagos que aún siguen manteniendo la fusión constitucional entre ciudadanía y nacionalidad, Estado y Nación. Ello conlleva que, en la práctica, el sistema de actuación de los operadores de justicia ordinaria vea al Derecho indígena como rezago de épocas pasadas, como no científica y no moderna.

Con todo ello, hemos querido demostrar que existe una distancia muy grande entre las normas constitucionales y las prácticas jurídicas, políticas y sociales. Estas distancias no solamente se generan al interior o desde la justicia ordinaria, sino también al interior y desde las organizaciones indígenas nacionales y regionales. Por lo que es imprescindible iniciar la construcción de un Estado plurinacional e intercultural a partir de la deconstrucción del Estado-Nación.

Bibliografía

Bonilla Urvina, Marcelo, "Pluralismo jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena", en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistema jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena,* Bogotá, Konrad Adenauer Stiffung, 2008.

Bobbio, Norberto *El tercer ausente,* Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.

Calsamiglia, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica,* Ariel, Barcelona, 1990, 3ª. ed.

Clavero, Bartolomé, *Ama llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y código ladino por América,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FLACSO y OXFAM América, "Los pueblos indígenas del Ecuador: Derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del convenio 169 de la OIT", Quito, 2007, en htp:/www.acnur.org/-biblioteca/pdf/6446.pdf.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* Buenos Aires, Eudeba, traducción de Moisés Nilve, 4ta Ed., 2. reimpresión, 2003.

Llasag Fernández, Raúl, "La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad", en Santiago Andrade, y otros eds., *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones,* Quito, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Ensayo de fundamentación,* Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.

Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas en Colombia,* Santa Fe de Bogotá, UNIJUS, 1998.

Sousa Santos, Boaventura de, *pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena,* Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, Consejo Regional Indígena del Cauca y Dirección General de Asuntos Indígenas del Interior, 1997.

————, *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e Instituto

Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 1998, Trad. César Rodríguez.

———, *La reinvención del Estado y el Estado plurinacional,* Santa Cruz de Bolivia, CENDA – CEJIS – EDIB, 2007.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", en Mikel Berraonda, coord., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2008.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.

Walsh, Catherine, "Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: Refundares político-epistémicos en marcha", documento inédito.

Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de derechos

Diego Zambrano Álvarez*

Resumen:

La democracia ecuatoriana tradicional es puesta a consideración desde el marco de los tres modelos de configuración jurídica de la diferencia de *Luigi Ferrajoli*. Posteriormente, se critica el sistema de derecho como mecanismo normalizador y homogenizador de las diferencias, el cual, a criterio del autor, atenta a la esencia misma de los derechos humanos, en especial a la igualdad. En ese sentido, se analiza el caso concreto de la autodeterminación de los pueblos y el derecho de la consulta previa con carácter vinculante desde la visión del sistema internacional de derechos humanos.

Palabras clave

Intercultural, plurinacional, identidad, igualdad, diferencia, homologación, hegemonía, universalizada, participación, pueblos, indígenas, colectivos, consulta, vinculante.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE; Diploma y magíster (c) en Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Funcionario de la Dirección de asesoría e investigación del Tribunal Contencioso Electoral.

I. Introducción

De acuerdo con el artículo primero de la Constitución de la República, el Ecuador se autodefine como un Estado plurinacional e intercultural. La nacionalidad, como concepto derivado del de nación, es entendida como "una comunidad humana de la misma procedencia étnica, dotada de unidad cultural, religiosa, idiomática y de costumbres…".[1] En esta línea, la plurinacionalidad alude a un conjunto de grupos humanos diversos que coexisten y se interrelacionan bajo estrictas condiciones de igualdad y mutuo respeto.

La identidad de estos grupos se manifiesta en su particular modo de entender su propia existencia, las relaciones entre sus miembros y la de éstos con el grupo: del grupo con la sociedad mayor y con el entorno natural. Así, también, alude a sus percepciones morales y formas de espiritualidad. La concepción sobre su propia existencia y la necesidad de conservar su identidad, como medio para perennizar su cultura, va creando y desarrollando sistemas sociales, jurídicos y políticos armónicos con su idea de existencia. De ahí que la plurinacionalidad presenta un sinnúmero de aristas en lo jurídico, en lo político, artístico, espiritual, lingüístico, las relaciones interfamiliares, entre tantas otras.

El reconocimiento del Estado plurinacional constituye una conquista alcanzada por grupos étnicos minoritarios a nivel mundial. En el caso ecuatoriano, podemos identificar como principales actores de esta lucha a los pueblos indígenas, pese a que todos y cada uno de los derechos colectivos le son atribuibles a otros pueblos como los afroecuatorianos y montubios. El reconocimiento de la diversidad social de Latinoamérica es el fruto de un largo proceso histórico marcado por la resistencia y la lucha de clases ante intentos de homologación cultural, que planteó como eje fundamental para su consolidación, la implementación de un estado uninacional que se sirvió de fundamento teórico importado, sin beneficio de inventario, de la ilustración francesa por criollos que, una vez alcanzada la independencia, pretendieron reproducir el sistema europeo continental sin reparar en lo diversa que es nuestra realidad social.

1 Rodrigo Borja, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Quito, Editorial Planeta, 2007, p. 36.

El presente trabajo pretende incursionar en un recuento histórico que nos permita evidenciar, de forma objetiva, la razón por la que, aún existiendo garantías primarias[2] dentro de nuestro ordenamiento constitucional, los pueblos originarios y/o minoritarios se encuentran en situación fáctica de desventaja en cuanto al ejercicio de sus derechos de participación política. Seguidamente, analizaré, desde una perspectiva crítica y pluricultural, el sistema electoral vigente con el fin de presentar un sistema de democracia procedimental especial o alternativo para pueblos y nacionalidades diversas que sea capaz de promover su igualdad material, el respeto a sus usos y costumbres y, en consecuencia, potenciar la consolidación del sistema democrático.

II. **La etnización jurídico-política en Ecuador: la plurinacionalidad en su contexto histórico**

Las etapas históricas, según la visión mestiza, difieren sustancialmente de la realidad indígena. Así, la ocupación española del territorio incaico, la independencia criolla y el inicio de la etapa republicana, no tienen igual relevancia para estos dos mundos paralelos que han compartido un mismo territorio no siempre de forma pacífica. Para fines académicos, la historia del pueblo indígena puede segmentarse de la siguiente manera:[3]

a) Desde 1810 a 1895: separación de los pueblos, en casi todos los aspectos de la vida, dadas las diferencias idiomáticas, religiosas, jurídicas y de organización política.
b) Desde 1895 a 1960: la cultura dominante rechaza la diversidad y utiliza su posición de privilegio y monopolio del poder para pretender

2 Se entiende por garantías primarias aquellas normas sustantivas que reconocen derechos a personas y grupos. En el caso ecuatoriano los derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades se encuentran consagrados entre los artículos 56 y 60 de la Constitución de la República. Sobre garantías primarias y secundarias ver: Gerardo Pisarello, "Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel", en *Los Derechos Sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 111-138.

3 En este punto me basaré en el estudio de Juan Maiguashca, "La Dialéctica de la Igualdad" en: *Etnicidad y Poder en los Países Andinos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Universidad de Bielefeld y Corporación Editora Nacional, 1997, pp. 61- 79.

homologar la forma de ser de los pueblos originarios a su imagen y semejanza. La sociedad "*justa*" y democrática sería concebida bajo criterios de igualdad formal o ante la ley, como instrumento para incorporar a estos pueblos a modos *civilizados* de vida comunitaria.

c) Desde 1960 hasta nuestros días: los pueblos indígenas pasan a constituirse en verdaderos actores políticos y sociales con poder de iniciativa e incidencia y sin que esto implique renunciar a su propia identidad.

El proceso de asimilación cultural parte de la *igualdad formal*, derivada de una ley y de una justicia cubierta los ojos para no considerar las circunstancias específicas de los justiciables. Fiel a la herencia ideológica francesa, *José María Urbina* propuso en su discurso pre-presidencial la abolición de la esclavitud. Una vez en el poder, impulsó la promulgación de la Ley de Manumisión de Esclavos y la Ley de Indígenas. Este proceso continuó con García Moreno, aunque para éste, el elemento unificador fue la religión católica. La fe vendría a situarse como el único vínculo de cohesión social, política y jurídica. Recordemos que la Constitución de 1869 (Art. 10, lit. a) prevé entre los requisitos para ser considerado ciudadano (entiéndase varón) el ser católico. Pasamos así de la igualdad ante la ley a una igualdad cohesionada por obra del clero. La revolución alfarista tampoco cambió la situación del pueblo indígena, retornaría al modelo urbanista, monocultural, razón por la cual no ahondaremos en detalles.

Si se atiende a tres de los cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia, propuestos por Luigi Ferrajoli,[4] podemos establecer que la etapa que va desde 1810 a 1895 podría ubicarse en lo que el profesor italiano denomina *la diferenciación jurídica de la diferencia*, caracterizada por una sobrevalorización de lo europeo y su consecuente desvalorización o subvaloración de lo indígena. El mestizo pretende asimilarse a su padre español, renegando de su madre indígena. Se constituye en una casta social intermedia con dificultades para acceder al poder. La casta criolla revolucionaria, fiel a su influencia doctrinaria, pugnaría por la conformación de un Estado diseñado según los cánones establecidos por la Europa Continental. Sin embargo, este hito histórico no alteró, en esencia, la si-

4 Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, cuarta edición, 1994.

tuación indígena ya que este sector poblacional poco o nada participaría del poder político y económico[5] estatal, que había sido arrebatado de manos españolas; además, no constituía un peligro para la clase dominante por su desinterés en la escena política nacional y por haber fijado sus asentamientos en zonas geográficamente periféricas.

La segunda etapa en referencia se encasillaría en el modelo que el autor denomina *homologación jurídica de la diferencia,* según la cual, la clase dominante desconoce la existencia de toda diferencia de hecho, en función de una *igualdad ante la ley* en la que todas y todos serían tratados por igual, pese a las evidentes diferencia entre necesidades, intereses y ante relaciones asimétricas de poder. El desconocimiento sistemático e institucionalizado de la diferencia y la adecuación del sistema político y electoral a los usos de la casta que ostenta el poder, irradiaría desde el parlamento todas las reglas del juego político que, por su declarativa imparcialidad, generalidad y abstracción, en principio, permitía que quienes ocupasen una posición socialmente privilegiada aprovechen las oportunidades creadas por un modelo elitista y excluyente. Así, el mestizo impone una estructura social, la institucionaliza y la *legítima* con fundamento en leyes conscientemente colocadas al servicio de la élite mestiza burguesa.

La confrontación entre una cultura que presiona por la homologación frente a otra que se resiste a la inminencia de la enajenación de sus cosmovisiones produjo un enfrentamiento intercultural continuo y, en ocasiones, violento. Existía una contienda en diametral desigualdad entre los pueblos jurídicamente calificados como *civilizados* y otros pueblos constitucionalmente descalificados como "…una clase inocente, abyecta y miserable".[6] Bajo este esquema, el diálogo étnico era imposible y las decisiones políticas y sociales quedaron reservadas exclusivamente para los representantes de la cultura dominante, quienes, a nombre del pueblo, velaron por

5 La realización del Referéndum aprobatorio de la Constitución del 2008 le costó al Estado treinta y cinco millones, treinta y tres mil, ciento noventa y tres dólares con setenta centavos (35 035 193,70). Tribunal Supremo Electoral. *Ecuador: Referéndum 2008*, Documentos Electorales No. 23, Quito, Tribunal Supremo Electoral, 2008, p. 73.

6 Constitución ecuatoriana de 1830, Art. 68.- "*Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable."*

sus intereses de clase y condenaron como barbárica cualquier forma diferente de concebir el mundo.

Hoy, la Constitución reconoce la pluralidad de comunidades cohesionadas por su historia, costumbres, cosmovisiones, formas de espiritualidad y demás manifestaciones sociales. El Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, se ve a sí mismo como un Estado forjado por "mujeres y hombres de distintos pueblos"[7] en los que no cabe jerarquización social de ninguna naturaleza, aunque se reconozcan la diversidad para valorarla, protegerla y promoverla. La Constitución reivindica también la visión filosófica indígena del *sumak kawsay* y la existencia de diversos idiomas oficiales, como el kichwa y el shuar (Art. 2). Esta visibilización de las lenguas indígenas, aunque para muchos siga siendo una novelería folklórica, es parte ya del Derecho Internacional de los Derechos Humanos toda vez que ha sido reconocido por la Corte Interamericana al sostener que "la lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura".[8]

Podríamos decir que los avances incorporados en nuestro sistema jurídico fundamental pretenden situar a nuestro ordenamiento en el cuarto modelo que Ferrajoli denomina como aquel de *igual valoración jurídica de las diferencias*, pasando así de la igualdad formal o ante la ley, a una igualdad sustancial o en derechos. Con ello, "se intentará justificar un trato diferenciado, constituido como protección a sectores sociales tradicionalmente discriminados o dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos".[9]

La interrogante que salta a la vista tiene que ver, entonces, con la efectividad o no de las herramientas que nos ofrece el ordenamiento constitucional e internacional para alcanzar aquella igualdad sustancial en derechos y justicia, no sólo desde la perspectiva del ejercicio de derechos colectivos, sino a partir del pleno ejercicio de los derechos de participación política, desde su dimensión personal, colectiva y pluricultural.

7 Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez*, Sentencia de Fondo, párr. 171.

9 Ángel Garrorena, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 70.

La concepción colectivista de los derechos fundamentales se impone ante la evidencia experimental. Han pasado más de sesenta años de evolución para que los sistemas de protección de Derechos Humanos para que la doctrina mayoritaria desconozca el carácter universal de la Declaración adoptada por la Organización de la Naciones Unidas. Entre los posibles argumentos para sostener esta tesis, descansan en el contexto histórico en el que fue adoptada, sus autores y su concepción individualista de la realidad humana.

El carácter reaccionario de este instrumento ante los horrores del holocausto nazi da cuenta de la transición hacia un nuevo orden mundial, dominado por las naciones vencedoras en la segunda gran guerra, cuya imposición, en principio militar y luego ideológica, sería *juridificada* mediante la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, que reservaría el uso exclusivo de la fuerza, mediante un poder de veto especial y permanente, al Consejo de Seguridad, organismo integrado por las cinco grandes potencias triunfadoras de la Segunda Guerra Mundial (Estados Unidos, Rusia, Francia, Inglaterra y China).[10]

La imposición ideológico-jurídica, fortalecida con una declaración pretenciosamente denominada universal, trae implícita la concepción individualista del humanismo europeo. Es una doctrina liberal que poco o nada tenía que ver con las cosmovisiones de los pueblos africanos, americano-originarios[11] o de tradiciones como la islámica, hindú, árabe, entre otras. La concepción de igualdad *en dignidad y derechos* quedaría viciada por argumentos fácticos y filosóficos. Los primeros, porque la gran cantidad de pueblos, especialmente africanos, seguían siendo explotados y esclavizados por quienes propagaban la igualdad entre las naciones. Los segundos porque este reconocimiento de derechos inherentes e innatos a la persona no es conciliable con concepciones culturales, como la hindú, para la cual "…los derechos sólo pueden derivarse de los deberes que rigen la acción meritoria. La idea de reivindicar derechos antes de haber llevado a cabo actos merecedores de los mismos es profundamente ajena a la

10 Cfr., Rodrigo Borja Cevallos, *Sociedad Cultura y Derecho*, pp. 357 – 362.

11 Recordemos que la imposición ideológico-jurídica iniciaría en América con la colonización y el establecimiento de un régimen político que sería ratificado una vez consumado el triunfo criollo.

filosofía tradicional de la India".[12] En esta línea, *Jesús González* ve en la Declaración del Cairo sobre los Derechos del Hombre en el Islam …el principal obstáculo en la tarea de reafirmar la universalidad de los derechos humano.[13] Esta declaración demuestra la inconformidad con el carácter universal de la carta.

Así, los derechos humanos nacerían como derivación de la teoría jurídica del *derecho público subjetivo*. Según *Antonio Peña Freire:*

> El derecho público subjetivo es una teorización jurídica debida a los iuspublicistas alemanes de finales del siglo XIX que intentarán inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones entre los particulares y el Estado-persona jurídica.[14]

Este tipo de derechos complementaría la idea del derecho subjetivo, propio de las relaciones entre individuos y reguladas por del Derecho civil. La consecuencia lógica de esta concepción es que el Estado puede relacionarse con individuos como si fuera uno de ellos, aunque reservándose para sí ciertos privilegios. Por tanto, sólo la persona directamente, o como representante de una persona jurídica afectada por un acto u omisión estatal, podía exigir de él una reparación casi exclusivamente pecuniaria. Encontramos así, el pilar fundamental del Derecho administrativo moderno y la creación de garantías jurisdiccionales como el recurso subjetivo o de plena jurisdicción.

La hegemonía europeo-liberal *universalizada* por la Carta, cerraría el círculo abierto en la etapa de la colonización. Se importará, en consecuencia, modelos sociales y de gobierno, basados en la premisa del Estado-nación y derivado de las consecuencias de la paz de Westfalia de 1648 que respondió a una necesidad histórica exclusivamente europea. El proceso homogenizador, arrogante e irrespetuoso de toda identidad diferente

12 Paul Ricoeur, "Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos: Una síntesis", en *Los Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*, Barcelona, Ediciones Serbal, 1985, p. 26.

13 Jesús González Amuchastegui, "Derechos Humanos: universalidad y relativismo jurídico", en *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, Rafael Nieto Navia Edit., San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, p. 215.

14 Antonio Peña Freire, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 132.

seguiría abriéndose paso pero jamás se llegó a engranar del todo, debido a la resistencia que encontró en los pueblos originarios que no permitieron su enajenación.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, por medio de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, compartirá esta tendencia individualista de la Declaración Universal, idea que se plasmó en la Convención Americana con frases típicas como *toda persona tiene derecho a* o *nadie puede ser sometido a*. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" tampoco resuelve el problema. No obstante, reconoció, por medio de la sindicalización, un modo asociativo de ejercer derechos. Hasta la fecha, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha emitido un instrumento relativo a los derechos específicos de los pueblos indígenas;[15] no así el sistema de Naciones Unidas que cuenta con la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo, en 1957, adoptó el Convenio No. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, el mismo que, en esencia, buscaba la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad mayor.[16] Por este motivo, tuvo que ser revisado por el Convenio No. 169 del mismo organismo. Ahora sí, desde una visión ideológica pluralista y respetuosa de la diversidad entre los pueblos, se iniciará una evolución del Derecho internacional sobre la materia. Ya no será un imperativo para los Estados proteger e integrar a los pueblos indígenas a la sociedad dominante, sino "desarrollar, con la participación de los pueblos interesados una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad".[17] Las nacionalidades y pueblos indígenas se constituirían en plenos sujetos de Derecho Internacional, no sólo como personas individualmente concebi-

15 Existe un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, mas no tendría efectos vinculantes hasta su expedición, suscripción y ratificación formal.

16 En este sentido, el Art. 2 del convenio en referencia prescribe: "incumbe principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la *protección de las poblaciones* en cuestión y a su *integración progresiva* en la vida de sus respectivos países". (El énfasis es añadido).

17 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Art. 2.

das, sino como grupos independientes de las personas que los conforman.

Este derecho de participación de los pueblos indígenas, como colectivos dotados del poder de autodeterminación, obliga al sistema estatal a adecuar sus sistemas internos a fin de crear canales de diálogo que tiendan a alcanzar consensos sólidos en asuntos que podría afectarlos social y culturalmente.

En consecuencia, el derecho al progreso debe relativizarse para que cada sociedad defina, a partir de su propia cosmovisión, criterios como bienestar o buen vivir. Esto implica reconocer la riqueza de sistemas sociales, políticos, jurídicos y culturales de nuestros territorios, de modo que cada uno tenga libertad de adoptar las decisiones que creyere más adecuada para la subsistencia del grupo. Esto implica, claramente, la reestructuración, desde las bases, de los procedimientos que se seguirán para la toma de decisiones a nivel local, provincial, nacional y de circunscripciones políticas especiales. De ahí la necesidad de repensar los sistemas electorales y de partidos y organizaciones con fines políticos.[18]

III. Los derechos colectivos desde una perspectiva política

1. El Derecho a la autodeterminación de los pueblos

El Derecho a la autodeterminación de los pueblos nace unido a los criterios de soberanía, entendida como una cualidad exclusiva de los, hasta entonces, únicos sujetos del Derecho de gentes. Los Estados libres independientes y soberanos sólo eran tales si encontraban reconocimiento por parte de la Comunidad Internacional. Hoy por hoy, no sólo que el autogobierno difiere mucho de la idea de soberanía, sino que en ciertas circunstancias y, especialmente en Estados plurinacionales como el nuestro, suelen entrar en pugna al no coincidir con los límites territoriales de los estados. Si bien el ejercicio de la soberanía sigue siendo un atributo de los

18 Maurice Duverger, mediante la aplicación de un método comparativo experimental establece la relación directa que existe entre la estructura interna y la articulación de los partidos políticos con el funcionamiento del sistema democrático de los Estados. Para nuestro estudio, el término partido político debe entendérselo desde una perspectiva amplia, análoga a toda forma de organización con fines de incidencia política. Ver, Maurice Duverger, *Los partidos políticos*, México, Fondo de cultura económica, 1996, pp. 34-90.

estados internacionalmente reconocidos para desarrollar sus relaciones diplomáticas, no es menos cierto que el derecho de autodeterminación relativiza el carácter absolutista de este poder otorgado por la academia ortodoxa al Estado-nación, descendiéndolo a niveles subestatales.

Según reza la Constitución de la República (Art. 1, inc. 2) "(…) *la soberanía radica en el pueblo.* El concepto pueblo puede ser interpretado de manera jurídica y antropológica. Su acepción jurídica se define como la población de un Estado que goza del derecho a la autodeterminación interna, sobre la base de los principios democráticos. El significado desde el punto de vista antropológico incluye una combinación de características territoriales, históricas, culturales y étnicas de un grupo de gente con un sentido propio de identidad (…)".[19] Cuando la Carta Fundamental en su capítulo cuarto reconoce la existencia de derechos específicos de "pueblos y nacionalidades", se traslada desde la concepción jurídico-tradicional a la antropológica. Luego dirá: "los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.". Según venimos analizando, dentro del territorio del Estado ecuatoriano existe más de un pueblo con derecho a ejercer su autogobierno. Así, el Estado ha dejado de ser un enorme *Leviatán*, según la concepción *hobbesiana*, para convertirse en un ente obligado a garantizar derechos fundamentales tanto de grupos como de individuos. Ningún pueblo puede ser considerado más importante que otro ni siquiera por su calidad de mayoritario. Por tanto, la soberanía ha tenido que repartirse entre las diferentes maneras de ejercer el autogobierno, aunque en la práctica sigamos observando que esta escisión del poder sigue siendo desigualmente ejercida y el poder político, aunque con ciertos matices, aún se encuentra centralizada en virtud de una democracia representativa, basada en un sistema electoral único, formalista y concebido desde una perspectiva estatal.

Por ejemplo, pese a la existencia de diversos niveles de gobierno, la superestructura institucional reconocida como Estado se reserva para sí la propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable de los recursos

19 Jeanette Kloosterman, *Identidad Indígena: entre romanticismo y realidad*, Amsterdan, Thela Publishers, Traducción E. Magaña, s/a, p. 5.

naturales no renovables; los productos del subsuelo y toda "…sustancia cuya naturaleza sea distinta de la del suelo…". Por otro lado, se reconoce la propiedad de los territorios ocupados ancestralmente por los pueblos indígenas, pero sólo sobre la superficie. Si llegásemos a aceptar que los pueblos indígenas, por medio de sus autoridades legítimamente elegidas, son incapaces de decidir sobre qué hacer con lo que se encuentra debajo de su territorio, no podríamos sustentar entonces la tesis de una ciudadanía de igual valor y nivel para todos quienes habitamos en este territorio. Tendríamos que reconocer que los derechos de participación poseen titulares de primero, segundo y quizás tercer nivel y que los sistemas políticos ancestrales siguen subordinados a los designios de la sociedad mayor.

La ciudadanía no es sino el vínculo jurídico político en virtud del cual se ejercen los derechos de participación. Esta facultad de incidir en los destinos del propio pueblo, tanto desde una perspectiva individual como colectiva, constituye un prerrequisito indispensable dentro de todo sistema democrático. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso Yatama expresa:

> (…) la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos, sustentadas en los términos aludidos [en el párrafo anterior] es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria, cuando se trate de grupos de ciudadanos que, de otra forma, podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa.[20]

La autodeterminación trae para sí el poder de decisión sobre los asuntos que directa o indirectamente afectan a una población determinada. Esto, a su vez, constituye el ejercicio de los derechos de participación atribuible a toda persona considerada ciudadana o ciudadano. Esta relación lógica entre derechos y toma de decisiones va construyendo una democracia, en sentido estricto, y la necesidad de adaptar procedimientos electorales incluyentes y efectivamente participativos, en vez de una dictadura de las mayorías, generalmente de carácter clientelar o plebiscitaria; sino como

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de Fondo, párr. 217.

una salvaguarda de respeto, protección y promoción de los derechos de todas y todos.

> En la mayoría de los casos, la violación de derechos humanos tiene su origen directa o indirectamente, activa o pasivamente, en acciones u omisiones estatales que son justificadas como prerrogativas de la soberanía, impuestas por restricciones presupuestales o en nombre de los intereses y objetivos de seguridad nacional definido por el Estado.[21]

La democracia, en sentido material, viene a ser un sistema que da amplitud para que los diferentes modos de ver el mundo puedan coexistir y entablar diálogos auténticos, tendientes a encontrar soluciones satisfactorias para los participantes ante situaciones que evidencien intereses contrapuestos. Si la última palabra la tiene un sector, y el otro meras expectativas de persuadir al primero, no se lograría una relación entre interlocutores válidos. Asimismo, si el sistema electoral es abiertamente favorable a grupos mayoritarios, es aún más difícil que pueblos ancestrales puedan acceder a cargos de decisión política. Bajo estas circunstancias, el diálogo no es posible, como tampoco lo sería la construcción de una sociedad justa en la medida en que los derechos fundamentales de unos no pueden ceder, siempre y en abstracto, ante el ejercicio de otros derechos porque los intereses no pueden ser jerarquizados sino ante situaciones concretas; y, en tal medida, que no sea capaz de anular el derecho cedido. Todo esto, de acuerdo con las reglas de *ponderación*[22] y la teoría del *contenido esencial* de los derechos.[23] En este sentido, la consulta informada y previa no tendría razón de existir si el consentimiento de una de las partes resulta ineficaz en relación con el poder de veto atribuible a su contraparte. El cumplimento de formalismos no tiene sentido si sus efectos no son verificables en la realidad.

21 Boaventura de Sousa Santos, *La Globalización del Derecho*, Bogotá, UNIBIBLOS, 1998, p. 189, trad. César Rodríguez.

22 Luis Prieto Sanchos, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 217-260.

23 Pedro Serna, y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, La Ley S.A., 2000, pp. 37-75 y 155-158.

En suma, no basta la realización de elecciones generales si la participación del elector no se produce en un marco de justicia y equidad. Por tanto, la democracia en sentido material, sólo es posible si se democratizan los sistemas procedimentales de elección de dignatarios y los diferentes foros de deliberación política: "Los sistemas electorales orientan las actitudes y los resultados electorales".[24]

En tal virtud, procederé a analizar, desde una perspectiva crítica, al sistema electoral formal a fin de identificar los obstáculos sustantivos y adjetivos que impiden una participación política eficaz de grupos minoritarios.

La existencia de un solo sistema electoral en Ecuador puede explicarse por razones históricas. Recordemos que la calidad de elector estaba reservada para quienes tenían el estatus jurídico de ciudadano, lo cual concernía a un mínimo sector poblacional de acuerdo a los requisitos exigidos para el efecto. Durante la vigencia de las constituciones de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851 y, 1852 la universalidad del sufragio constituiría la excepción a una regla de exclusión generalizada.

El ejercicio del sufragio activo y, con mayor razón del sufragio pasivo, sería un privilegio que se otorgaba exclusivamente a las élites sociales, políticas y económicas. La figura del *optimu i ure* político estaba representada por el varón, alfabeto, mayor de 25 años, en el caso de las Constituciones de 1830 y 1835. La Constitución de 1843 establecía como edad mínima dieciocho años; y, las de 1845, 1851 y 1852 exigían veintiún años o haber contraído matrimonio y gozar de la propiedad de bienes raíces o justificar una renta anual de doscientos pesos, provenientes de alguna profesión, arte, ciencia o industria útil, sin encontrarse en relación de dependencia, en calidad de sirviente, doméstico o jornalero.[25] En tal contexto y concebido el Estado ecuatoriano como un Estado-Nación y al sufragio

24 Dieter Nohlen. *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*, México D.F., Universidad autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 36.

25 El antecedente del *optimu iure* político podría ser el *civis optimo iure del Derecho Romano*. El ciudadano dotado de plenos derechos civiles y políticos adquiría este estatus jurídico privilegiado, a través el desarrollo de los *iura (ius suffragii, el ius conubii, ius commercii, ius honorum*). Estas personas eran ciudadanos, en sentido estricto y tenían competencias para regular sus relaciones personales, familiares, patrimoniales, políticas, etc.
Disponible en: http://antiqua.gipuzkoakultura.net/ciudadania_eu.php

como una *función pública*[26] y no como un derecho fundamental, no tenía sentido identificar, menos aún tener en cuenta los criterios y necesidades de grupos vulnerables y/o diversos. Sería absurdo considerar las aspiraciones políticas de una "…clase inocente, abyecta y miserable…" como la indígena, que por tales características hacía necesario que el Congreso proceda a nombrar a "…los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas…". (Art. 68 Constitución de 1830).

Los escaños a ser repartidos en elecciones pluripersonales, desde la creación de la República hasta la carta constitucional de 1906 fueron adjudicados bajo criterios de simple mayoría. Es decir, los candidatos más votados, sin importar la lista u organización política de la que provinieren, se convertían en adjudicatarios del cargo en disputa. Este sistema eliminó, casi por completo, la posibilidad de obtener representación política para grupos tradicionalmente excluidos como el sector indígena, afroecuatoriano o montubio, inclusive de la mujer de cuyo derecho a sufragar aún se discutía dado que el texto constitucional concedía este derecho al elector que, a su vez, debía ser ciudadano (Art. 31). El ejercicio de este derecho a la mujer tuvo que posponerse hasta 1929, año en el que la constitución tuvo que consagrar expresamente que la ciudadanía es atribuible a hombres y mujeres.

La creación del Tribunal Supremo Electoral en 1946, si bien institucionaliza y concede cierto grado de independencia a este órgano frente a las demás funciones del Estado, mantiene el modelo único de elecciones. Por otro lado, los organismos supranacionales de cooperación internacional, mediante la suscripción de convenios de cooperación, han favorecido la homologación de los sistemas electorales ya que su aporte, generalmente, se basa en la implementación de tecnología que promueve una única forma de entender el proceso electoral. Asimismo, las críticas, conclusiones y juicios de valor que manifiestan tales misiones observadoras,

26 Autores como Sieyés, Mill, Tocqueville, entre otros influyeron en restringir el ejercicio del sufragio a las clases ilustradas debido a que consideraban que la elección de las autoridades que decidirán los destinos del país debe ser realizada por quienes poseen mayores elementos de juicio para el efecto. En este sentido, el sufragio consistía una función pública que competía únicamente a los más capacitados. Angelo Papacchini, *Filosofía y Derechos Humanos*, Santiago de Cali, Facultad de Humanidades, 1994, pp. 142 – 150.

encuentran sustento en un sistema homologado y globalizado de elección, que atiende más al contexto político del país de origen del observador, que al del país observado. A partir de tales recomendaciones, suele celebrarse nuevos convenios de cooperación horizontal tendientes a profundizar la homologación de los sistemas, ya que suele entenderse a la diferencia como una falencia de carácter técnico.

> El enfoque contextual se cuida de no relacionar un modelo estático de efectos con un sistema electoral determinado, ni en aplicación con los distintos países, ni dentro de un mismo país a lo largo de su historia (…) sistemas electorales que en una época determinada de la historia nacional produjeron, como ha quedado demostrado, integración y favorecieron la formación de mayorías, tienen efectos parcialmente distintas.[27]

En tal virtud, el reconocimiento de lo que hemos denominado democracia procedimental cada vez es más remoto y, en consecuencia, la exclusión de pueblos diversos es más aguda e invisibilizada. El hecho de mantener un sistema electoral único, concebido desde la perspectiva de un solo sector poblacional, debilita la presencia de grupos minoritarios, favorece el *populismo plebiscitario*, a la *mendicidad electoral* y a la descalificación de expresiones políticas diversas. Todo esto restringe el pleno ejercicio del derecho, la efectiva participación ciudadana y promueve circunstancias de lucha desigual en la carrera por alcanzar el poder y tener la facultad de tomar decisiones que afecten, no sólo al elector, sino a la comunidad, en su conjunto.

Por primera vez, la Constitución de la República (Art. 57, num. 9) reconoció a los pueblos y nacionalidades que integran el Estado ecuatoriano el derecho a "conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social…". Entre las formas de organización social encontramos aquellas relativas a elegir y desarrollar formas propias de dirimir los conflictos que se susciten entre sus miembros *(disenso interno)*, así como el de protegerse de interferencias abusivas externas, capaces de

27 Dieter Nohlen, *Instituciones políticas en su contexto*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 92.

limitar o entorpecer el ejercicio de su derecho al autogobierno.[28] En esta perspectiva, un país multicultural, como el nuestro, está en la obligación de identificar a estas *nacionalidades diferenciadas* y adoptar las medidas materiales y normativas necesarias para que todo ciudadano y ciudadana pueda ejercer, a plenitud, sus derechos de participación política, dentro de un marco de respeto y tolerancia de sus peculiaridades, *so pena* de mantener el estado actual de discriminación.

La tutela efectiva de la autodeterminación de los pueblos, en su calidad de derecho humano, en sentido estricto y colectivo, requiere contar con la estructura y medios necesarios que permitan su viabilidad. Así, el desarrollo de procedimientos electorales propios o diferenciados, en relación al acuñado por la sociedad mayor, no constituye una concesión estatal o una medida populista para conquistar el voto indígena, se trata de una obligación en sentido fuerte, que de no ser cumplida provocará tensión social. Se trata, por tanto, de un tema que si bien no ha sido parte de la agenda prioritaria de los pueblos y nacionalidades, debe dilucidarse a fin de posibilitar salidas debatidas y oportunas, antes que la reivindicación y la agitación política desborde toda posibilidad de diálogo.

> La tensión nacida de la obligación de abstraer a la persona concreta para no interesarse más que en ciudadanos abstractos es cada día más difícil de controlar. Es grande la tentación de regresar a los modelos de tipo comunitario basados en la etnia, el idioma, la religión o los tres combinados a su manera. Lo cierto es que la administración electoral debe considerar este problema, el cual no está en posición de controlar, ya que necesita de los esfuerzos colectivos de toda la nación.[29]

Como sistema democrático hemos dado pasos agigantados hacia el pleno reconocimiento de la pluralidad social y política. El reconocimiento de derechos específicos de titularidad de grupos minoritarios se alcanzó con

28 Will Kymlicka, "Derechos Individuales y Derechos Colectivos", en *Los Derechos Colectivos: Hacia su efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 16, 2009, p. 5.

29 Nguyen Huu Dong, "El voto de la práctica individual a la práctica social" en *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007*, México D.F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 637.

la expedición de la Constitución Política de 1998 (Capítulo 5, título 2, Art. 83-85). Para efectos de este trabajo, me centraré en el derecho de pueblos indígenas y afroecuatorianos "…a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad." La aptitud de generar actos de autoridad, es decir tomar decisiones que afecten al colectivo, sólo puede emanar, al menos en condiciones pacíficas y democráticas, de un procedimiento legitimador que puede ser diverso en su forma pero que debe apuntar a la plena garantía del ejercicio de los derechos de participación de sus miembros, en igualdad y respeto; y, al mismo tiempo, que debe ser protegido y promovido por el Estado.

La Constitución de 2008, siguiendo la línea de su predecesora, aunque ampliándola al pueblo montubio, establece que "los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura.". En este sentido, se faculta a estos pueblos a ejercer las prerrogativas atinentes a su autogobierno en zonas predeterminadas. En este sentido, las únicas restricciones legítimas al ejercicio de tal derecho estarían dadas por las reglas propias del razonamiento ponderativo, sea en abstracto o en concreto. Es decir, es necesario establecer estándares mínimos que hagan posible una compatibilización entre su ejercicio y el respeto de los derechos de sus miembros y de terceros. El derecho al autogobierno implica, no sólo el reconocimiento de la autoridad elegida por el grupo y las decisiones tomadas en representación de la voluntad general, involucra, también, el reconocimiento del procedimiento por el cual una persona resultó electa.

El reconocimiento constitucional sobre la validez de procedimientos alternativos para la elección de autoridades y representantes, y de acuerdo a sus usos y costumbres implicaría un reconocimiento expreso de una pluralidad de sistemas electorales formales y vigentes. La cosmovisión de comunidades indígenas, como una forma de *democracia procedimental,* constituye una herramienta básica para viabilizar la democracia en sentido sustancial, inclusiva y respetuosa. En 1998, la Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CONAIE) en su planteamiento a reformas constitucionales, ya estableció en el punto 5. 6 que "…la elección de representantes de los pueblos y nacionalidades indíge-

nas, así como de sus autoridades, se regirá por el sistema electoral especial previsto por la ley orgánica correspondiente.[30] Por tanto, este tema no es una novedad. Se trata de una asignatura pendiente para el sistema constitucional de derechos y justicia que necesita ser colocada sobre la mesa del debate político general.

Debemos reconocer que los órganos administrativos de la Función Electoral han desplegado esfuerzos considerables para dar un enfoque intercultural a su sistema de elecciones.[31] No obstante, la participación política de grupos diversos y la implementación de una democracia procedimental no se agota con la difusión de publicidad electoral en idiomas ancestrales o con la promoción de una cultura cívica monocultural, toda vez que el sistema de elecciones y las concepciones de civismo que conforman la malla curricular pueden no corresponder a la cosmovisión de pueblos diversos. No es posible hablar de una democracia representativa en sentido material cuando personas pertenecientes a grupos étnicos minoritarios no cuentan con igual oportunidad de participación en la escena político-electoral respecto de la sociedad mayor.[32]

En consecuencia, el sistema electoral vigente es un procedimiento político impuesto, homologador y colonizador en el que las reglas del juego están parcializadas a favor de sectores mayoritarios. Durante las elecciones generales de 2006 se evidenció que el 71.8% de los recintos electorales, ubicados en los cantones de Riobamba, Otavalo y Cañar; es decir, donde se concentra la mayor cantidad de población indígena, se encuentran alejados de las zonas rurales; que el 94.2% de recintos electorales no

30 Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Las Nacionalidades Indígenas y el Estado Plurinacional*, Quito, Imprenta Nuestra Amazonía, 1998. p. 33.

31 Dentro del Plan Estratégico 2010 del Consejo Nacional Electoral, en la Línea de Acción denominada de Promoción Político-Electoral (meta 4), punto 11, tiene previsto generar proyectos de conocimiento y estudios sobre temas políticos electorales, con enfoque intercultural, así como la creación de espacios de diálogo político-electoral. En la misma línea, se prevé el desarrollo de la primera campaña nacional cívico-electoral con énfasis en intercultural y ruralidad. No obstante, el enfoque intercultural no deja de desarrollarse en torno a un único sistema de elecciones.

32 "La Corte considera que la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos (…) es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa." Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, *sentencia de fondo*, junio 2005, párr. 217.

cuentan con información en una lengua diferente al castellano. Este dato es preocupante si se considera que un gran porcentaje de la población indígena es analfabeta y que las autoridades electorales no asisten a estas personas de manera respetuosa, por el contrario, han adoptado posturas paternalistas, violentas y discriminatorias. Se asume que el 54.6% de personas analfabetas tuvieron inconvenientes para sufragar y que el 48% de la población indígena es mayormente vulnerable a la inducción del voto, según el Observatorio Electoral Intercultural.[33] El número reducido de votantes indígenas, en relación con la sociedad mayor no sólo es una dificultad cuantitativa, lo es cualitativa, en cuanto la población mestiza tiende a votar por el candidato no indígena por razones xenofóbicas.[34] Estos aspectos evidencian que el sistema electoral ecuatoriano es estructuralmente discriminatorio, enajenante y no responde a las aspiraciones políticas de todos los sectores sociales.

La vulnerabilidad electoral de los grupos indígenas, en relación al ejercicio del derecho al sufragio activo, fomenta el populismo, la compra de votos, la feria de promesas irrealizables, la creación de alianzas políticas multinacionales que sólo provocan que las diferentes comunidades voten a favor de tal o cual candidatura, sin que esto represente un acuerdo que pueda evidenciarse en la ejecución del plan de acción gubernamental presentado. En este sentido, los pueblos y comunidades tradicionales han sido utilizados como una estrategia de coyuntura para la consecución de objetivos partidistas de grupos de poder, que no permite que las minorías étnicas alcancen los fines que motivaron la conformación de alianzas con fines electorales.

Las falencias del sistema electoral, que fomentan la exclusión de grupos minoritarios, desde una perspectiva plurinacional, no sólo tienen una explicación histórica o normativa sino cultural, técnica y práctica.

33 Fundación Q´ellkaj, *Participación política Electoral en el Ecuador, una mirada intercultural*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 105-114.

34 Klaus von Beyne demuestra, desde la perspectiva histórica que en la Alemania de los años 70, la votación de los conservadores aumentó significativamente por quienes se identificaban con tendencias liberales en las poblaciones con grandes núcleos de inmigrantes, debido a criterios xenófobos. Klaus Von Beyne, *Los partidos políticos en las democracias occidentales,* Madrid, Siglo veintiuno editores, 1996, p. 360.

Desde la perspectiva cultural, debemos entender que los sistemas políticos, jurídicos y sociales indígenas poseen una tradición esencialmente oral. En tal virtud, resulta poco práctico que estas personas procedan a identificar a los candidatos de su preferencia, dentro una papeleta infestada con nombres, símbolos, fotografías, leyendas y opciones limitadas de voto. Este modo de elegir, por ser ajena a su tradición oral, visual y gesticular de las comunidades y pueblos indígenas producen un alto porcentaje de votos nulos. En los resultados de las elecciones presidenciales del 2006, se determinó que, en los cantones donde existe mayor concentración de población indígena, el 15.6% de votos nulos correspondía al segundo rubro más alto de la votación total.[35]

La escasa difusión de información electoral, en lenguas nativas, constituye otro de los obstáculos culturales restrictivos del cabal ejercicio de los derechos de participación política de los pueblos y comunidades indígenas. Pese a que el Consejo Nacional Electoral ha realizado un esfuerzo importante al difundir propaganda electoral multiligüe, resulta complejo que dicha difusión sea reproducida en al menos 14 lenguas, que corresponderían a las 14 nacionalidades reconocidas por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE).[36] Por otro lado, en buena parte de las comunidades indígenas se evidenció que, si bien llegó material educativo en lenguas ancestrales, en ocasiones los idiomas utilizados llegaron a comunidades cambiadas; por ejemplo, a comunidades en las que se habla kichwa, llegó material en shuar o viceversa.[37]

Esta limitación no se agota en un problema terminológico o en ligerezas en la distribución de material. Es importante motivar la participación de los sectores indígenas, lograr que sean parte medular del proceso eleccionario. La familiaridad que debe existir entre electores y autoridades

35 Fundación Q´ellkaj, *Participación política Electoral en el Ecuador, una mirada intercultural*, p. 101.

36 Las nacionalidades indígenas, reconocidas por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador son: Awá, Chachi, Epera, Tsa`chila, Shuar, Achuar, Andoa, Siona, Secoya, Wuaorani, A`iconfán, Shiwiar, Zápara y Kichwa. La calidad de nacionalidad se da, entre otras cosas, al poseer una estructura social y jurídica propia. Disponible en: www.codenpe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=227 (16-09-2009).

37 Misión de Observación Electoral, Informe Final Ecuador, Elecciones presidenciales y para Asamblea Nacional, Unión Europea, junio de 2009, p. 32.

electorales es indispensable para motivar la participación responsable de quien se siente parte de un sistema del que se asume beneficiario. Esta fluida relación llegará a darse una vez que las comunidades tradicionales se empoderen del sistema estatal, cosa que no ha ocurrido en un siglo de sufragio universal, o hasta que se reconozcan como formales, sistemas propios, tradicionales y cultural y constitucionalmente aceptables.

Un sistema ajeno a la cosmovisión cultural produce apatía, desmotivación, lo que a su vez se evidencia con el alto porcentaje de ausentismo registrado. Las limitaciones logísticas de transporte, infraestructura adecuada y desconocimiento de ciertos criterios culturales por parte de la autoridad electoral, especialmente de la coordinadora o coordinador de recinto, que por lo general es mestizo aún en territorios donde se asientan comunidades indígenas, profundiza la brecha entre el ser y el deber ser del proceso eleccionario.

La multa prevista en la Ley Orgánica Electoral o Código de la Democracia, tampoco constituye una medida efectiva para motivar la participación del sector indígena. En primer lugar porque en caso de no cancelarse la multa lo peor que podría suceder es que la persona no obtenga el certificado de votación que poco o nada sirve a un campesino, que no posee expectativas de viajar al extranjero, de realizar trámites notariales o postularse a cargos públicos. Tampoco es efectivo porque la obligación de sufragar, bajo la promesa de una sanción, no es consecuente con el objetivo de crear responsabilidad en la ciudadanía, en cuanto al determinante rol que tiene el sufragio en la construcción diaria de democracia.

Otro aspecto a considerarse es la concepción colectivista de los derechos fundamentales, desde la cosmovisión indígena. A diferencia de la sociedad mayor en la que el derecho al sufragio constituye un derecho público subjetivo,[38] de primera generación, la idea colectivista produce efectos diametralmente distintos, no sólo de concepción sino en el modo

38 Humberto Quiroga distingue entre tres cases de derechos subjetivos constitucionales: a) como facultad (como derecho a la propia conducta, es decir como libertad; b) como derecho público subjetivo (correlato a una conducta debida del Estado, grupo en el que incluye a los derechos políticos; y, c) como garantía (derecho a la jurisdicción estatal). Humberto Lavié Quiroga, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, De Palma, 1987, p. 154, citado por Antonio Piccato Rodríguez, "El Sufragio Pasivo", en Serrano Migallón, Fernando coord., *Derecho Electoral*, México D.F., Porrúa, 2006, p. 85.

de ejercicio. Por una parte, las decisiones políticas en comunidades indígenas suelen darse por consenso; es decir, existe un proceso de deliberación ampliado en el que participan todos los miembros de la comunidad interesados en ello, hasta llegar a un acuerdo basado en el diálogo y la argumentación. El derecho a elegir, desde la perspectiva estatal, es un derecho individual y, por tal, debe ser universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente. A la luz de estos principios fundamentales, la elección de autoridades indígenas es una decisión colectiva en la que todos participan; no se puede hablar, por tanto, de un derecho igual porque existen personas con mayor prestigio que otras, tampoco es secreto porque el proceso de deliberación es oral y requiere que la persona que presente una candidatura, así como quienes la apoyan y quienes no, expresen públicamente las razones que motivan a aconsejar o no tal designación; el escrutinio público tampoco sería aplicable, si se trata de un sistema de deliberación oral, público y ampliado. La *certeza electoral*[39] y la pureza de los resultados están seguros por la publicidad del proceso deliberativo.

El alto grado de acercamiento con la autoridad designada posibilita la implementación de efectivos sistemas de fiscalización política y participación directa en la toma de las decisiones que conciernen a la comunidad. El mismo debate ampliado que legitimó la entrega del mandato a la persona correspondiente, puede avalar su sustitución o destitución inmediata, por no hacer justicia a los intereses que motivaron su designación. Los sistemas políticos indígenas no están cubiertos de tantas formalidades como el sistema estatal, según el cual, para que proceda la revocatoria del mandato es indispensable contar con requisitos de difícil cumplimiento (diez o quince por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente, según el caso). Por su parte, el sistema indígena se presenta mucho más directo, consensuado, económico y capaz de evidenciar la pureza de la voluntad comunitaria. Por ser directo e inmediato, no existen tantas posibilidades de manipulación como ocurre con los siste-

39 "Poner en peligro la certeza electoral despierta la alerta social y suspicacias de sectores que podrían verse ilegítimamente beneficiados por eventuales defraudaciones a la pureza de la voluntad popular, todo lo cual se opone a los objetivos propios de los mecanismos de democracia representativa, previstos en la Constitución y al rol garantista de la Función Electoral". Tribunal Contencioso Electoral Sentencias No. 404-2009-TCE; y, 544-553-2009-2009-TCE.

mas informáticos y la propaganda electoral. Luego, en los sistemas deliberativos indígenas los miembros de la comunidad poseen, de primera mano, la información completa y objetiva que justifica la adopción de la decisión correspondiente.

El sistema de justicia electoral tampoco posee un enfoque intercultural de fondo. Su concepción legalista, formalista, escrita y no deliberativa constituye un verdadero obstáculo para la exigencia de los derechos de participación de pueblos y nacionalidades indígenas que, por su parte, han desarrollado otros sistemas de justicia más acordes a su idiosincrasia, en los que todo conflicto, sea público o privado, converge porque dicha distinción es irrelevante ante la necesidad de tomar medidas para solucionarlo.[40] Sin perjuicio del régimen sancionatorio electoral, el Tribunal Contencioso Electoral es competente para conocer y resolver sobre la legitimidad de las actuaciones del Consejo Nacional Electoral y demás organismos desconcentrados. En este sentido, el máximo órgano de justicia electoral únicamente resuelve casos que previamente ingresaron a la esfera institucional del Estado, arrastrando desde su origen, las dificultades establecidas en líneas anteriores. Asimismo, la legislación electoral no prevé *garantías fundamentales subsidiarias* o recursos contencioso-electorales flexibles que permitan atender la exigencia de derechos políticos, con dimensión colectiva, ya que toda la legislación gira en torno a un solo derecho de participación: el sufragio, tratado y regulado a partir de una concepción individualista, propia de su naturaleza, como derecho subjetivo público.

Por otro lado, el acceso a la justicia electoral, por parte de sujetos colectivos, que no fuesen organizaciones políticas, debidamente acreditadas, es inexistente ya que sólo los partidos, movimientos y alianzas son considerados sujetos políticos y, como tal, poseen legitimación activa exclusiva para presentar su conflicto ante este órgano jurisdiccional. La

40 "No existe distinción entre conflictos civiles, penales o de cualquier otra naturaleza porque el parámetro de conducta inapropiada está dado por la afectación de las actuaciones humanas, a la armonía con la comunidad y para con la naturaleza. Esta paz puede ser importunada por la injerencia del "otro", lo que obliga a la comunidad a crear mecanismos de autodefensa". Diego Zambrano Álvarez, "Justicias Ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes" en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo edits., *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 15, 2009, pp. 219-249.

legitimación activa recae también sobre personas naturales o jurídicas que fuesen capaces de acreditar la vulneración de un derecho subjetivo; es decir, un derecho individual y de libre disponibilidad, por parte de su titular.[41] En cualquiera de los dos casos, el planteamiento de un proceso judicial ante el Tribunal Contencioso, por parte de una comunidad indígena, no cumple con los requisitos de admisibilidad; por tanto, el asunto de fondo ni siquiera llega a ser conocido por esta Corte.

En suma, las comunidades ancestrales como tales, no son sujetos de tutela efectiva, por parte del sistema de justicia electoral en Ecuador. En contraposición, la justicia electoral mexicana sentó jurisprudencia en el sentido que el análisis de la legitimación activa, en el juicio para la protección de derechos político-electorales de un ciudadano *debe ser flexible* cuando sea necesario atender a las circunstancias particulares de los integrantes de grupos étnicos diversos.[42] Recordemos que el Estado de Oaxaca incorporó en su texto Constitucional el derecho de los municipios con población indígena a elegir a sus autoridades por usos y costumbres, es decir, mediante un sistema electoral propio. Este derecho se complementa con aquel de recibir tutela efectiva a nivel federal para garantizar el ejercicio de este derecho colectivo.[43] En la misma línea, la Constitución panameña (Art. 144, num. 5) bajo la figura del *circuito electoral* abre la posibilidad para que en poblaciones con mayoritaria concentración de población indígena y factores históricos y culturales diversos puedan conformar un circuito electoral y desarrollar un proceso electoral conforme a sus tradiciones.[44]

41 Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador, Art. 244 "…se consideran sujetos políticos y *pueden proponer los recursos* contemplados en los artículos precedentes, los partidos políticos, movimientos políticos, alianzas y candidatos (…) Las personas en goce de los derechos políticos y de participación, con capacidad de elegir, y las personas jurídicas podrán proponer los recursos previstos en esta Ley *exclusivamente* cuando sus derechos subjetivos hayan sido vulnerados." (el énfasis es añadido).

42 Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Caso Moisés Ramírez Santiago y otros vs. Instituto Estatal Electoral de Oaxaca y otra, Tesis XX/2008. *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia Electoral*, año 1, número 2, 2008, p. 53.

43 María Luisa Acevedo y María Teresa Pardo, "Reformas Constitucionales y derechos culturales de los pueblos indígenas de Oaxaca", en *Cuaderno del Sur*, num. 4, Oaxaca, 1993, citado por Bárcenas López, "Elecciones por usos y costumbres en Oaxaca, p. 355, disponible en http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/20.pdf

44 "El Circuito Electoral no es más que la agrupación de una determinada cantidad de población electoral. (…) Para agrupar la población en circuitos electorales, se debe tomar en cuenta como

La propuesta de alcanzar un sistema electoral plurinacional, capaz de integrar a sus partes, sin despersonalizarlas, es una exigencia ante un modelo de imposición cultural homogenizadora, enajenante e impositiva. Se plantea un reconocimiento mutuo, respetuoso, coordinado y de mutuo aprendizaje sobre las diferentes formas y métodos con los que se puede llevar a efecto un proceso electoral. Esto, lejos de romper la unidad democrática del país, será capaz de profundizarla al potenciar el efectivo ejercicio de los derechos de participación de grupos humanos minoritarios, tradicionalmente excluidos. La investigación *politológica* contextualizada y el diálogo intercultural intenso posibilitarán que pueblos diversos elijan, de forma democrática y respetuosa de los derechos de grupos e individuos, a sus autoridades; y, representantes y que tomen partida por la situación política del país.

La democracia procedimental tiene que ser versátil, mutable pero en esencia, buscar el mismo fin; la consolidación de un sistema de democracia real. La imposición de métodos electorales excluye la participación de sectores sociales, desvirtuando el fin perseguido. La *democracia procedimental*, con enfoque plurinacional, posibilita la consolidación de una democracia representativa y participativa bajo condiciones igualitarias de participación dentro de los sistemas políticos latinoamericanos.[45]

criterios básicos: (…) las divisiones políticas actuales; la proximidad territorial; la concentración de la población indígena; los lazos de vecindad; las vías de comunicación…" Ver: Dirección Nacional de Organización Electoral, Departamento de Capacitación de Funcionarios Electorales y otros, Organización Política del Estado Panameño y Los criterios electorales para Escoger Sus Autoridades, Módulo 4, 1995, disponible en www.tribunal-electoral.gob.pa/elecciones/educa_civica/.../modulo-04.doc

45 Ermanno Vitale, "Norberto Bobbio y la Democracia Procedimental", Roma, Universidad de Sassari, disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2005-26-CA504E04-8130-9FA1-B22B-6C683F071869&dsID=norberto_bobbio.pdf (04-01-2010).

2. La consulta previa vinculante: Un derecho de participación política oculto en el sistema de Derecho internacional

2.1 Consulta previa, según el Sistema Universal de Derechos Humanos

El Art. 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, dice:

> Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su *consentimiento libre e informado* antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo".(El énfasis es añadido)

Bajo esta directriz, la participación de la que habla el Convenio 169 no sólo tendrá que ser de buena fe y demás calificativos que pudiesen resultar vacíos al momento de contrastarlos con la realidad, sino que adquiere fuerza vinculante, tanto para los Estados como para los demás integrantes de la sociedad. Elevado el estándar, la consulta previa adquiere connotaciones vinculantes, lo que conlleva la obligación de armonizar los ordenamientos internos, sin atenuaciones jurídicamente viables.

No cabe duda que la armonización exige un primer ejercicio de interpretación, en abstracto, por parte del legislador, sobre el alcance y su aplicabilidad en el escenario de lo concreto. Sin embargo, las reglas de interpretación que emanan de la Declaración Universal (Art. 30) prohíbe cualquiera que pueda "…conf[erir] derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o a realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos…".[46]

Esta primera interpretación oficial debe ser entendida y aplicada, por los operadores jurídicos, a la luz de los principios del Derecho internacional, por lo que una restricción en el ámbito de protección de los Derechos

46 El espíritu de esta regla de interpretación tiene concordancia con el Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Humanos, en general, y de los derechos colectivos, en particular, respecto del derecho a decidir sobre asuntos capaces de afectarlos económica, social y culturalmente, lleva implícita la mora en cuanto al cumplimiento de obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado.

De esta manera, el Sistema Universal evoluciona hacia una concepción colectivista de los Derechos Humanos, siguiendo la línea anteriormente trazada por instrumentos como la Proclamación de Teherán, la Declaración de Machu Picchu que vincula la definición de democracia con el respeto y la promoción de la pluriculturalidad, la Declaración de Quito de 1990 que toma "…en cuenta que los DESC forman parte de los valores fundamentales de una verdadera democracia, entendida como el conjunto de prácticas socio-políticas que nacen de la participación y libre autodeterminación de los ciudadanos/as y los pueblos", la Declaración de Barbados que entiende al territorio como prerrequisito indispensable para el ejercicio del autogobierno.

La respuesta que da el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al tema, aunque sin seguir el mismo rumbo, llega a conclusiones similares.

2.2 Consulta previa, según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Si bien la evolución del Sistema Interamericano difiere del sistema universal en su proceso, las consecuencias y exigencias impuestas a los Estados producen efectos similares. El Sistema Interamericano no cuenta actualmente con un instrumento positivo sobre derechos de los pueblos indígenas y, consecuentemente, sobre consulta previa. No obstante, el proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas puede ser asumido como una referencia válida, a manera de *soft law* para direccionar la práctica jurídica dentro de los sistemas jurídicos internos.

Más allá de la aceptación o no del valor efectivo de un proyecto de declaración, la Corte Interamericana, bajo el amparo de su interpretación evolutiva, ha tomado como punta de lanza al Art. 21 de la Convención Americana, relativo al derecho a la propiedad privada, para abrir un canal hacia el pleno reconocimiento de los derechos colectivos. El primer pre-

cedente significativo es el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua en virtud del cual se reconoce la existencia de derechos territoriales específicos de los pueblos originarios. En esta oportunidad la Corte expresó que:

> Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad." Luego dirá: "El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad (…)[47]

El precedente continuaría en expansión por ocasión del caso Yakie Axa y Sawhoyamaxa, hasta consolidarse en el Caso Saramaka en ejercicio de sus atribuciones interpretativas sobre el mismo Art. 21, la Corte avanza en el alcance de dicho precedente y

> (…) considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, *no sólo de consultar* a los Saramakas, sino también *debe obtener el consentimiento* libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. (El énfasis es añadido).

Ahora bien, de conformidad con el Art. 62, num. 1 de la Convención, la Corte tiene competencia sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención. Dado que el Sistema Interamericano no prevé instrumento positivo sobre consentimiento previo, la ha tenido que crear, vía desarrollo jurisprudencial. Esta nueva norma que emana de una interpretación oficialmente autorizada por la Convención, y por tanto,

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Sentencia de Fondo, párrs. 149 y 151 respectivamente.

por los Estados partes entre los que se encuentra Ecuador,[48] adquiere idéntica jerarquía respecto de la norma interpretada. El principio del *paralelismo de las formas*[49] obliga al reconocimiento de la jerarquía *convencional* de toda interpretación oficial ya que es, precisamente por ello, que la jurisprudencia de la Corte crea precedentes vinculantes, no sólo para las partes en un caso concreto sino que va creando normas de Derecho internacional con efectos *erga omnes* que, irreductiblemente, deben encontrar resonancia en la normativa interna de sus signatarios. Este principio general del derecho no sólo tiene razón de ser en el sentido de dar valor material a los designios de la norma positiva sino, también, para garantizar su ductilidad y acoplamiento a las nuevas realidades y requerimientos sociales.

Una vez creado un precedente de observancia obligatoria y vinculante para Ecuador, es indispensable incorporarlo al ordenamiento jurídico interno. Si ahondamos en principios de Derecho internacional público, la teoría del *desdoblamiento funcional* de Scelle[50] obliga al ordenamiento interno de cada Estado a *desdoblarse* o expandir su inmediato cometido, a fin de de convertirse en un mecanismo apto para la recepción y efectivización de la vigencia práctica de las normas y principios de Derecho internacional. Así lo ha entendido el Art. 2 de la Convención que obliga a los estados a adoptar disposiciones de derecho interno para lograr la garantía efectiva de los Derechos Humanos.

El inciso segundo del Art. 424 de la Constitución reconoce la primacía de los tratados internacionales "…que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución…". Con ello, la norma fundamental establece, tácitamente, la vigencia de la teoría del *bloque de constitucionalidad* en virtud de la cual los derechos no previstos por el ordenamiento interno, pero reconocidos por el Derecho Internacional, "…se encuentran incorporados al derecho interno de cada país con la misma

48 Ecuador es Estado Parte de la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte del 24 de julio de 1984.

49 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., séptima edición, 2000, pp. 172–176.

50 José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000, p. 167.

jerarquía que la Constitución pero sin integrarla. Constituyen el bloque de constitucionalidad, es decir el conjunto de disposiciones que incluyen a la Constitución y al resto de las normas con su mismo rango".[51] La cláusula abierta del Art. 11, num. 7 de la Constitución lo afirma.

Comparativamente, el derecho y la consecuente obligación por parte del Estado de obtener el consentimiento informado previo, prescrito por el Sistema Universal y el Sistema Interamericano, mediante evolución jurisprudencial puede entrar en contradicción con el estándar del Art. 57, num. 7 que se refiere a la consulta previa, libre e informada lo que nos remite a uno de los principios básicos de interpretación de derechos humanos (Art. 11, num. 5) por el cual, en materia de derechos fundamentales, se deberá "aplicar la norma que más favorezca su efectiva vigencia…".

La norma internacional sobre consulta previa no sólo se entiende incorporada al derecho interno por las obligaciones generales del Art. 2 de la Convención Americana y la teoría del bloque de constitucionalidad, sino que al establecer un estándar más favorable a la efectiva vigencia de los Derechos Humanos prevalece por sobre la propia Constitución, por existir expresa disposición que obliga a la aplicación directa de los tratados y convenios internacionales. No podemos sino concluir que, en el Ecuador, no basta consultar previa e informadamente a los pueblos y nacionalidades indígenas sino que es necesario alcanzar su pleno consentimiento, libre de todo vicio de la voluntad, en virtud del ejercicio al derecho de autodeterminación de los pueblos y al derecho de propiedad ancestral, igualmente consagrado.

51 Ariel E. Dulitzky, "La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales: Un estudio comparado" en *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Martín Abregú, Christian Courtis, comp. 1997, p. 48.

Bibliografía

Acevedo María Luisa y Pardo María Teresa, "Reformas Constitucionales y derechos culturales de los pueblos indígenas de Oaxaca", en *Cuaderno del Sur*, num. 4, Oaxaca, 1993, citado por López Bárcenas, "Elecciones por Usos y Costumbres en Oaxaca", disponible en http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/20.pdf

González Amuchastegui, Jesús, "Derechos Humanos: universalidad y relativismo Jurídico", en *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos,* Rafael Nieto, Navia Edit., San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994.

Boaventura de Sousa Santos, *La Globalización del Derecho*, Bogotá, UNIBIBLOS, trad. César Rodríguez, 1998.

Borja, Rodrigo, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Quito, Editorial Planeta, 2007.

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Las Nacionalidades Indígenas y el Estado Plurinacional*, Quito, Imprenta Nuestra Amazonía, 1998.

Consejo Nacional Electoral, Plan Estratégico 2010.

Dulitzky, Ariel E., "La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales: Un Estudio Comparado" en *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Comp.,Martín Abregú, Christian Courtis, 1997.

Duverger, Maurice, *Los partidos políticos*, México, Fondo de cultura económica, 1996.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, cuarta edición, 1994.

Fundación Q´ellkaj, *Participación política Electoral en el Ecuador, una mirada intercultural*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

Garrorena, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.

Huu Dong, Nguyen, "El voto de la práctica individual a la práctica social" en *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007*, México D.F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

Klaus von Beyne, *Los partidos políticos en las democracias occidentales,* Madrid, Siglo veintiuno editores, 1996.

Kloosterman, Jeannette, *Identidad Indígena: Entre Romanticismo y Realidad*, Amsterdan, Thela Publishers, Trad. E. Magaña.

Kymlicka, Will, "Derechos Individuales y Derechos Colectivos", en *Los Derechos Colectivos: Hacia su efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 16, 2009.

Lavié Quiroga, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, De Palma, 1987, citado por Antonio Piccato Rodríguez, "El Sufragio Pasivo", en Serrano Migallón, Fernando Coord. *Derecho Electoral*, México D.F., Porrúa, 2006.

Maiguashca, Juan, "La Dialéctica de la Igualdad" en *Etnicidad y Poder en los Países Andinos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Universidad de Bielefeld y Corporación Editora Nacional, 1997.

Nohlen, Dieter, *Instituciones políticas en su contexto*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

———, *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*, México D.F., Universidad autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 1995.

Papacchini, Angelo, *Filosofía y Derechos* Humanos, Santiago de Cali, Facultad de Humanidades, 1994.

Pastor Ridruejo, José, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000.

Peña Freire, Antonio, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 7ma Ed., 2000.

Pisarello, Gerardo, "Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel", en *Los Derechos Sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

Ricoeur, Paul, "Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos: Una síntesis", en *Los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*, Barcelona, Ediciones Serbal, 1985.

Sanchís, Luis Prieto, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley S.A., 2000.

Tribunal Supremo Electoral, *Ecuador: Referéndum 2008*, Documentos Electorales No. 23, Quito, Tribunal Supremo Electoral, 2008.

Unión Europea, Misión de Observación Electoral, Informe Final Ecuador, Elecciones presidenciales y para Asamblea Nacional, junio de 2009.

Vitale Ermanno, "Norberto Bobbio y la Democracia Procedimental", Roma, Universidad de Sassari, disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2005-26-CA504E04-8130-9FA1-B22B-6C683F071869&dsID=norberto_bobbio.pdf

Zambrano Álvarez, Diego, "Justicias Ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes" en Espinosa Carlos y Caicedo Danilo Edit*., Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 15, 2009.

Tribunal Contencioso Electoral Sentencias No. 404-2009-TCE.

Tribunal Contencioso Electoral Sentencias No. 544-553-2009-2009-TCE.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Caso Moisés Ramírez Santiago y otros Vs. Instituto Estatal Electoral de Oaxaca y otra, Tesis XX/2008. *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia Electoral*, año 1, número 2, 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez*, Sentencia de Fondo.

————, Caso Yatama Vs. Nicaragua, *sentencia de fondo*, junio 2005.

————, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Sentencia de Fondo.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador.

Colaboradores

Rosembert Ariza Santamaría, Abogado, Doctor en Sociología Jurídica, docente Universidad Nacional de Colombia y Universidad Santo Tomás, asesor de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, arosembert@yahoo.es.

Luis Fernando Ávila Linzán, Abogado por la PUCE, máster en Derecho Constitucional,UASB-Q. Diplomado en Derechos Humanos, Instituto Raoul Wallemberg, Suecia-Costa Rica. Diplomado en Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); Máster en Estudios Políticos (c) (FLACSO). Actualmente, Coordinador de la Relatoría de la Corte Constitucional y secretario ejecutivo de la RCD. ecuadorconstitucional@yahoo.com

Bartolomé Clavero, Doctor en derecho y catedrático de la Universidad de Sevilla. Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. clavero@us.es

Óscar Correas, Licenciado en derecho, Universidad Católica de Córdoba; Maestría en Ciencias Sociales, Universidad Autónoma de Puebla; Doctor en derecho, Universidad de Saint-Etienne; Diploma Honoris Causa en Filosofia e Teoria Generale del Diritto, del Seminario per le Scienze Giuridiche e Politiche de la Universidad de Pisa; Fellow of the International Institute for the Sociology of Law. cri_jur@yahoo.com.mx

Isabela Figueroa, Abogada especializada en derecho de los pueblos indígenas. Completó estudios legales en Brasil, Ecuador, Estados Unidos y

Canadá, y ha trabajado con diversas organizaciones indígenas de los países de la cuenca amazónica, apoyando a sus estrategias de resistencia a las industrias extractivas y reivindicaciones de tierras. Actualmente es alumna del programa de doctorado en Estudios Culturales Latinoamericanos de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito.

Agustín Grijalva Jiménez, Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; Máster en Ciencias Políticas, University of Kansas, Lawrence; Doctor en Ciencia Política, University of Pittsburgh. Docente del Área de Derecho y Coordinador de la Especialización Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. agustin.grijalva@gmail.com

Raúl Llasag, Abogado kichwa de Cotopaxi, doctor en jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador; Magíster y docente en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. rllasag@hotmail.com

Diego Zambrano Álvarez, Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE; Diploma y magíster (c) en Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Funcionario de la Dirección de asesoría e investigación del Tribunal Contencioso Electoral. diego.zambrano@tce.gob.ec

Alex Valle Franco, Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE; Máster en Derechos Humanos y Democracia UASB-Q; Maestría en Sociología (c) FLACSO; profesor de la UASB, PUCE e IAEN.

Corte Constitucional, para el período de transición

Patricio Pazmiño Freire
Presidente

Édgar Zárate Zárate
Vicepresidente

Roberto Bhrunis Lemarie
Juez

Patricio Herrera Betancourt
Juez

Alfonso Luz Yunes
Juez

Hernando Morales Vinueza
Juez

Nina Pacari Vega
Jueza

Ruth Seni Pinoargote
Jueza

Manuel Viteri Olvera
Juez

ISBN: 978-9978-92-997-1