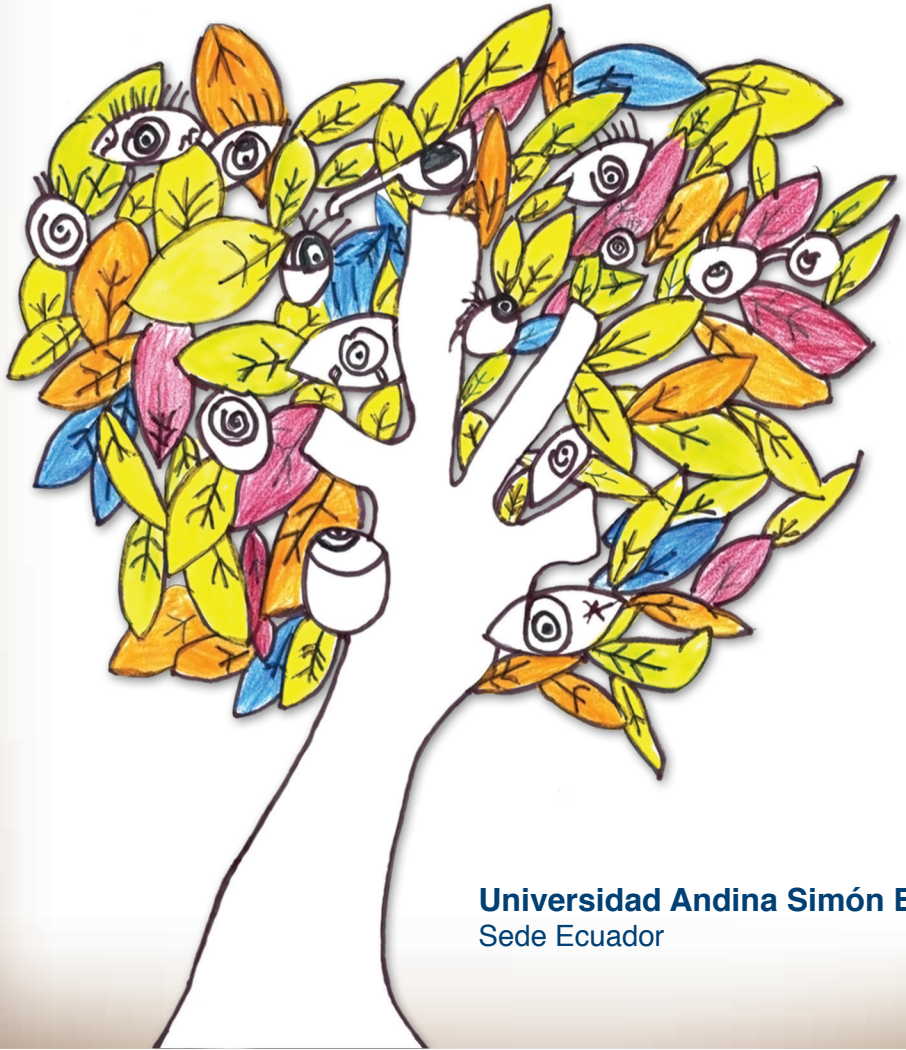
EL NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO

Ramiro Ávila Santamaría



Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

El neoconstitucionalismo andino

El neoconstitucionalismo andino

Ramiro Ávila Santamaría

UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Quito, 2016

Huaponi Ediciones

El neoconstitucionalismo andino
Ramiro Ávila Santamaría

Primera edición
Febrero de 2016
Quito, Ecuador
ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-724-0

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Toledo N22-80 • Apartado Postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085 - 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

Coordinación editorial
Quinche Ortiz Crespo
Revisión editorial
Shirma Guzmán Palacios
Corrección de estilo
Miguel Romero Flores

Imagen de carátula
"Los ojos de la selva", Nina Ávila Castro

Diseño de páginas interiores e impresión
V&M Gráficas
Jorge Juan N32-36 y Mariana de Jesús • Teléfono: (593 2) 320 1171

Las opiniones vertidas en este libro son de responsabilidad del autor y no representan necesariamente el pensamiento de los editores.
La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Índice

Introducción **13**

El constitucionalismo latinoamericano:
Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino

Introducción 19

I. El constitucionalismo liberal conservador 20

II. El constitucionalismo social 22

III. El neoconstitucionalismo 23

IV. El neoconstitucionalismo andino 26

1. La plurinacionalidad 27
2. La pachamama 28
3. El sumak kawsay 29
4. La democracia comunitaria 30
5. La justicia indígena 31
6. La interculturalidad 32

En defensa del neoconstitucionalismo transformador andino: Los debates y los argumentos

Introducción 33

I. La teoría neoconstitucional:
aspectos generales y aclaraciones metodológicas 35
1. Las precisiones metodológicas y la perspectiva crítica 35
2. El neoconstitucionalismo como nominación y teoría 37
3. Los teóricos del neoconstitucionalismo transformador 39
4. La estratósfera académica y el rol de la teoría 41

II. La teoría de la norma:
los principios, las reglas y los derechos 43
1. Los principios y las reglas 43
2. La función de los principios y la interrelación con las reglas 45
3. Los principios, las normas penales y civiles,
y la seguridad jurídica 49
4. El rol de los jueces y los derechos 50
5. El liberalismo, los derechos individuales y colectivos 52
6. La constitucionalización del derecho privado 54

III. El neoconstitucionalismo y el estado 56
1. El estado de derechos 56
2. ¿Puede el estado ser titular de derechos? 58
3. Rol del estado: ¿estado mínimo o fuerte? 59
4. Las políticas públicas 60
5. La Constitución de Montecristi
y la desinstitucionaliación del estado 62
6. El hipepresidencialismo, el caudillismo
y la plurinacionalidad 63

IV. La utopía andina 65
1. La utopía constitucional y la realidad 65
2. Reflexiones finales: el saber indígena y la utopía andina 67

La utopía andina y su distorsionada aplicación

Introducción 71

I. La utopía de Montecristi 72
1. La función política de una Constitución 72
2. La evolución del constitucionalismo 74
3. La utopía andina 76

II. La distopía de la Revolución ciudadana 78
1. La plurinacionalidad 79
2. La pachamama 80
3. El sumak kawsay 82
4. La democracia comunitaria 83
5. La justicia indígena 84
6. La interculturalidad 86

Reflexiones finales 88

El yasuní, los modelos de "desarrollo" y el sumak kawsay desde las mujeres indígenas

Introducción 91

I. Las visiones del Yasuní 92

II. Los modelos de "desarrollo" 95

III. El constitucionalismo andino y la voz de las personas y nacionalidades excluidas 98

Los fundamentos jurídicos de los derechos de la naturaleza y sus implicancias

Introducción 103

I. Todos los caminos conducen a Roma 104

1. La dignidad 105
2. El derecho subjetivo 107
3. La capacidad 108
4. La igualdad 109

II. Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana 111
1. La dignidad y su excepción 112
2. El derecho subjetivo y su progresiva ampliación 114
3. La capacidad y la representación 116
4. La igualdad y la comparabilidad 119

III. Caminar alegremente hacia la fuente: la filosofía andina 122
1. La relacionalidad 123
2. La correspondencia 124
3. La complementariedad 126
4. La reciprocidad 127

IV. Del agujero negro al Big Bang 129

V. Las implicancias 134
1. El liberalismo y los derechos de la naturaleza 134
2. El extractivismo es neoesclavismo 138

Reflexiones finales 141

La interculturalidad y el derecho:
¿Debe aprender el derecho estatal de la justicia indígena?

Introducción 145

I. La interculturalidad 147
1. La interculturalidad en la Constitución de Montecristi 147
2. El sentido histórico y político de la interculturalidad 149
2.1. El reconocimiento de la diversidad y de la colonialidad 149
a) La monoculturalidad y la diversidad 149
b) El reconocimiento de la colonialidad 151

2.2. El aprendizaje intercultural 153
2.3. La transformación de la realidad 155

II. El mecanismo sancionatorio de la justicia penal estatal: la cárcel 156
1. El hacinamiento 157
2. La violencia institucional 158
3. La falta de servicios públicos 160
4. La degradación del ser humano privado de libertad 161

III. La justicia "penal" indígena en clave intercultural 162
1. El estado no interviene 163
2. La conciliación y la purificación 165
3. La reparación 165
4. La privación de libertad en el mundo indígena 166

IV. Los retos de la interculturalidad en el ámbito legal: aprender de la cultura históricamente subordinada 167

La cárcel como problema global y la justicia indígena como solución local: El caso La Cocha

Introducción 171

I. La prisión como "solución" y como problema global 174
1. Aproximación histórica a la prisión 174
2. Aproximación sociológica a la prisión: los efectos 179

II. Alternativas conservadoras a la prisión 184

III. Alternativa radical a la prisión: la justicia indígena 188
1. Los casos de La Cocha 190
2. "Prefiero la justicia que me saque libre" 192
3. "La víctima se siente sumamente más bien protegida por las autoridades comunitarias" 194
4. "El objetivo central es el de buscar la paz" 197

5. "Tienen presunta participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial conocido como asesinato" 199
6. ¿La cárcel o la reparación? Esa es la cuestión 200
7. El neocolonialismo jurisprudencial constitucional 210

Los retos para una nueva institucionalidad estatal plurinacional e intercultural: La alternativa al hiperpresidencialismo

Introducción 215

I. Ideas preliminares 216
1. Elementos constitutivos de una nueva institucionalidad 216
a) Los saberes 216
b) El derecho 218
c) Los órganos 219
2. El proceso de construcción de institucionalidad 220
3. Los paradigmas de la institucionalidad 221

II. El paradigma liberal y neoliberal 222
1. El saber 222
2. El derecho 225
3. Los órganos 228

III. Las crisis del liberalismo 229

IV. El paradigma constitucional democrático en tiempos de globalización 231
1. El saber 231
2. Las normas 235
3. Los órganos 238

V. Retos: La construcción del estado plurinacional e intercultural 241

VI. La alternativa al hiperpresidencialismo en un estado plurinacional 244

1. Las formas de organizar el poder 244
2. El hiperpresidencialismo: descripción, origen y problemas 246
   a) Descripción 246
   b) Origen 247
   c) Problemas 250
3. La alternativa 252

Fuentes de los ensayos **259**

Bibliografía **261**

Introducción

Cuando comencé a estudiar derecho, pensaba que ser abogado significaba luchar por la justicia. Pronto me di cuenta, cuando siendo estudiante hacía mis prácticas en una cárcel de Quito, que la aplicación de las leyes producía dolor y también injusticias. Luego, ya un poco más tarde, también he podido constatar que sociedades como la nuestra, que son tan inequitativas y producen pobreza extrema, se construyen –entre otros factores– gracias al derecho y a la labor decidida de abogadas y abogados que dan formas jurídicas a decisiones políticas que perjudican a muchos y benefician a grupos de interés. El derecho tiene que ver con teorías, con leyes, con prácticas y con culturas jurídicas. Lo que hacemos, o lo que dejamos de hacer los abogados y abogadas, tiene impacto en la vida de las personas y en la estructura social. La gran mayoría de juristas, gracias al formalismo jurídico que impera en nuestra sociedad, somos declaradamente neutros y nos limitamos a aplicar las leyes, sin cuestionarnos por su impacto social y sin importarnos sus consecuencias. Este es un problema, y muy grave. Gracias a la pretendida neutralidad de los juristas y objetividad de las leyes, los juristas no nos damos cuenta de las teorías que subyacen en las leyes, de los intereses que esconde una norma o su aplicación, y, en suma, no somos críticos y acabamos reproduciendo un sistema jurídico y social que produce dolor.

El neoconstitucionalismo es una teoría crítica en construcción. No existe una sola perspectiva –por suerte– y todos sus postulados, comenzando desde su nominación, pueden ser discutidos y debatidos. De eso se trata, en particular cuando requerimos fortalecer la democracia y el respeto de los derechos fundamentales. Por otro lado, la teoría, como toda teoría, tiene sentido si es útil para la

transformación social, especialmente cuando hay exclusión social y violaciones a los derechos fundamentales. Eso es lo que me propongo en este libro, el cual es una suma de varios ensayos escritos en los últimos años, cuyo objetivo común es aportar con elementos para construir una teoría crítica, comprometida con los más débiles de la sociedad y con un derecho transformador.

En otras palabras, este libro plantea la defensa de una teoría jurídica que es inconforme con la teoría tradicional y con la realidad actual, que busca el cambio y la garantía eficaz de los derechos fundamentales. Los ensayos tienen varias perspectivas. Existen reflexiones teóricas, literarias, interdisciplinarias y, en no pocas oportunidades, aplicación de conceptos a la realidad. También, por eso, es un libro de denuncia. Se comenta y critica varias políticas y prácticas alejadas de la Constitución y también de la teoría neoconstitucional: extractivismo, discriminación, formalismo jurídico, que resultan ejemplificativas para demostrar la distancia de una teoría con la producción normativa o las políticas jurídicas de las personas que ejercen poder. Estoy convencido de que la teoría es importante para guiar la acción, y de que el derecho solo tiene sentido cuando transforma la realidad injusta.

Este libro es una especie de "segunda edición" de *En defensa del neconstitucionalismo andino*, que fuera publicado por la Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP) en el año 2014 y que tuviera una primera y última edición. Inmediatamente después de ser publicado, tuvo dos reacciones: la primera reacción, positiva, fue que se agotó la edición en pocos meses; la segunda reacción fue que provocó una injustificable censura por parte de CEP. Algunos ensayos de esa edición, en particular los que hacían alusión a algunas explicaciones sobre género y derecho, y posiblemente otra afirmación relacionada a los derechos de la naturaleza, no gustaron por atentar contra la fe católica, como lo entendieron algunos miembros del Opus Dei vinculados con la editorial. En un inicio me pidieron quitar algunas palabras y, más tarde, me pidieron rescindir el contrato.

Este libro tiene un nuevo nombre y también algunas modificaciones en el contenido. He añadido tres ensayos: "El constitucionalismo latinoamericano: del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino", "El Yasuní, los modelos de "desarrollo" y el sumak kawsay desde las mujeres indígenas", y "La interculturalidad y el derecho: ¿Debe aprender el derecho estatal de la justicia indígena?". En esta edición también he suprimido dos ensayos: "Género, derecho y discriminación" y "Evolución de los derechos fundamentales en el

constitucionalismo ecuatoriano", porque, siendo importantes en mis reflexiones jurídicas, tienen una relación indirecta con el constitucionalismo andino. De alguna manera, entonces, este es un nuevo libro.

El ensayo "El constitucionalismo latinoamericano: del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino" abre el libro y recoge algunos debates que se han dado en la región sobre la historia del constitucionalismo en Latinoamérica y trata de justificar la existencia de un constitucionalismo innovador y propositivo, aún incipiente en los textos constitucionales del Ecuador y Bolivia, con algún desarrollo importante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que se ha venido conociendo como "constitucionalismo andino".

El segundo ensayo, "En defensa del neoconstitucionalismo transformador andino", sistematiza algunos debates que he tenido con prestigiosos juristas ecuatorianos, que critican algunas de mis afirmaciones realizadas en el libro *Neoconstitucionalismo transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Abya Yala, 2011). De alguna manera, este texto complementa aquel libro, expande algunos argumentos y también corrige otros. Este ensayo da una idea general sobre una teoría, que sirve de base y contexto al resto de ensayos. En este ensayo y este libro, y en muchas reflexiones que me ocupan, el calificativo *andino* se torna cada vez más importante. La originalidad y el potencial emancipador de la Constitución de Montecristi se encuentran en todas las instituciones que tienen que ver con la descolonización y con las reivindicaciones de los movimientos indígenas: la plurinacionalidad, la pachamama, el sumak kawsay, la justicia indígena, la interculturalidad y la democracia comunitaria.

El tercer ensayo trata precisamente sobre estas instituciones indígenas, bajo el título de la "utopía andina", porque juntos y tomados en serio plantean un nuevo proyecto de sociedad, de "desarrollo", de estado y de convivencia. Los aportes del movimiento social indígena en el constitucionalismo ecuatoriano ofrecen, si se interpreta de forma adecuada y comprometida, una alternativa al sistema jurídico y económico dominante. En este ensayo se hace una breve descripción de cada una de estas instituciones; además, se hace una valoración y balance de algunos años después de expedida la Constitución.

Al final, parece que cada vez nos alejamos más de esta utopía andina y nos acercamos más a una forma de desarrollo tradicional capitalista y moderno. El ejemplo paradigmático de este alejamiento de la utopía andina es la reciente decisión gubernamental y parlamentaria de explotar el Parque Nacional Yasuní,

y la consiguiente amenaza e irrespeto a los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y de la naturaleza.

El cuarto ensayo presenta algunas reflexiones no publicadas aún sobre el Yasuní, que considero es un símbolo de resistencia, de los derechos de la naturaleza, de producción de discursos contradictorios y también de prácticas antagónicas relacionadas con los modelos de "desarrollo", que termina recogiendo algunas voces de mujeres amazónicas que marcharon en octubre de 2013 para pedir que en sus territorios no se explote el petróleo.

En el siguiente texto, "Los fundamentos de los derechos de la naturaleza", que fue mi primer intento de justificar jurídicamente la existencia de la pachamama como titular de derechos, añado un acápite sobre las implicancias de ese reconocimiento desde dos perspectivas: el liberalismo, teoría no muy adecuada para comprender estos derechos; y el extractivismo, que es la forma más evidente de violar estos derechos. Ahora estoy explorando la filosofía y el pensamiento latinoamericano, a partir de la teoría poscolonial, que me parece la mejor teoría para comprender el preámbulo de la Constitución, en la que se explicita el porqué y para qué de la Constitución de Montecristi, pero eso será motivo de otra publicación. En Ecuador estamos en un proceso importante de fundamentación de los derechos de la naturaleza y a una distancia enorme de poder asumir las consecuencias que este reconocimiento constitucional exige.

Otra institución fundamental del neoconstitucionalismo andino es la justicia indígena. En el ensayo incorporado en este libro, "La interculturalidad y la justicia indígena", defiendo la noción de que, existiendo varios sistemas jurídicos en Ecuador, hay mucho que aprender de la justicia indígena y que de eso se trata precisamente la interculturalidad, que es un claro imperativo en la Constitución de Montecristi.

Le sigue el ensayo "La cárcel como problema global y la justicia indígena como solución local: El caso La Cocha", que fue mi tesis de maestría en Sociología Jurídica (Instituto Internacional de Sociología Jurídica-Oñati, Universidad del País Vasco), en el que, a partir de un estudio de caso, hago dos contrastes que me parecen importantes para entender el potencial emancipador de la justicia indígena.

El uno es contrastar la principal institución penal de la justicia ordinaria, que es la cárcel, con las múltiples formas restauradoras de resolver un conflicto grave (asesinato). El otro contraste surge al recoger la vivencia de los actores en el caso

La Cocha, tanto en la justicia penal estatal y en la justicia indígena. Si bien los actores (víctimas y victimarios) encontraron ambas justicias, que las vivieron en carne propia, injustas e imperfectas, en la comparación la menos mala y la que provoca menos daño y dolor, de lejos, es la justicia indígena.

El último ensayo, sobre la institucionalidad plurinacional estatal para proteger derechos, tiene dos partes: la primera plantea los requerimientos y retos para construir una institucionalidad en general y, una adecuada, para garantizar derechos fundamentales; se concluye que la edificación de Montecristi no es la adecuada para proteger todos los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente (la verdad es que no sé cómo debería ser un estado que protege derechos de forma eficaz, solo sé que la institucionalidad actual sigue siendo reproductora de un poder represivo, controlador, ordenador, monocultural). En la segunda parte, a partir de algunas reflexiones del profesor Julio César Trujillo, se describe una propuesta de organización de poder plurinacional y se aborda uno de los temas recurrentes en el constitucionalismo latinoamericano: el hiperpresidencialismo. Reconozco que en este ámbito hay un déficit notable de reflexión y este ensayo es apenas una introducción a esta problemática.

Considero que estos ensayos tienen originalidad, esfuerzo de reflexión crítica y presentan pistas para proponer cambios y transformaciones. Los ensayos pueden leerse en cualquier orden, y en conjunto, se complementan porque abordan una problemática común desde perspectivas distintas: giran alrededor de las propuestas del movimiento indígena que constan en la Constitución de Montecristi y se insertan en esta nueva y original corriente llamada "neoconstitucionalismo andino".

Desde hace algunos años, la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, me ofrece las condiciones para leer, pensar y escribir; agradezco particularmente a su Fondo de Investigaciones por brindarme los recursos para escribir gran parte de estos ensayos y la autorización para publicarlos.

Esta edición es la primera de una colección de libros que esperamos publicar en relación con temas que giran alrededor de las utopías, sus principios y sus concreciones en prácticas cotidianas de muchísimos pueblos y personas que creen que puede existir un mundo diferente y más justo. En esto estamos David Cordero Heredia y algunas personas que esperamos se vayan sumando a este esfuerzo.

También siempre agradecido por la paciencia y apoyo de mi familia, en particular de Nina, Manuela y María Eugenia.

Finalmente agradecido con todas las personas que se dan el tiempo para leer y comentar mis ensayos. Cada comentario y crítica es una gran motivación para seguir reflexionando, corrigiendo y escribiendo.

El constitucionalismo latinoamericano
Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino

SUMARIO

Introducción. **I.** El constitucionalismo liberal conservador. **II**. El constitucionalismo social. **III.** El neoconstitucionalismo. **IV.** El neoconstitucionalismo andino: **1.** La plurinacionalidad. **2.** La pachamama. **3.** El sumak kawsay. **4.** La democracia comunitaria. **5.** La justicia indígena. **6.** La interculturalidad.

Introducción

Este ensayo describe los períodos por los que ha atravesado el constitucionalismo latinoamericano; se anotan algunos de sus elementos que lo caracterizan y las luchas sociales que lo sustentan, poniendo énfasis en el constitucionalismo andino. Vamos a utilizar categorías, como liberal, social, neoconstitucional, andino, que no son pacíficas y pueden ser discutidas. Esto es inevitable. Para todos es sabido que los modelos teóricos son siempre arbitrarios, pero necesarios para interpretar la realidad y la historia. Lo que me propongo es demostrar que el constitucionalismo siempre, al igual que el Derecho, ha intentado responder problemas concretos, ha estado al servicio de intereses y ha sido fruto de disputas de poder y de luchas sociales. También quisiera demostrar que está surgiendo en Latinoamérica un paradigma nuevo, al que se puede denominar "constitucionalismo andino". Este es un paradigma emergente, que apenas ha sido delineado en las Constituciones y que tiene un potencial liberador enorme y sin precedentes en la historia del derecho.

"Una de cal y otra de arena" podría ser la frase que describe nuestra historia constitucional. Frente a un avance importante en el reconocimiento de derechos fundamentales y de institucionalidad constitucional existe un retroceso notable. Pero creo que una de las lecciones de nuestra historia constitucional es que cada vez lo hacemos mejor, pero no lo suficiente en la lucha por sociedades equitativas y sin exclusiones.

I. El constitucionalismo liberal conservador

Este constitucionalismo corresponde al siglo XIX. El problema fundamental que quiso afrontar fue doble. Por un lado, el asunto de la liberación de la colonización militar y política de España; por el otro, la difícil y ardua tarea de formar la nacionalidad de cada país.

Los primeros pasos se encuentran en la Constitución de Quito de 1812, de Perú de 1823, de Argentina de 1826, de Chile de 1828. Todas tienen algo de la Constitución de Cádiz de 1812, en particular la idea de división de poderes, de una ciudadanía restringida, de pocos derechos y estos relacionados con los políticos y con la propiedad. Esto es lo que ahora se conoce como un estado legal de derecho, en el que los parlamentos pueden reformar la Constitución y ser el último intérprete de ella.

Gargarella (2010) sostiene que había tres tendencias en este primer constitucionalismo: conservadora, liberal y republicana. La primera, vinculada con el proyecto colonial hispánico; la segunda, con el proyecto norteamericano; y la tercera, vinculada con el constitucionalismo francés. Sin duda triunfa, en un primer momento, la posición conservadora, que se "trató de una propuesta que propugnó organizar todo el sistema constitucional en torno a una particular concepción del bien (normalmente, una religión particular); a la vez que asumió la postura más restrictiva y elitista, en cuanto al papel que debía corresponderle a la voluntad mayoritaria, en el control de la vida política de la comunidad."

El concepto de ciudadanía, que se plasma en las primeras Constituciones,[1] nos da luces sobre cuál era el sector social que triunfó y que ejercía el poder. En esa noción están los nacidos en el territorio (estamos hablando de criollos, y se excluye expresamente al español), ser casado (el único matrimonio reconocido

1. Federico Trabucco, *Constituciones de la República del Ecuador* (Quito: Ed. Universitaria, 1975), 35.

es el católico y acá se excluyen a toda una población indígena que no contraía matrimonio), tener propiedad raíz valor libre de 300 pesos (que debe equivaler a muchos miles de dólares actualmente), ejercer una profesión sin sujeción a otro (y aquí se demuestra que estamos hablando de los patrones y de una élite política y económica: tenían que mandar), y saber leer y escribir (y aquí excluimos a la gran mayoría de la población).

La pugna de poder está entre el español y el criollo. Se podría incluso pensar que había en este constitucionalismo un profundo desprecio al pueblo, que demuestra una clase política racista, que consideraba que era un conjunto de personas ignorantes y sin sentido político. El artículo 68 de la Constitución ecuatoriana de 1830 es un buen ejemplo de esta afirmación. En esta norma el "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". Los adjetivos nos dicen mucho. Una clase social es venerable, que es minoritaria, y otra es abyecta, que es la mayoritaria. Una clase social puede tutelar porque hay otra que requiere ser tutelada, porque no puede representarse a sí misma, por eso es inocente, como los niños y las niñas, que no saben ni pueden ser responsables jurídicamente. Pero no solo eso, y acá viene el racismo, los indígenas son abyectos, o sea despreciables y viles en extremo, y son miserables, o sea desdichados, perversos, canallas.

El siglo XIX está lleno de guerras por los límites de los estados, por conflictos de poder entre clases elitistas, por la construcción de una nacionalidad basada en símbolos patrios. Esto no debe haber sido fácil. Ahora en el siglo XXI seguimos teniendo 16 nacionalidades y no todas ellas se sienten aún partes de una nación; piénsese, por ejemplo, en los pueblos indígenas no contactados de América Latina. ¿Cómo sería en el siglo XIX, en el que el Ecuador, Chile, Brasil... no estaban en el imaginario de las personas? El nombre, la bandera, el himno, el escudo, el idioma, la moneda, la educación, la ley estatal, la religión y la producción de la verdad y de la historia oficial fueron algunos de los dispositivos que ayudaron a conformar la nacionalidad.[2]

De ahí que el siglo XIX podría denominarse con propiedad como una época constitucional en la que se trató de consolidar un proyecto nacional criollo.[3] A

2. Benedict Anderson, *Imagined Communities* (Nueva York: Verso, 1991), 36.
3. Enrique Ayala Mora, *Manual de historia del Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador –UASB-E– / Corporación Editora Nacional –CEN–, 2008).

finales del siglo XIX poco a poco los estados van entrando a un sistema capitalista, que tampoco debe haber sido fácil. Castro-Gómez comenta lo que fue en Colombia el cambio de una estructura social y mental, basada en lo comunitario, para pasar a una centrada en la competencia, el individualismo y la acumulación.[4]

Las condiciones de vida a finales del siglo XIX y principios del XX, que son miradas ya desde perspectivas teóricas nuevas, fomentarán una nueva conciencia y también la emergencia de nuevos actores y luchas sociales, que nos empujarán hacia el constitucionalismo social.

II. El constitucionalismo social

El constitucionalismo social se manifiesta a principios del siglo XX y se prolonga hasta finales del mismo siglo. Las Constituciones que reflejan esta nueva tendencia son la pionera de México de 1917, la ecuatoriana de 1929, la brasileña de 1937, la boliviana de 1938. El problema que comienza a dibujarse es la inequidad en la distribución de la riqueza. En este tiempo hay dos tendencias a celebrar y dos retrocesos que lamentar.

La primera tendencia a celebrar es la emergencia de los trabajadores y campesinos como actores sociales. En esta época hay un Mariátegui (Quijano 1982), que trae la primera recepción del marxismo a Latinoamérica y la fundación de los primeros partidos políticos de tinte socialista. A la par, hay luchas sociales en las que se reclaman derechos laborales y la seguridad social. También surgen en los años 30 códigos labores que desarrollan y plasman los derechos de las personas que tienen relaciones de dependencia.

La ciudadanía se amplía a las mujeres, a las personas a partir de los 18 años, se elimina el requisito de ser propietarios, pero se mantiene el saber leer y escribir que sigue siendo excluyente. Se reconocen los derechos sociales, como la educación, la cultura, el trabajo, la seguridad social. Por un lado el sujeto beneficiado es el trabajador en relación de dependencia, que excluye toda valoración de los trabajos de cuidado, y por el otro, es el campesino, beneficiario de una incipiente e imperfecta reforma agraria en los años 50 y 60.

4. Santiago Castro Gómez, *Tejidos oníricos: Movilidad, capitalismo y biopolítica en Bogotá (1910-1930)* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009), 121.

La Revolución cubana del año 59 marca toda una época de luchas radicales por el cambio. La revolución era posible. La revolución estaba, además, sustentada por un pensamiento latinoamericano radical crítico, que era difundido por la teología de la liberación, la pedagogía del oprimido, por la guerra de guerrillas. Creo que, como pocas veces, hubo un grupo de gente dispuesta a morir por la justicia, que tomó las armas y que decidió usar la violencia para lograr un cambio profundo. Desde las primeras manifestaciones en Guatemala en el año 54 hasta, guardando las diferencias y las circunstancias, las guerrillas colombianas en el siglo XXI. También hubo intentos de llevar esta radicalidad de forma democrática, y el ejemplo sin duda es Chile de Allende en el año 73. Estos fenómenos generarán una reacción que puede considerarse como el primer retroceso en el siglo XX: las dictaduras.

La reacción al cambio revolucionario es la instauración de regímenes militares, represivos, que se alejan del marco y los límites constitucionales, situación lamentable que aún no podemos superarla, por la memoria de las innumerables víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, por la impunidad que existe y por la herencia autoritaria que nos dejó. Los recursos públicos se destinaron privilegiadamente a la guerra interna contra el enemigo nacional. Una generación de pensadores críticos, de líderes populares y sindicalistas, de catequistas, de escritores y poetas, murieron y nos dejaron un gran vacío. La lucha que se hace fuera del marco constitucional y normativo sin duda fue la distribución, que no logró hacerse por las reformas constitucionales sociales ni por los códigos laborales. Los excluidos eran y son mucho más que las personas que son explotadas laboralmente.

La reacción constitucional a la dictadura y a la violencia estatal es lo que ha venido conociéndose como neoconstitucionalismo, constitucionalismo cultural o nuevo constitucionalismo que, paradójicamente, va de la mano con el segundo momento vergonzoso del siglo XX: el neoliberalismo.

III. El neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo comienza con la Constitución brasileña del año 89, y hay una ola de nuevas Constituciones en toda latinoamericana, pasando por la colombiana de 1991, las reformas constitucionales de Argentina de 1994, la

Constitución peruana de 1996, la ecuatoriana de 1998. El problema fundamental fue superar las dictaduras, la reconstitución de la institucionalidad y nunca deja de ser un problema la exclusión social.

Uprimny y Sánchez sostienen que a partir de los años 90 hay Constituciones que tienen características nuevas, y enuncian algunos ejes comunes: el fortalecimiento de la independencia judicial, el reconocimiento de derechos sociales, la inclusión de nuevas formas de participación popular, la creación de órganos de control y lucha contra la corrupción, el reequilibrio entre los poderes del Ejecutivo y el Legislativo, la apertura al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y al derecho internacional de los derechos humanos; de igual modo, se adoptan reglas electorales más incluyentes, más facultades presidenciales, el reconocimiento de la diversidad en múltiples campos, unido a un fuerte compromiso con la igualdad; la superación de ciertos rasgos confesionales; la adopción de la fórmula del estado social de derecho; la adhesión a los principios de integración latinoamericana; la adopción de una organización electoral autónoma y especializada, y el fortalecimiento de los procesos de descentralización.[5]

De otra manera, Carbonell y García Jaramillo destacan los cambios desde tres elementos constitutivos del constitucionalismo contemporáneo: los textos constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina.[6] Los textos constitucionales tienen las características señaladas por Uprimny: la jurisprudencia relacionada con el funcionamiento de las cortes constitucionales y de los jueces con competencia para resolver amparos, tutelas o acciones de protección, que, en suma, tienen poderes para ser activistas e influyentes en las políticas públicas, y que también han demostrado ser creativos para aplicar las normas y encontrar soluciones concretas. La doctrina constitucional, que va de la mano con múltiples foros y congresos sobre el constitucionalismo, y también de las renovaciones tanto en la forma como el fondo en relación con la manera como se piensa y se escribe el derecho; para ejemplificar los avances doctrinarios, Arango sistematiza los libros escritos en relación con la doctrina sobre los derechos sociales, que son más de treinta.[7]

5. Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez, "3 décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balance y perspectivas" (documento inédito), 2012.
6. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia –UEC–, 2010).
7. Rodolfo Arango, "Constitucionalismo social latinoamericano", en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao, coord., *Tratado del derecho a la salud* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), 73.

Así como el código civil (textos), la justicia civil (jurisprudencia) y la abundante doctrina y los comentarios que provocaron la tendencia del derecho en la época liberal; el constitucionalismo contemporáneo ha marcado una tendencia clara y nueva.

En los años 90, al mismo tiempo que se tienen estas Constituciones renovadas están constitucionalizados, en muchos casos, el famoso consenso de Washington y lo que representaría el ideario neoliberal: disciplina presupuestaria, liberalización financiera y del comercio, privatizaciones de servicios públicos, flexibilización laboral, protección a la propiedad privada. Esto constituye el segundo retroceso en el constitucionalismo latinoamericano. El constitucionalismo económico es un hecho en nuestra región. A diferencia de otras tradiciones, el aspecto económico es regulado por las Constituciones, y este favorece, en la parte neoliberal, a sectores privilegiados. Quizá las Constituciones paradigmáticas en este sentido son la chilena, la peruana y la colombiana. Por supuesto que estas normas y su aplicación trajeron no solo malestar, luchas sociales, sino también desequilibrios institucionales y crisis políticas, que se reflejaron en presidentes destituidos. Por mencionar algunos ejemplos: Collor de Mello (Brasil, 1992), Andrés Pérez (Venezuela, 1993), Cubas Grau y Mahuad (Paraguay y Ecuador, 1999, respectivamente), De la Rua (Argentina, 2001).

Este neoconstitucionalismo materializado, rico en derechos y garantías, tuvo tres lados oscuros: el primero fue el ya mencionado, que institucionalizó el neoliberalismo; el segundo, más discutible, que fortaleció el sistema presidencialista. Este último aspecto es debatible. Por un lado, se puede sostener que el hiper-presidencialismo ha inhibido la participación social y no ha fortalecido un sistema democrático radical, y que la demostración de su fracaso es su persistencia en la historia junto con la pobreza y los problemas estructurales de nuestra región;[8] por el otro, se podría sostener que el presidencialismo es parte de nuestra cultura política y lo que estamos viviendo es una forma también original de gobernabilidad estatal, al que no le podemos achacar todos los males de nuestra región. Finalmente, el otro aspecto ha sido el descuido de lo que Gargarella[9] ha llamado "el cuarto de máquinas". La ilusión de los derechos ha impedido pensar

8. Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: UASB-E / Fundación Rosa Luxemburgo –FRL– / Abya-Yala, 2011).

9. Véase Roberto Gargarella "200 años de constitucionalismo latinoamericano" (2013), documento inédito. 2013.

en sistemas de organización del poder que sean adecuados para la protección de los mismos. El sistema político, tanto desde el punto de vista de organización de los partidos como del ejercicio mismo del poder, sigue privilegiando el ejercicio de poder en pocas manos y en grupos que tienen intereses particulares. Los partidos se basan en liderazgos particulares, las campañas políticas se sustentan en recursos económicos y en plataformas electorales populistas, el ejercicio de poder no tiene control democrático ni contrapesos institucionales.

Estos defectos del diseño institucional, sumados a los persistentes problemas en Latinoamérica, tales como la exclusión, la marginación, la violencia, la inequidad en la distribución de recursos, la explotación laboral, el extractivismo a la naturaleza, la falta de representación política, la falta de reconocimiento de las diversidades, en suma, el dolor que provoca una organización social injusta, sigue planteando retos enormes al constitucionalismo. ¿Es posible otro constitucionalismo que afronte estos problemas? Me parece que sí, y algo está pasando en los Andes, que aún es incipiente y que apenas se enuncia desde el lado jurídico: el constitucionalismo andino.

IV. El neoconstitucionalismo andino

La Constitución de Montecristi reconoce siete instituciones que no tienen origen ni tampoco apropiada explicación en el constitucionalismo liberal ni en la tradición constitucional latinoamericana.[10] Esas instituciones han aparecido por primera vez en el mundo andino. Primero como reivindicaciones sociales y luego como conquistas jurídicas. Sin duda muchas de esas reivindicaciones sociales no son nuevas ni exclusivas de los movimientos sociales andinos, pero la originalidad radica en que se han plasmado por primera vez en los textos constitucionales del Ecuador y de Bolivia, y tienen algún desarrollo jurisprudencial y práctico en Colombia (precedentes de la Corte Constitucional) y Perú (justicia comunitaria).

Las instituciones que brevemente enumeraré y describiré sin duda no son "puras" en su enunciado y tienen influencia del constitucionalismo liberal, como lo haré notar: la plurinacionalidad, la pachamama, el sumak kawsay, la democra-

10. Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito: UASB-E / Edic. Legales, 2013).

cia comunitaria, la justicia indígena y la interculturalidad. Estas incipientes instituciones marcan una diferencia sustancial y profunda en el constitucionalismo latinoamericano, que suelen pasar desapercibidas, en particular, entre los juristas y los constitucionalistas.

1. La plurinacionalidad

La nacionalidad de cada país de la región se construyó sobre la base de mucha violencia y sangre, como he dicho. Y esta afirmación no es mera retórica. Basta mirar las guerras de independencia y todas las guerras que se sucedieron en el siglo XIX para reafirmar la soberanía territorial. La nacionalidad se construyó a partir de un imaginario y de una ficticia unidad. La idea fue sentir pertenencia a un estado soberano.[11]

La identificación de un grupo humano con una nacionalidad no debió de ser fácil y tomó tiempo. Sin embargo, esa nacionalidad se hizo a costa de desconocer la diversidad y, en muchos casos, hasta desaparecerla. En otras palabras, se construyó una cultura nacional a la medida de quienes gobernaban el estado a costa de desconocer otras culturas. Los mecanismos utilizados fueron varios, uno de ellos, por ejemplo, la educación pública y la implementación de un sistema jurídico estatal. ¿Qué exactamente se desconoció? Ahora se sabe que existen decenas de culturas distintas en los países andinos, cada una con su idioma y sus formas de entender el mundo. ¿Cuánto se perdió y cuánto se resistió? No se sabe exactamente todo lo que se perdió y cuántas lenguas se dejaron de hablar. Lo que sí se sabe es lo que ha resistido. A esas comunidades que tienen una identidad diferente a la dominante se les ha llamado, en Ecuador y Bolivia, como "nacionalidades".

Acá existe ante una paradoja. La plurinacionalidad desafía la comprensión de la noción de nacionalidad, que en sí misma fue una categoría que tuvo un origen excluyente y hasta opresor. Quizá "nacionalidad" no era la mejor palabra para expresar la convivencia de otras culturas además de la cultura mestiza dominante, pero se la utilizó. Urge reconceptualizarla en términos que refleje la reivindicación que persigue. En primer lugar, la plurinacionalidad no niega la existencia de un estado que la abarca, que es un gran paraguas, solo que ser ciudadano de un país no significa ya, por ejemplo, una sola lengua o un solo sistema jurídico.

11. Benedict Anderson, *Imagined Communities* (Nueva York: Verso, 1991), 81.

En segundo lugar, la plurinacionalidad significa la convivencia de varias culturas que merecen igual reconocimiento y representación. En tercer lugar, dado que cada nacionalidad conforma el Ecuador, es un deber del estado respetar y promover el desarrollo de cada nacionalidad. Finalmente, la plurinacionalidad tampoco significa la Constitución de un estado federal, que es una mera organización política, sino que tiene estrechos vínculos con la diversidad cultural que no necesariamente podría expresarse en una organización federal.

La plurinacionalidad tiene un potencial emancipador enorme y es un proyecto a construir.[12] La plurinacionalidad permite la emergencia de saberes y de voces que no han sido conocidas ni tampoco escuchadas. En esos saberes es posible encontrar nuevas formas de convivencia, que ahora, como se verá, ya tienen nombre y todavía un contenido casi mítico: la pachamama y el sumak kawsay.

2. La pachamama

La pachamama aparece con muchas acepciones en la Constitución. Primero en el preámbulo, aparece como un ente en el que el ser humano es un elemento y además provee de todo lo necesario para su subsistencia. Enseguida se dice que se pretende construir una nueva forma de convivencia basada en la armonía con la naturaleza. En segundo lugar, aparece como titular de derechos y se desarrolla el contenido del derecho. Finalmente, aparece en el régimen de desarrollo, en el que un objetivo fundamental es preservar y cuidar la naturaleza. En otras palabras, la pachamama es el fundamento de la Constitución, es sujeto de derechos y es un objetivo para el desarrollo.

La noción de derechos es problemática. Por un lado, es un concepto que permite el control y hasta la restricción de derechos por parte del estado cuando se cumplen ciertas condiciones. Por otro lado, la categoría de derechos trae aparejada algunas nociones propias de la concepción liberal que son difícil de conciliar con la naturaleza, tales como el individualismo, la igualdad, la representatividad, la capacidad de obligarse. Sin embargo, hoy por hoy, no hay un lenguaje más poderoso en el derecho para exigir límites y garantías por parte del estado.

12. Boaventura de Sousa Santos, "Cuando los excluidos tienen derechos: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador* (Quito: FRL / Abya-Yala, 2012), 16.

La noción de la pachamama realmente nos puede ayudar a encontrar posibles caminos para salir de un sistema basado en una concepción de desarrollo que es violento, individualista, consumista y en muchos sentidos perverso. La modernidad se basa en la separación de naturaleza y ser humano, y en la dominación del ser humano a la naturaleza. La relación del ser humano con la naturaleza pasó de ser una relación de necesidad a una relación de explotación; del valor de uso al valor de cambio. Si la naturaleza es sujeto y además objetivo, entonces es un llamado a retomar el encuentro del ser humano con la naturaleza y a establecer relaciones de mutuo respeto. Es decir, se destruye de raíz la base del sistema capitalista. ¿Estamos hablando de una nueva forma de comunitarismo? Parecería que sí, y que sin duda nunca ha dejado de ser una alternativa al sistema actual que no tiene viabilidad alguna para la sobrevivencia del ser humano.

3. El sumak kawsay

El sumak kawsay o buen vivir es otra noción clave en la Constitución, que aparece en el preámbulo, como un criterio orientador en la clasificación de los derechos y en el régimen del desarrollo. Por tanto, también el buen vivir es fundamento de la Constitución, objetivo del estado y de la comunidad organizada y también es un derecho individual y colectivo.

Para entender una idea a veces conviene contrastarla. Bauman describe en uno de sus libros a una persona ejecutiva exitosa, de esas que no saben lo que es tener necesidad básica insatisfecha, que tiene deseos ilimitados que se cumplen consumiendo, que viajan todo el tiempo por el mundo sin conquistar, que viven encerrados en "comunidades" (gate-community) sin conocer a nadie, que ganan anualmente cifras de dinero incomprensibles e imposible de gastar, que trabaja todo el día y la única dirección fija es su dirección de correo de internet, que siente la calidez humana solo mediante la propaganda, inclementemente solo, acumulando bienes materiales que no necesita para la sobrevivencia y al mismo tiempo infeliz.[13] Luego Bauman se pregunta si vale la pena esta forma de vida y si es posible universalizarla. La respuesta es negativa.

El sumak kawsay representa exactamente la idea opuesta a la forma de vida que nos venden los medios de comunicación, la propaganda, la educación for-

13. Zygmunt Bauman, *Community. Seeking Safety in an Insecure World* (Cambridge: Polity Press, 2007), 37.

mal y el sistema capitalista. La noción se sintetiza en la armonía con la naturaleza, con los otros seres vivos y con uno mismo. Y acá encontramos la idea de comunidad, de solidaridad, de inclusión. ¿Qué pasaría con la sociedad si es que el modelo de organización social y política a la que invita el sumak kawsay se transmitiría intensamente como se transmite la competencia, el consumo y el individualismo? Me late que se estaría hablando de otra sociedad.

4. La democracia comunitaria

La democracia comunitaria aparece en un solo artículo en la Constitución ecuatoriana (Art. 95), en aquel relacionado con los principios de la participación democrática: "La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria." No hay una definición constitucional sobre el alcance, los mecanismos y los procedimientos para lograr la democracia comunitaria.

Debe entenderse que la democracia comunitaria no es la representativa, que bien se la conoce, y tampoco es la democracia directa, que está definida en la misma Constitución (y que es la consulta popular). La democracia comunitaria complementa las otras formas de democracia. La práctica de la democracia representativa ha demostrado a lo largo de estos años sus serias deficiencias para garantizar la participación ciudadana. La gran diferencia entre la democracia representativa y la comunitaria es que en la primera se restringe a una intervención puntual, cada cierto tiempo, y se termina con el acto eleccionario. La comunitaria, en cambio, es permanente. Otra forma de entenderla es lo que Dussel llama el "mandar obedeciendo", que es propia de la comunitaria, y el "mandar mandando", que corresponde a la representativa.[14]

¿Cómo construir una democracia comunitaria? Parecería, como sugiere el mismo Dussel, que hay que construir institucionalidad que vincule la participación de abajo hacia arriba en el proceso de toma de decisiones. Las autoridades representativas, mandatarios, solo pueden hacer lo que se han comprometido con las comunidades. Ir más allá requiere de mandato y, por tanto, de consulta. Acá se encuentra un sueño de sociedad, en la que todas las personas y colectivi-

14. Enrique Dussel, "Una nueva política para América Latina en el siglo XXI", en ‹http://www.corneta.org/no_69/enrique_dussel_filosofia_de_la_liberacion›, 2009.

dades están involucradas, y no hay espacio para la iniciativa individual impuesta a todos, por más brillante que la idea y la autoridad fueren.

5. La justicia indígena

La justicia indígena, para sorpresa de todos los juristas tradicionales, aparece en la Constitución de Montecristi con la misma jerarquía que la justicia estatal (capítulo cuarto). Esto en principio es consecuente con la declaración de estado plurinacional. En Ecuador existe pluralismo jurídico, esto es, varios sistemas jurídicos con normas de reconocimiento y validez distinta. En las escuelas de derecho solo se ha aprendido y se sigue enseñando uno solo de los derechos existentes y aplicables en Ecuador. Poco se sabe de las formas de administración de justicia no estatales, y lo que se sabe está marcado por el estigma, el drama y la demonización de lo indígena. O sea, nuestra aproximación a las otras normas jurídicas no estatales está prejuiciada por el racismo que sigue latente en nuestra sociedad.

La justicia estatal ha dado muestras de una sistemática disfuncionalidad. Tiene todos los defectos para ser considerada una administración de justicia aceptable: es cara, lenta, inaccesible, incomprensible, injusta.[15] Al mirar la justicia penal, el panorama es mucho más cruel: detiene arbitrariamente, tortura, degrada a la persona y a la familia, no rehabilita, corrompe.[16] Urge el cambio y el paradigma dominante parece no resolver el asunto. La mirada para la reforma suele ser a países donde existe mayor eficiencia, entendida como mayor número de sentencias. Sin embargo, se sigue apostando por fortalecer una justicia que se basa en la burocracia y en el uso de formas jurídicas que siguen siendo inaccesibles para la mayoría de la población.

La justicia indígena tiene algunas virtudes que merecen ser destacadas: la oralidad, la cercanía y comprensión del conflicto con la autoridad que lo resuelve, la inmediatez, la solución reparadora y creativa. También tiene defectos y esto no conviene negarlos, como aquel de la discriminación por género y también las excepcionales desproporcionadas sanciones. La justicia indígena puede contribuir a volver a formas de entender y hacer la justicia de forma más efectiva y cercana

15. Luis Pásara, *El funcionamiento de la justicia del Estado* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011).

16. Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal.*

a quienes tienen los problemas y sufren los dramas de la vida. La justicia estatal resulta un problema más a enfrentar, en lugar de ser un mecanismo de solución de conflictos.

6. La interculturalidad

La interculturalidad es realmente un eje transversal en toda la Constitución. Aparece en varios derechos fundamentales, en el régimen de desarrollo, en el régimen del buen vivir, en los principios del estado. Creo que la interculturalidad debe ser entendida como un método de actuación y como una constante práctica. La interculturalidad es la forma mediante la cual se materializa la convivencia y la riqueza de la diversidad.

La interculturalidad implica, por un lado, el respeto de la cultura diversa y, por el otro, el mutuo aprendizaje. Toda cultura es dinámica y está en constante cambio e intercambio. Tradicionalmente, y esta tendencia persiste, la cultura dominante tiende a asimilar y homologar. Los efectos de esta tendencia son múltiples pérdidas. Se pierden lenguas, tradiciones, historias, cosmovisiones, distintas manifestaciones de espiritualidad, conocimientos, etnias y, en general, culturas. Cuando Ecuador se considera un estado intercultural, precisamente hace un llamado a rescatar, a valorar, a aprender de esas culturas que han sido históricamente marginadas y silenciadas. De lo que se trata, en palabras de Santos, es de "recurrir a una forma de conocimientos que no reduzca la realidad a aquello que existe. Realismo que incluya realidades suprimidas, silenciadas o marginadas, tanto como realidades emergentes o imaginadas".[17]

La práctica y vivencia de la interculturalidad es fundamental para la transición del sistema capitalista neoliberal en el que vivimos hacia el sumak kawsay y el respeto de la pachamama.

17. Boaventura de Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social* (Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos –ILSA–, 2003b), 282.

En defensa del neoconstitucionalismo transformador andino
Los debates y los argumentos

SUMARIO

Introducción. **I.** La teoría neoconstitucional: aspectos generales y aclaraciones metodológicas. **1.** Las precisiones metodológicas y la perspectiva crítica. **2.** El neoconstitucionalismo como nominación y teoría. **3.** Los teóricos del neoconstitucionalismo transformador. **4.** La estratósfera académica y el rol de la teoría. **II.** La teoría de la norma: los principios, las reglas y los derechos. **1.** Los principios y las reglas. **2.** La función de los principios y la interrelación con las reglas. **3.** Los principios, las normas penales y civiles, y la seguridad jurídica. **4.** El rol de los jueces y los derechos. **5.** El liberalismo, los derechos individuales y colectivos. **6.** La constitucionalización del derecho privado. **III.** El neoconstitucionalismo y el estado. **1.** El estado de derechos. **2.** ¿Puede el estado ser titular de derechos? **3.** Rol del estado ¿estado mínimo o fuerte? **4.** Las políticas públicas. **5.** La Constitución de Montecristi y la desinstitucionaliación del estado. **6.** El hiperpresidencialismo, el caudillismo y la plurinacionalidad. **IV.** La utopía andina **1.** La utopía constitucional y la realidad. **2.** Reflexiones finales: el saber indígena y la utopía andina.

Introducción

La Constitución de Montecristi ha dado mucho de qué hablar y escribir. Unos la alaban, otros la critican. Unos la utilizan como excusa para violarla, otros la usan para justificar sus luchas sociales. Unos sostienen que ha introducido en el sistema jurídico ecuatoriano el neoconstitucionalismo, otros dicen que esto ya

existía en el año 98; finalmente hay otros que no ven teoría alguna en la Constitución. Lo cierto es que la Constitución y el neoconstitucionalismo están en debate.

Los juristas ecuatorianos por fin están creando doctrina y también están debatiendo. Esto es sano porque en la confluencia de ideas se aprende, se discute, se claudica de tesis, se perfeccionan las teorías. Creo que estamos superando aquella época en la que solo se escribía sobre el derecho privado (basta ver en las colecciones sobre el pensamiento ecuatoriano, las recopilaciones relacionadas al derecho: todas tienen relación con el derecho civil). También estamos superando, aunque hay buenas muestras de esto, la época de los manuales y de la descripción obsesiva de las palabras de la ley. Parte de las discusiones han girado alrededor del "neoconstitucionalismo".

El neoconstitucionalismo es una corriente de pensamiento en construcción. Qué es, para qué, cómo está estructurado, qué propone en relación con la teoría del derecho y del estado son preguntas que tienen muchas respuestas desde el mismo constitucionalismo contemporáneo, y algunas de ellas son contradictorias. Mucho se ha escrito a escala internacional sobre el tema y más de un debate ha provocado sobre su naturaleza y alcances.[1] Afortunadamente, también ha habido algunos debates sobre la teoría constitucional contemporánea a escala nacional.

Me encantaría en este ensayo recoger y sistematizar algunos de los ejes temáticos alrededor de los cuales se ha debatido, y seguir introduciendo ideas en el foro, sin ánimo de agotar todos los temas debatibles ni de discutir a profundidad cada uno de ellos.

Al final de cuentas, el debate sobre el neoconstitucionalismo es el debate sobre la teoría del derecho, más allá de las etiquetas o membretes que se los ponga. Me parece que el derecho ecuatoriano merece pensarse y construirse. Sin duda, corro el riesgo de sintetizar subjetivamente los argumentos opuestos, de no reflejar ni extender las ideas opuestas de forma adecuada y de tener un sesgo

1. Un debate clásico es el realizado entre Luis Prieto Sanchís y Juan Antonio García Amado, "Debate sobre el neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos* (Madrid: Trotta, 2007), 213-88. Sobre ese debate, argumentando como un tercero parcial, véase Carlos Bernal Pulido, "Elementos para una defensa de las tesis del neoconstitucionalismo", en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho* (Bogotá: UEC, 2009), 92-119. Otro debate clásico es entre Paolo Comanducci y Juan José Moroso, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo" y "Comanducci sobre neoconstitucionalismo" respectivamente, en Carbonell y García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, 173-90.

marcado en la defensa del neoconstitucionalismo. Asumo el riesgo con la sola intención de no cesar el debate.

El insumo sustancial para escribir este ensayo se encuentra publicado en varios libros.[2] De esas publicaciones y de algunas otras que han aparecido en Ecuador y de las que tengo conocimiento, he extraído las ideas centrales sobre el debate en relación al neoconstitucionalismo. El lector podrá recurrir a las fuentes directas para encontrar más argumentos de apoyo a las posiciones manifestadas. Esta recopilación de ideas está dividida en forma temática (a diferencia del debate que tiene una organización por intervenientes): I. La teoría neoconstitucional: aspectos generales y aclaraciones metodológicas; II. La teoría de la norma: los principios, las reglas y los derechos; III. El neoconstitucionalismo y el estado; y IV. La utopía andina.

El debate, por supuesto, debe seguir. Como exige una democracia deliberativa, también las tesis pueden cambiar si es que hay mejores y más viables argumentos. Aquí esquemáticamente se exponen algunos de ellos.

I. La teoría neoconstitucional: aspectos generales y aclaraciones metodológicas

1. Las precisiones metodológicas y la perspectiva crítica

El neoconstitucionalismo pretende hacernos creer que, por incluir más derechos y principios en la Constitución, vivimos una realidad diferente y el país ha cambiado.

Una de las dificultades mayores en el debate teórico es confundir los planos de análisis. Algunas veces la confusión se produce de buena fe; otras tantas es mal intencionada. Los planos que se confunden son el análisis descriptivo y el

2. Luis Fernando Torres y Ramiro Ávila Santamaría, "Debate: dos visiones diferentes sobre la Constitución", en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (Quito: UASB-E / CEN, 2009); Ramiro Ávila Santamaría y Fabián Corral, "Debate sobre neoconstitucionalismo", en Salim Zaidán, edit., *Neoconstitucionalismo, libertad de opinión y derecho a la honra* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador / Fundación Hanns Seidel, 2012).

análisis prescriptivo. El análisis descriptivo tiene relación con la realidad, con el "ser", y se aprecia gracias al aporte de las ciencias sociales; en cambio, el análisis prescriptivo tiene relación con la norma en abstracto, con el "deber ser", y se aprecia con la ayuda de la exégesis jurídica.

Es muy fácil, cuando se debate, caer en la tentación de confundir la teoría con la práctica. Afirmar, por ejemplo, que la Constitución no sirve porque los jueces no están funcionando ni garantizando derechos, significa caer en lo que se conoce como falacia realista: por el hecho de que la realidad sea de violación de la Constitución, no significa que la Constitución sea inadecuada o necesariamente mala. La otra falacia en la que se puede caer, es la falacia normativa, que consiste en afirmar que la Constitución es buena, luego la realidad lo es también. Esto no se puede sostener por más defensores o detractores que seamos de la Constitución.

Luigi Ferrajoli invoca, para precisar los ámbitos de análisis, a la "Ley de Hume", que consiste en que no se deriva lógicamente de premisas descriptivas y conclusiones prescriptivas.[3] No se concluye a partir del ser (realidad), el deber ser (norma), a esta conclusión la llama falacia naturalista; de igual forma, no se concluye a partir del deber ser (norma), el ser (realidad), que es la falacia normativista. Estas dos falacias llevan a una distorsión del razonamiento, confunden y acaban legitimando la posición del que las sostiene. Otros ejemplos, por el hecho de que el gobierno ejerza el poder de forma autoritaria (ser), no significa necesariamente que la Constitución sea autoritaria (deber ser); tampoco que porque la Constitución establece los derechos de la naturaleza (deber ser), significa que se ha legitimado la explotación minera a gran escala (ser). En el ámbito político y en la publicidad, las falacias son importantes; pero en el ámbito académico, las falacias llevan a construir teorías inadecuadas e indeseables. Decir una falacia no es adecuado, pero tampoco atribuírsela a quien intenta no hacerla.[4]

Una extensión de las falacias es asimilar al hablante con el adversario cuando opinan lo mismo. Por ejemplo, no por el hecho de admirar una jugada del equipo contrario, significa que soy del otro equipo. En el caso de la Constitución

3. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 7a. ed. (Madrid: Trotta, 2005), 321 y s.
4. Zaidán afirma que "Ramiro Ávila y algunos neoconstitucionalistas del medio se han empeñado en hacernos creer que por decreto hemos superado al estado legal para convertirnos en un estado constitucional..." Nunca he sostenido ni escrito aquello porque sería incurrir precisamente en una falacia. Pero no es buen argumento atribuir falacias a otro. Véase Zaidán, *Neoconstitucionalismo*, 25.

defender algunas de sus instituciones, en particular la parte dogmática y las garantías, no significa que es una defensa al gobierno que la impulsó.

Finalmente, conviene transparentar la perspectiva desde la que se opina y se la puede denominar crítica. Esta perspectiva quiere decir dos cosas: la primera, desde la que pretende argumentar y construir teorías es desde la mirada de las personas que están en terribles condiciones de vulnerabilidad y peor situadas,[5] a las que favorecen los derechos de la Constitución; y la segunda, ser crítico también significa denunciar las brechas que existen entre enunciado teórico, enunciado normativo y realidad.

2. El neoconstitucionalismo como nominación y teoría

> *El neoconstitucionalismo no tiene ninguna novedad y lo único que tiene de nuevo es el nombre.*

No existe un neoconstitucionalismo y no existirá, así como no ha existido una escuela del derecho homogénea.[6] En el mismo positivismo, se encuentran varias corrientes: el positivismo puro de Kelsen (que el mismo Kelsen lo moderó años más tarde cuando escribió su libro *Teoría del derecho y del estado*, después de haber recibido la influencia del derecho anglosajón), el positivismo ético de Hart y Bobbio, el positivismo analítico de Ferrajoli. Lo mismo podríamos predicar del iusnaturalismo, de las escuelas del derecho penal y de las tendencias en el derecho ambiental.

De igual modo, en el neoconstitucionalismo se encuentran personas que podrían ser consideradas como iusnaturalistas y también como positivistas, y otros hasta comparten las dos vertientes. Así, es un error considerar que el neoconstitucionalismo es único y homogéneo; quien critica debería precisar a la persona y a su teoría, pero no cabe la generalización.[7] La generalización nor-

5. Sobre esta perspectiva véase Mauricio García Villegas y César Rodríguez, "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos", en Mauricio García Villegas, y César Rodríguez, edit., *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (Bogotá: UNC / ILSA, 2003).

6. Por ello Miguel Carbonell, con mucho acierto, tituló a una de sus compilaciones como *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003).

7. Por ejemplo, Salim Zaidán critica en su libro a los neoconstitucionalistas como si fueran miembros de una escuela única, ingenua e ilusa. Véase Zaidán, *Neoconstitucionalismo.*

malmente, como afirma el maestro Zaffaroni, cuando pone a todas las teorías en un solo saco, demuestran una actitud autoritaria y una opinión o teoría con pretensiones de verdad incuestionable.[8]

La palabra "neoconstitucionalismo" no es lo importante. De hecho existen autores a los que hay que admirar por su lucha por un derecho que transforme realidades de exclusión, como Boaventura de Sousa Santos y el mismo maestro Ferrajoli, y en nuestra región Roberto Gargarella, que reniegan del término. Sin embargo, sus postulados proponen una teoría y una praxis que se encuadraría en lo que yo entiendo como neoconstitucionalismo. Así que lo importante es el significado y no la palabra. Se podría comulgar con otras expresiones más neutras, como constitucionalismo contemporáneo, o más radicales, como constitucionalismo transformador. Hay que reconocer que el solo enunciado "neoconstitucionalismo" nos ha permitido debatir y disentir. Quizá no hubiera pasado esto si es que simplemente le seguíamos rotulando "derecho constitucional", "positivismo constitucional", o simplemente "constitucionalismo". La palabra "neoconstitucionalismo" invita al debate, y solo por eso, vale la pena usarla.

El neoconstitucionalismo, sin ánimo de agotar la discusión ni de elaborar un concepto acabado, no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del derecho y del estado. El derecho se construye no a partir de la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo, del estado, de orden público, de los principios generales, de la civilización, del progreso; sino que debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos.

En este sentido, la teoría del derecho ya no puede ser el título preliminar del Código Civil, y la teoría del estado no debe ser solo la institucionalidad y la organización del poder. Los derechos fundamentales son un medio y, al mismo tiempo, el fin de la teoría, del estado y de la organización social.

Al neoconstitucionalismo hay que agregarle la palabra "transformador", lo que le da una posición política. El neoconstitucionalismo transformador pretende alterar la realidad, que es de exclusión, marginalidad y discriminación, y la transformación de un sistema y una forma de vida "colonizada" a una de

8. Zaffaroni afirma esto cuando el sociólogo Ferri sostuvo que todas las teorías anteriores a él estaban superadas y las llamó "derecho penal clásico", como que el positivismo penal llegó a la cumbre con él y que no podía ser superado. Pronto se develó que estaba equivocado. Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general,* 2a. ed. (Buenos Aires: Ediar, 2002), 316.

emancipación de las grandes mayorías de la población, que no pueden ejercer sus derechos y que el estado les ofrece políticas paternalistas o simplemente represión penal.[9]

3. Los teóricos del neoconstitucionalismo transformador

> *El neoconstitucionalismo nace en Europa y son europeos quienes tienen la autoridad para desarrollar sus teorías.[10] El neoconstitucionalismo se restringe a tres o cuatro teóricos del norte y basta leer a Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Zagrebelsky,[11] para comprender al neoconstitucionalismo. "Da miedo y algo de lástima", tener que recurrir a teorías y modelos de estado que nunca se ha tenido en Ecuador: no tiene sentido confiar en "mesías y profetas".[12]*

El derecho constitucional, como toda área del derecho desde que existe la modernidad, ha tenido influencia del Norte y, en particular, de Europa. No hay duda que la división de poderes desde nuestra primera Constitución tiene influencia de la Constitución francesa; tampoco que nuestro derecho civil tiene directa inspiración en el código civil napoleónico. Toda ley, sin excepción, responde a un fenómeno de transmisión jurídica global. Piénsese, por ejemplo, en las reformas procesales penales del año 2000, que responden a un movimiento regional en el que, desde Guatemala hasta Chile, se cambiaron los códigos y tienen sus semejanzas. Lo mismo ha sucedido con el Código de la Niñez y Adolescencia, que tiene en toda la región relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.

La Constitución de Montecristi, sin duda, tiene influencias del sistema continental europeo de posguerra y hasta del sistema constitucional norteamericano. Entre las primeras, tenemos la idea de control de constitucionalidad y Tribunal Constitucional; entre las segundas, el control difuso de constitucionalidad.

9. Sobre los alcances de la teoría del derecho y del estado, véase Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2011).

10. Zaidán, *Neoconstitucionalismo*, 30-4.

11. Véase Juan Esteban Ponce Villacís, *El neoconstitucionalismo en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010).

12. Juan García Amado, "Prólogo", en Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica* (Lima: Edilex), 31.

De ahí que, para ciertas instituciones, no sea descabellado recurrir a los teóricos canónicos.[13]

Pero la Constitución de Montecristi tiene algunas novedades que son propias de la región latinoamericana y otras que son propias de los movimientos y luchas sociales de los ecuatorianos y de los andinos: la pachamama, el sumak kawsay, la plurinacionalidad, la democracia comunitaria, la justicia indígena, la interculturalidad. Que las dos últimas ya estuvieron en la Constitución de 1998, poco importa. Lo cierto es que jurídicamente poca doctrina se ha escrito con relación con estos temas novedosos y originales de nuestra región.

El dato que conviene destacar es ¿qué autor europeo habla sobre estas novedades constitucionales? Sin irnos tan lejos, ¿qué autor del derecho ecuatoriano, en todos los libros que se han publicado, hacen un esfuerzo de interpretación para aplicar mejor estas instituciones? O sea, ¿quién es teórico del derecho constitucional andino? Y aquí se encuentran tres posiciones. La una es criticar como novelería a estas instituciones, que parecería que es más falta de comprensión y muestra las distancias entre nuestros connotados juristas y las reivindicaciones de los movimientos sociales, en particular de los indígenas; la otra posición es olímpicamente ignorarlas, como sucede en la gran mayoría de los libros escritos en Ecuador, como si esas instituciones no existieran y no formaran parte del derecho constitucional ecuatoriano. La otra posición es comentarlas y hacer esfuerzos por entenderlas, que son minoritarios.

En la posición de comprender y difundir se encuentran no juristas. Curiosamente quienes han escrito sobre las novedades de la Constitución ecuatoriana son indígenas, economistas, ecologistas, filósofos, activistas de derechos humanos, tales como Alberto Acosta, Magdalena León, Luis Macas, Anibal Quijano, Catherine Walsh, Vandana Shiva, Eduardo Gudynas, Nina Pacari, Esperanza Martínez.[14] ¿Se puede aprender derecho de personas que no son juristas? Los teóricos tradicionales dirían que no. Sin embargo, la comprensión de la Constitución requiere precisamente de otros saberes que han sido tradicionalmente invisibilizados y despreciados por los juristas. Por su lado, los grandes teóricos del

13. Una buena compilación de autores canónicos, tanto de Europa como de Estados Unidos, lo encontramos en Carbonell y García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*.

14. Basta señalar algunos títulos de la colección dirigida por Alberto Acosta y Esperanza Martínez, publicada por Abya-Yala, que se denomina "Serie sobre el debate constituyente": *El buen vivir: Una vía para el desarrollo*; *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*; *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora; Soberanías*; *Agua: un derecho fundamental*; *Mal desarrollo y mal vivir*, entre otros.

neoconstitucionalismo europeo no han dicho nada y seguramente tienen poco que decir con relación a las novedades del constitucionalismo ecuatoriano. Existe, pues, un error en recurrir solo a los autores jurídicos canónicos del norte. La democracia comunitaria, la pachamama, el sumak kawsay y la plurinacionalidad se aprende con los indígenas, no con los juristas.

Finalmente, hay poca teoría porque quienes han reivindicado los derechos de la naturaleza, del buen vivir, la justicia indígena o la plurinacionalidad no están precisamente enseñando en las universidades o escribiendo cosas aburridas como las que escribo. Ellos y ellas están en el campo, sobreviven, luchan, resisten y también producen alimentos para nosotros. Muchas reivindicaciones de los pueblos indígenas, de las mujeres, de los niños y niñas, de los grupos GLBTI, de los refugiados y migrantes, y más movimientos sociales, no tienen un autor canónico que los represente.

4. La estratósfera académica y el rol de la teoría

> *Los conceptos son traídos del mundo del derecho internacional de los derechos humanos. Pero claro precisamente el aterrizaje de ese tipo de conceptos, de prácticas, de jurisprudencia, en una sociedad chiquita como es Ecuador, va a causar problemas. Pensar solo en teoría, no practicar el derecho, es quedarse en la estratósfera.*

La teoría no es necesariamente mala, como tampoco la práctica, como forma de conocimiento, tampoco es innecesaria. La teoría y la práctica se complementan y una sin la otra generan distorsiones que deben ser evitadas. "Estratósfera académica", por decir de otra manera a la teoría, sin práctica está condenada a ser inútil; de igual modo, práctica sin teoría, es un ejercicio sin dirección y podría ser como dar "palos de ciego". Una norma realizada desde la teoría corre el serio riesgo de ser inaplicable; pero una norma realizada desde solo la práctica, reproducirá inevitablemente un sistema que ha demostrado ser ineficiente e ineficaz para combatir la inequidad. Una norma adecuada debe incorporar el dato de la realidad y también el saber del que ejerce y del que teoriza. Esto es precisamente lo que debería ocurrir en una auténtica democracia.

Afirmar que la Constitución no se aplica porque fue pensada por teóricos que vivían en la estratósfera, es caer en la falacia realista. La inaplicación de

normas jurídicas, la ineptitud o la corrupción en la Función Judicial, no es un problema de la Constitución de 1998 ni de la Constitución de 2008: es un problema estructural de los jueces y cultural de los abogados. La consulta popular del 2011 y la influencia directa del gobierno en el órgano administrativo de la Función Judicial no va a cambiar en nada la justicia; la única diferencia entre lo que sucede ahora y lo que podría suceder, es que los jueces van a ser de otra tendencia política, pero con la misma cultura política. Es decir, los juristas somos formalistas, civilistas, privatistas, individualistas y no estamos acordes con un derecho constitucional materializado por los derechos fundamentales, que nos está exigiendo ser profundos, solidarios, interculturales y nos demanda incluir a los grandes sectores de la población y resolver sus problemas. ¿Estar en la estratósfera es pensar en un derecho distinto y en la gran mayoría de la población que sufre cotidianamente violaciones a sus derechos?

Poco se ha teorizado sobre un modelo de organización política distinta al presidencialismo. Se puede evaluar históricamente su impacto en el fortalecimiento o debilitamiento de la democracia. Hay que teorizar antes de diseñar; un modelo jurídico distinto y luego, si llegara a suceder, a aplicarlo.

El hiperpresidencialismo, diseñado en la Constitución de Montecristi, no puede llevarse bien con un estado plurinacional y una democracia participativa; además la transición de la Constitución de Montecristi es harto deficiente y problemática.

La transición ha sido una gran mentira y un gran fracaso. Aun con estos defectos, no significa que toda la Constitución sea mala, que las garantías no sean convenientes para exigir derechos o que la teoría que ayuda a comprenderla sea inadecuada. Insisto: la solución ante el deficiente funcionamiento de la Función Judicial y la ineficacia de las garantías, no es suprimir las garantías sino capacitar intensamente a los jueces para que las hagan funcionar.

El reto, para que funcione adecuadamente cualquier teoría jurídica alternativa y transformadora, es cambiar la cultura jurídica. No se trata tampoco de quitar o poner más poderes, sino de hacerlos funcionar de forma adecuada para que cumplan los fines para los que fueron otorgados: garantizar los derechos de los más débiles y vulnerables.

II. La teoría de la norma: los principios, las reglas y los derechos

1. Los principios y las reglas

> *El principio es una norma que, al no tener una hipótesis ni una obligación concreta, no establece un régimen objetivo, claro, concreto de cómo aplicar ese principio en la vida práctica. Está la norma absolutamente al arbitrio del intérprete.*

La discusión en la teoría del derecho contemporánea sobre las reglas y los principios está en el centro del debate. Las reglas y los principios son normas jurídicas, que tienen algunas diferencias. Efectivamente la estructura de la norma-regla es distinta a la de la norma-principio. La regla es una norma jurídica que promueve o facilita mucho más la seguridad jurídica, que tiene dos elementos que logran ese objetivo: tiene una hipótesis y una consecuencia, que suele ser una obligación clara. En cambio, la estructura de un principio es la de una norma "ética", que tiene un mandato de optimización, pero no tiene una condición, ni obligación clara. En cuanto a la función, las reglas y los principios también se diferencian. Los principios deben legitimar a las reglas y eso va acorde a la estructura constitucional, en donde el legislador debe adecuar el sistema jurídico a los derechos. Pero no solo eso.

El principio es una norma jurídica compleja que, en su aplicación, presenta ciertas dificultades. Pero no admito que el principio no sea aplicable o que no sea considerado norma. Si ustedes revisan la teoría propuesta por el gran jurista Hans Kelsen, en su libro *Teoría Pura del Derecho*, podrán apreciar que Kelsen advierte que una norma que no sea hipotética, ahora llamaríamos regla, simplemente no es aplicable y no es deseable establecerla, porque es ambigua y porque establece falsas promesas. Es más, Kelsen sostenía que una norma que no fuera hipotética es una norma imperfecta y que, es más, no debe siquiera de ser estudiada por la ciencia jurídica al no ser aplicable.

Pasan muchos años desde que escribió su teoría y muchas violaciones masivas a los derechos humanos. Sin las normas principistas, reconocidas desde el artículo primero de la Ley Fundamental alemana, que reconoce la dignidad de

las personas, no pudo haberse reestructurado el sistema jurídico alemán, que era profundamente discriminatorio e injusto.

Si no era mediante la aplicación directa de los principios, no se habría corregido todo ese sistema jurídico fascista. La principal fuente del derecho que utilizó el Tribunal Constitucional alemán fue precisamente los principios. De ahí toda la teoría relacionada con la inconstitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos.

Sin una teoría jurídica adecuada y sin una argumentación racional transparente existe un problema cuando se dice que los principios son de directa aplicación. Pero el hecho de ser un problema no significa que no sea superable.

El derecho positivo, entendido solo como reglas hipotéticas, es un derecho que no ayuda a resolver dos tipos de problemas que son reales: el problema de las reglas injustas, por un lado, y el problema de los conflictos sociales que no tienen regla, por el otro. Los principios, no las reglas, resuelven los problemas suscitados por leyes injustas o por la falta de reglas.

Ubiquémonos históricamente en nuestro continente para entender estos problemas. ¿Qué pasó con todos los jueces en Latinoamérica cuando, en un contexto de aplicación de normas que promovían la seguridad nacional, aplicaron un derecho que era injusto? Nadie se atrevió a sancionar una ejecución extrajudicial, una tortura por parte de un agente del estado, un genocidio o cualquier otro delito de lesa humanidad. La justificación de los jueces era que no existían normas. Por otro lado, cuando realizaron los agentes de estado actos violatorios a los derechos, argumentaban que estaban cumpliendo con la ley. No existían reglas, como tipos penales adecuados, y existían normas injustas, como el juicio de civiles por parte de militares en casos de estado de excepción. La lógica del derecho por principios ha contribuido a resolver estos problemas históricos. El principio desata las manos del juez y permite hacer justicia en el caso cuando la regla es injusta.

El principio, por otro lado, insisto, ayuda a resolver los conflictos sociales que existen y no tienen reglas para resolverlo. Actualmente, no podemos darnos el lujo, como lo hicieron los liberales en el siglo XVIII, de tener un código civil, que regulaba todas las situaciones que podía pasar a un propietario, que tenía título de propiedad y podía intervenir en el mercado usando sus libertades y su autonomía de la voluntad.

El mundo del derecho estaba centrado en la propiedad y en el mercado. Pero ahora, cuando ya tenemos una Constitución que establece la salud, el hábitat, la nutrición, la educación, la seguridad social universal, y en el mundo se reconoce más personas que las propietarias, no podemos esperar como sugeriría un positivista puro que los legisladores hagan códigos con normas hipotéticas para cada uno de estos derechos, cuando sabemos que la gente no tiene salud, no tiene educación, está discriminada, se muere por causas fácilmente prevenibles. Un juez tiene la capacidad, en el sistema jurídico por principios, de poder resolver cuando hay violaciones a esos derechos que no tienen su correlato en una regla hipotética.

2. La función de los principios y la interrelación con las reglas

> *La norma jurídica para ser legítima no puede ignorar ni contradecir los principios. Los principios deben inspirar las leyes. Solo el legislador puede determinar el contenido y el alcance de los principios que son, por naturaleza, indeterminados y ambiguos. Dejar a los jueces la determinación de principios es permitir la arbitrariedad y promover un sistema que se basaría en la inseguridad jurídica.*

Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales son principios. Los principios son "mandatos de optimización".[15] Es decir, el estado –y el obligado no estatal cuando le corresponda según el derecho–, tiene que hacer todo lo que está a su alcance para cumplir al máximo el derecho. Normalmente, para cumplir un principio, se pueden tomar múltiples y hasta inimaginables caminos, por eso Alexy caracterizaba también al derecho como una "haz de posibilidades".

Por ejemplo, la Constitución establece que "en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso", luego establece otros principios que configuran con más detalle este derecho. Si consideramos que este principio es un mandato de optimización y que es un objetivo que se tiene obligación de alcanzar, debemos mirar la forma

15. Los conceptos de Alexy, de primera mano, se encuentran desarrollados y ejemplificados en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de Carlos Bernal Pulido (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008).

de potenciarlo. Se dice en la norma que es en "cualquier orden". Esto quiere decir que se aplica en procedimientos jurisdiccionales y administrativos estatales. ¿Puedo seguir optimizando el principio? Por supuesto, puedo considerar que se aplica en establecimientos privados, empresas y escuelas, en clubes y asociaciones, en organizaciones no gubernamentales y barriales. ¿Se puede optimizar más? Sí, también se puede aplicar en las relaciones sociales y familiares. En este último sentido, el principio podría guiar el sistema, que ahora es harto arbitrario, de sanciones a los niños y niñas. Antes de, por ejemplo, establecer una sanción, se debería discutir qué normas merecen las sanciones, el derecho a ser escuchado y el tipo de sanciones que se imponen. El mandato de optimización también se refiere a los recursos que se invierten para hacer efectivo el derecho. Si se detecta que hay problemas en el ejercicio o que simplemente no se accede al derecho al debido proceso, entonces hay que dar los pasos para que se vaya realizando el derecho.

En cuanto al "haz de posibilidades" se refiere a los caminos que se pueden seguir y a las respuestas que se pueden dar. Para aplicar el debido proceso puede suceder que sea el mejor camino la oralidad en primera instancia y lo escritural en casación; puede ser que la policía divida en secciones y bajo la dependencia de la fiscalía sea más eficiente y tenga mejor control; puede ser que las penas bajas y alternativas ayuden a flexibilizar la rigurosidad procesal que demanda la búsqueda de verdad; puede ser que las penas reparadoras sean más justas que las represivas; puede ser que la formación en derechos humanos sea más efectiva que la formación en deontología jurídica cuando se capacita a operadores de justicia. El haz de posibilidades permite que el principio sea lo suficientemente flexible para adaptarse a cualquier realidad y también para que pueda ser configurado mediante un debate democrático o un riguroso procesos argumentativos.

El debate no debería ser si las reglas son las únicas normas que deberían existir o si se oponen a los principios. Los principios y las reglas son normas jurídicas complementarias: no se puede aplicar un principio nunca si no hay una regla. La diferencia con el positivismo tradicional está en que antes el poder legislativo era la única autoridad para producir normas válidas. En el sistema jurídico constitucionalizado, también producen normas jurídicas válidas los jueces para los casos y la Corte Constitucional con carácter generalmente obligatorio. Pero siempre el juez, cuando resuelve un caso aplicando un principio, tiene que acabar creando una regla mediante un proceso argumentativo. Para explicar esta

novedad jurídica, sugiero leer un libro escrito por Atienza, que se llama *El derecho como argumentación*. Si se analizan, por ejemplo, todas las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todas las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, todas las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana, y en general cualquier resolución de un juez que aplica derechos y motiva sus sentencias de forma adecuada, todas se basan en principios y en reglas que han construido por medio de un proceso argumentativo. La aplicación de principios mediante la argumentación jurídica requiere normas de lógica, coherencia, consistencia y razonamiento. En este sentido, es totalmente arbitrario aplicar un principio si es que no se construye una regla de forma adecuada. Y en este aspecto existe una falencia grave en Ecuador. Al no existir proceso argumentativo, la discrecionalidad se impone. Pero otra vez, no es un problema de los principios sino de su aplicación.

Cuando los jueces resuelven por un interés económico o por influencias políticas, da igual si aplica principios o reglas, la resolución siempre será arbitraria. Para revisar estas deficiencias argumentativas y la aplicación arbitraria de principios y reglas, existe la acción extraordinaria de protección. Insisto, la gran ventaja del principio y de su aplicación directa es que desata las manos al juez y le da la posibilidad y la competencia para que pueda resolver en contra de una regla injusta. Y, por otro lado, le da la posibilidad para que, aún en ausencia de reglas, los jueces efectivamente no nieguen justicia, apliquen un principio y construyan una regla para un caso concreto.

Para ejemplificar y de paso tratar el tema de la seguridad jurídica, quisiera citar un caso cercano, que se conoce como el "caso Massera". Allí, la regla decía "toda persona que no haya sido juzgada por el lapso de 10 años, no podrá ser perseguida penalmente en aplicación de la regla que establece la prescripción". Esta norma es una regla que efectivamente da seguridad jurídica y garantiza que una persona no sea perseguida por el estado eternamente. Pero ¿qué pasó en Argentina, cuando sucedieron violaciones masivas a los derechos humanos y ningún juez se atrevió a dictar sentencia o declarar culpable a algún miembro de la dictadura? Pasan 20 años y hay una Corte que se atreve a decir lo siguiente: "esa regla de la prescripción le da seguridad jurídica al señor Massera, pero es una regla que da inseguridad a los argentinos, tengo veinte mil casos de desapariciones, treinta mil casos de tortura, treinta mil casos de niños que han sido secuestrados por los militares, y si se aplica la regla, se consagra una injusticia."

¿Qué es lo que hace el juzgador? Con argumentaciones persuasivas, recurriendo a múltiples fuentes del derecho y a instrumentos internacionales de derechos humanos, aplica el principio de la tutela efectiva y de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Al final arriba, por dos principios, a una solución contraria a la prescrita en la regla. Fíjense cómo opera el principio: es aplicado directamente por el juez mediante argumentación, inobserva una regla que es a todas luces injusta y los dictadores en Argentina fueron juzgados por la aplicación directa de principios y por la inaplicación de reglas. El sistema jurídico que mayores ventajas, favores y posibilidades de hacer justicia y de aplicar los derechos a casos de violaciones reales y concretas, sin duda, es el sistema que incorpora a los principios como normas directamente aplicables.

Para que no se crea que esto solo sucede en otros países, permítanme citar algunos casos ecuatorianos. Primer caso, en Azuay: personas con discapacidad de movimiento, y que tienen que movilizarse en silla de ruedas, demandan ante un juez civil que elimine los torniquetes de los abusos públicos, porque violan su derecho a la libertad ambulatoria. Si es que buscamos la regla para resolver este caso, no la vamos a encontrar. El juez aplica el principio, el derecho a la libertad de movimiento y a no ser discriminado, encuentra un obstáculo para ejercer el derecho, declara la violación y ordena quitar los torniquetes. Segundo caso, en Pichincha: una señora vende drogas para sobrevivir, es pobre y no tiene otra fuente de trabajo. Es encerrada, enjuiciada y condenada. La ley de drogas establece que quien venda droga debe ser condenada a una pena de 12 a 16 años. El juez, aplicando el principio de proporcionalidad y estricta legalidad, impone una pena de 2 años de cárcel. Tercer caso, en Cañar: una vivienda estaba a punto de caerse porque estaba en una zona de deslave; la señora que vivía en esa vivienda pide un bono al Ministerio de Inclusión Social para poder adecuar su casa. Según la regla, la señora debía tener un título de propiedad para poder acceder al bono, pero la señora no disponía de este, sino de la posesión de la tierra. El ministerio le niega el bono y demanda la señora al juez de lo civil. El juez invoca el derecho a una vivienda adecuada, considera que el ministerio violó el derecho y ordena que se le conceda el bono. En este caso hay regla pero su aplicación se torna injusta. El juez invoca un principio y hace justicia en el caso. Estos jueces, en Ecuador, aplican principios por falta o insuficiencia de reglas, y administran justicia en los casos.

3. Los principios, las normas penales y civiles, y la seguridad jurídica

El mejor ejemplo de normas que dan seguridad es el de las normas del derecho penal, que son normas hipotéticas y permiten saber las conductas prohibidas y las consecuencias (penas). Lo mismo podría predicarse de las normas del Código Civil.

Las normas penales permiten graficar la interrelación entre principios y reglas. Se suele poner como ejemplo paradigmático de reglas, las normas del Código Penal, por ser claras, determinadas y de fácil aplicación. Pero ese acierto es aparente. Las normas del derecho penal son, a la luz de los principios, moldeables, indeterminadas y de compleja comprensión. Una norma del tipo "si X roba, tendrá una pena de 1 a 5 años de cárcel", tiene que leerse a la luz de todos los principios del libro I del Código Penal. Si se analiza en el derecho penal los esquemas del delito, que se encuentran en lo que se conoce como parte general, todas y cada una de las reglas de la parte especial deben analizarse a la luz de varios principios: la legalidad, la lesividad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Podría suceder, por ejemplo, que yo crea robar cuando el objeto robado es mío, que robo por estado de necesidad al punto que si no me sustraigo un bien se muere mi hija, que robo y lo hago de forma frecuente y violenta, que es la primera vez que robo. Si aplico los principios, puede suceder que la norma que parece tan clara, se aplica de forma diferente. En unos casos no hay pena, en otros se aplica una pena de siete días de cárcel cuando hay atenuantes, en otros casos se impone una pena de 4 años. En ninguno de estos casos se aplicó la letra de la regla porque fue modificada por principios.

Por su parte, en el Código Civil, que también podría considerarse un cuerpo normativo ejemplar compuesto por reglas, también encontramos normas que tienen la característica de principios. Por ejemplo, aquella norma que dice que hay que cuidar como un buen padre de familia o las normas sobre la responsabilidad civil, que tienen conceptos subjetivos como el dolo, la culpa o la negligencia. Así que la novedad del derecho por reglas o principios no es tan nuevo ni amenazador al derecho como se pinta. La novedad consiste en que los principios que deben aplicarse son muchos y están en la Constitución, y que estos, en gran parte, son derechos fundamentales.

Finalmente, quisiera hacer un comentario al tema de la seguridad jurídica, que amerita otro espacio para mayor reflexión. El tema de la seguridad es un tema realmente complejo. Gustavo Zagrevelsky, un ex-magistrado del Tribunal Constitucional italiano, tiene un libro titulado *El Derecho dúctil,*[16] sostiene que la seguridad jurídica de los liberales fue la inseguridad jurídica de las grandes mayorías excluidas. Por eso conviene preguntarse seguridad jurídica "para quién". Pensemos en un ejemplo para graficar este dilema. Por un lado, una farmacéutica que tiene marca y patente de una medicina, que le da exclusividad de venta en el mercado por 10 años; por el otro, tenemos una comunidad que requiere de esa medicina pero no puede pagar el costo. Si se respeta el derecho de propiedad intelectual, se viola el derecho a la salud de esa comunidad. Si se garantiza la producción y distribución de un genérico para garantizar la salud de la comunidad y se viola el derecho a la propiedad intelectual, ¿la seguridad jurídica de quién debemos garantizar? Sin duda, en una democracia constitucional, en donde las grandes mayorías no gozan de sus derechos sociales, el contrato que garantiza el lucro y la propiedad, podrían ceder ante las necesidades de otros.

4. El rol de los jueces y los derechos

> *Los derechos están en riesgo por el rol que tienen los jueces para aplicar directamente la Constitución. Los jueces pueden cambiar la letra de la ley tan solo por su poder de interpretar y aplicar la Constitución. Los jueces pueden modular las sentencias de tal manera que la jurisprudencia nunca podrá ser clara y objetiva. En pocas palabras, estamos frente a la arbitrariedad judicial. Por otro lado, los jueces no están capacitados y, para colmo, hay jueces que no son honestos y tienen ahora amplio margen de acción para ser corruptos.*

El tiempo del constitucionalismo contemporáneo es el tiempo de los jueces. Si uno revisa históricamente la evolución de la organización del estado en el mundo occidental los últimos 300 años, se ve que hay un tránsito del poder ejecutivo al parlamentario (del absolutismo al estado legal), y del parlamentarismo al judicial (del estado legal al constitucional). La lógica es sencilla de explicar (y difícil de aplicar): cuando la Constitución, y los derechos contenidos en ella, es considerada una norma, tiene que haber un juez que la haga cumplir cuando se

16. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 2002).

la viola. Esto lo entendieron muy claro los liberales con la ley y el contrato. Si se violan sus preceptos, puedo acudir a un juez y pedir que haga cumplir la norma irrespetada. Lo mismo sucede cuando los derechos son directamente aplicables, puedo acudir ante un juez para que los haga respetar.

Puede suceder, y de esto somos testigos si miramos la producción legislativa de cualquier Parlamento, que los legisladores se aparten de la Constitución. Si esto sucede, no cabe que un juez sea indiferente cuando hay una antinomia. Tiene que aplicar la Constitución que, por el principio de jerarquía, prevalece. Ahora bien, resulta que los conflictos suceden contra leyes expresas y entre derechos con igual rango constitucional, y aquí el debate es extenso. Cuando se trata de leyes expresas, ¿tiene legitimidad que un juez pueda invalidar una ley aprobada por quienes tienen representación democrática?, y cuando se trata de derechos, ¿tiene sentido que un juez, mediante la ponderación y la argumentación pueda pulverizar derechos?

Estas preguntas han sido motivo de un interesante debate entre dos grandes filósofos: Habermas y Alexy.[17] La tendencia constitucional, que tiene una fuerte carga histórica (en Europa el genocidio producido en el régimen fascista y en América Latina la aplicación de las leyes de seguridad nacional), es a que los jueces tienen competencia otorgada por la Constitución, por tanto, tienen delegación democrática para controlar actos del poder público inconstitucionales. Por otro lado, la colisión de derechos es inevitable y lo que tienen que hacer los jueces, mediante motivación y argumentación, es evitar al máximo la discrecionalidad, maximizar la protección de derechos y minimizar las restricciones a los derechos, y de esto trata la ponderación.

La modulación de las sentencias, que va de la mano con el principio del *iura novit curia*, por la que el juez tiene la posibilidad de establecer el alcance de los derechos, no es otra cosa que la capacidad de los jueces para poder prever efectos no deseados de las sentencias. Puede suceder que las normas sean formal y materialmente constitucionales, pero que ciertos factores y el contexto en que se apliquen, puedan tener efectos violatorios a los derechos. Por ejemplo, se establece un plazo para poder ejercer un derecho, pero resulta que se presenta una situación de fuerza mayor y el plazo se torna un obstáculo para el ejercicio de

17. Sobre la crítica a la ponderación, véase Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Trotta, 2005); y sobre la defensa y contestación, en particular en el "Epílogo", de Alexy, *Teoría de los derechos*.

derechos. En este caso el juez podría declarar la constitucionalidad de la norma, pero modular su aplicación.

La Corte Constitucional de Colombia ha modulado la sentencia en el caso de los masivos desplazamientos de personas por motivos relacionados con el conflicto armado interno; en esos casos, se aplican políticas de forma experimental y se ejecuta la sentencia en forma de ensayo-error-corrección.

La falta de capacitación de los jueces es un problema y grave; de igual modo la existencia de jueces corruptos. Pero frente a esta realidad, ¿es preferible mantener el *statu quo* e inmovilizarse? No parece sensato eliminar las garantías porque no funcionan. ¿No será mejor hacer que funcionen? En cuanto a los jueces corruptos, el hecho de que existan y elaboren sentencias inadecuadas, no invalida la necesidad y utilidad de los principios. Así como hay esos jueces, también hay ejemplos maravillosos en el mundo de jueces que han aplicado principios y han hecho justicia, como narré en breve. El enfoque tiene que ser claro. El problema no es la Constitución sino quienes la aplican.

5. El liberalismo, los derechos individuales y colectivos

> *El liberalismo es el único movimiento que ha creado un derecho consecuente con una línea de pensamiento. El liberalismo ha reconocido los derechos individuales y ha logrado establecer mecanismos para su protección. Los derechos colectivos y sus garantías son una ficción. Por otro lado, se han postergado los derechos de libertad a un lugar secundario en el texto constitucional, con la particularidad que a los derechos de libertad se los neutralizó en su ejercicio con condicionamientos estatales.*

El pensamiento liberal, en términos históricos, ha sido una de las edificaciones conceptuales más importantes que hemos tenido en los últimos 300 años. Efectivamente, el proceso emancipatorio producido en la Revolución francesa, e incluso en la independencia de los Estados Unidos, tuvo como fuente conceptual al liberalismo. De igual modo, se puede apreciar la influencia del liberalismo en los procesos latinoamericanos de independencia y en la consolidación del estado laico. En lo que discrepo es en la consideración de que las únicas reivindicaciones sociales sean exclusivamente liberales. El siglo XX, por ejemplo, está lleno de revoluciones y reivindicaciones no liberales, como las socialistas y las culturales.

Las reivindicaciones liberales tienen que seguir demandándose, porque pregonan principios y derechos que son tremendamente importantes, como el respeto a la privacidad o la libertad de expresión. Pero a estas demandas hay que sumar las reivindicaciones sociales, que vieron desigualdades sustanciales entre los seres humanos y que reclamaron mejores condiciones de vida para muchos seres humanos que se consideraron pobres o necesitados. Y la otra reivindicación que hemos vivido en el mundo desde los años 70, es una reivindicación de carácter cultural, que reclamaba igualdad de trato y consideración entre las personas y las culturas diversas y no hegemónicas.

¿Existen derechos que pueden ser reivindicados colectivamente? En la actualidad, es muy difícil negar el reconocimiento y la existencia de sujetos colectivos. Muchas sentencias de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resoluciones del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han reconocido jurídicamente como titulares de derechos a pueblos indígenas.[18] Por citar un ejemplo, el caso Awas Tingi, que es el primer caso en el que se reconoce una forma de tener el derecho a la propiedad que no es la individual. De hecho, en este caso, la defensa del estado exigió los requisitos propios de un derecho individual, como un título en el Registro de la Propiedad; la Corte, en cambio, consideró que se trataba de una comunidad indígena ancestral, que no se adecuaba a los requerimientos del derecho civil, y que tenía derecho colectivo a la propiedad a pesar de no ser reconocido por parte del estado. Además, existen múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos, que reconocen derechos a colectividades, comenzando por el derecho a la autodeterminación de los pueblos que consta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, el Convenio N. 169 de la OIT y acabando en la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas.

En cuanto a la ubicación de los derechos de libertad, efectivamente se puede constatar en el texto constitucional que, a diferencia de la Constitución de 1998, no encabezan la lista de derechos. ¿Es esto una postergación de estos derechos? Si

18. Véase, a manera de ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 23 (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Comité de Derechos Humanos, caso Ominayak contra Canadá, Comunicación No. 167/1984, 26 de marzo de 1990; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Aloebetoe, sentencia reparaciones, 10 de septiembre de 1993. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T. 349/96, ponente Carlos Gaviria, 8 de agosto de 1996.

el argumento es válido, tendríamos que admitir que los derechos sociales, económicos y culturales, incluso los derechos colectivos establecidos en 1998, fueron intencionalmente postergados al establecer los derechos civiles y políticos en primer lugar. Esto no parece una lectura adecuada. Además, en la Constitución se afirma de modo categórico que "todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía".[19] He dicho, en otro ensayo, que la finalidad de la clasificación no fue postergar unos derechos sino de evitar establecer rangos o diferencias entre derechos, para garantizar que todos son exigibles y que tienen naturaleza común.[20]

Sobre los condicionamientos a los derechos de libertad, tenemos que sostener que es cierto. Desde la teoría de los derechos fundamentales, los derechos relacionados con la autonomía de la voluntad, los patrimoniales, los políticos y las libertades son "derechos poder". Esto quiere decir que tienen que ser limitados como cualquier poder. Si estos derechos, que L. Ferrajoli considera secundarios, no son limitados, tienden a la acumulación, a la expansión y al abuso.[21] Esto no significa que están neutralizados. Limitados no es sinónimo de neutralizados. Si alguna persona, arbitrariamente, no puede ejercer sus derechos de libertad tendrá derecho a impugnar mediante una acción de protección de derechos ese acto u omisión. La famosa frase de que los derechos de unos terminan donde comienzan los derechos de otros, se aplica con absoluta claridad en los casos de los derechos de libertad.

6. La constitucionalización del derecho privado

La constitucionalización del derecho privado es una intromisión del estado regulador en la esfera particular de las personas.

Quizá uno de los hitos en el fenómeno de constitucionalización del derecho privado se lo encuentra en la jurisprudencia alemana, en sus primeros casos (1953), en el conocido como Dürig, en el que se estableció que la Constitución

19. Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008, art. 11 (6).

20. Julio César Trujillo y Ramiro Ávila Santamaría, "Los derechos en el proyecto de Constitución", en ILDIS y Revista La Tendencia, coord. *Análisis: Nueva Constitución* (Quito: La Tendencia-ILDIS, 2008), 75.

21. Luigi Ferrajoli, "Derechos fundamentales y patrimoniales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001).

tiene principios objetivos que influyen en el derecho privado,[22] y en el famoso caso Luth, por el que se controló constitucionalmente una cláusula contractual que restringía la libertad de expresión.[23] De ahí en adelante, se puede encontrar este fenómeno de manera constante y evolutiva, incluso en la jurisprudencia colombiana.

La Constitución de 2008, al establecer la posibilidad de que particulares, por cuestiones de abuso de poder, de discriminación o por situaciones de sumisión, puedan ser controlados constitucionalmente por medio de una acción de protección, lo que está haciendo es avanzar en la teoría clásica de los derechos humanos, por la que solo el estado podía violar derechos. La realidad nos demuestra que los particulares pueden violar derechos humanos y en los ámbitos que los liberales consideraban inviolables, tales como la esfera doméstica, el abuso contractual de las empresas, el poder de las multinacionales para explotar laboralmente y contaminar, la mala práctica médica. La teoría contemporánea de los derechos humanos considera que cualquier poder, público o privado, debe ser limitado por los derechos constitucionales. Ejemplos abundan. Piénsese en los abusos de los hospitales privados que limitan la libertad al encerrar a un paciente que no puede pagar, en la externalización de los costos de producción de empresas que por producir barato explotan y contaminan (y los costos los paga el estado con fondos públicos), en el maltrato infantil y en la violencia contra la mujer, en la discriminación en los arriendos o en el acceso a trabajos por cuestiones de origen nacional o color de piel.

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho privado regula las relaciones horizontales entre iguales, ciudadanos con ciudadanos. Alexy ha sostenido que el derecho constitucional, en particular los derechos de las personas, tiene el efecto de irradiación. Los derechos impregnan todo el sistema jurídico, lo que por supuesto incluye el derecho privado. Los derechos brindan la posibilidad de valorar el derecho privado y de controlarlo cuando afecta derechos. Tres construcciones a partir del efecto de irradiación: a) Los derechos justifican la interpretación y la eventual inaplicación del derecho privado; b) Los derechos, como principios que son, pueden aplicarse sobre o en ausencia del derecho privado en

22. Alexy, *Teoría de los derechos*, 469.

23. Ibíd., 472-81.

las relaciones horizontales; c) Las garantías constitucionales pueden utilizarse para defender a los particulares vulnerables de abusos o violaciones.[24]

Sin duda alguna, la constitucionalización del derecho privado abre la puerta a la conflictividad. Desde la teoría del conflicto, el hecho de enfrentar los conflictos no es malo, lo malo está en no solucionarlos. ¿Conviene una sociedad, a pretexto de no generar conflictos, que tolere y hasta fomente la violación de derechos por parte de agentes privados o públicos? Sin duda alguna, la paz, la seguridad no puede sostenerse en la inequidad o en la violación de derechos. Si abrir la puerta a la solución de conflictos significa llegar a una sociedad más justa, la conflictividad será un sacrificio necesario. La promoción y respeto del derecho privado y el mercado, desde la perspectiva constitucional, solo tiene sentido en tanto el derecho privado y el mercado son medios para ejercer, proteger y promover los derechos. Si el mercado y el derecho privado son fuentes, al contrario, de violación de derechos, no solo que se puede hacer una lectura desde el derecho constitucional sino que el estado debe intervenir para evitar y reparar por violaciones de los derechos.

III. El neoconstitucionalismo y el estado

1. El estado de derechos

> *El estado de derecho en singular significa estado sometido a reglas. El estado de derechos en plural ha significado una gran expropiación de los derechos individuales por parte del estado. El estado es natural adversario del individuo por su potencial capacidad para abusar de los derechos.*

No existe país en el mundo que califique en sus Constituciones al estado como de "derechos". Pero no porque nadie lo ha hecho significa necesariamente que es incorrecto. Toda novedad ha sido históricamente considerada como un disparate. Cuando se suponía que los estados protegían a sus ciudadanos de la misma manera que protegía su territorio, se consideró un despropósito que una persona demande a su estado. Era teóricamente un disparate, pero fue necesario. Desde

24. Ibíd., 464 y s.

mi perspectiva, hay un avance importante en la nominación en plural. La clave está en distinguir la diferencia entre un estado legal y un estado constitucional. En el estado legal, la autoridad estaba sometida a la ley y la ley es hecha por el Parlamento; el Parlamento al elaborar la ley resultaba ser la única autoridad no sometida. En el estado constitucional, en cambio, toda autoridad, incluida el parlamento, está sometida a la Constitución. Pero la Constitución tampoco es cualquier norma: tiene derechos que se consideran fundamentales. El estado legal puede convivir con el autoritarismo y con la violación masiva a los derechos humanos; el estado constitucional no. En términos de autoritarismo, no hay mucha diferencia entre un estado absoluto y un estado legal. El tratadista Gustavo Zagrebelsky sostiene que lo que hubo históricamente fue el paso de una monarquía aristocrática a una parlamentaria.[25] Además, en la lógica tradicional, solo el estado y sus funcionarios públicos están sometidos a la ley; en el estado de derechos, la idea es que todo poder público y privado se somete a los derechos fundamentales, que están reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El acento no está solo en la Constitución como instrumento normativo, sino en todos los derechos, como atributos de los seres humanos y de la naturaleza; de esta forma el término supera a la denominación de estado constitucional (no basta someterse a una Constitución, sino que esta debe ser cargada de derechos). Finalmente, el estado de derechos también significa que se reconoce la pluralidad jurídica. El estado de derecho reconoce solo una fuente de validez normativa, que es estado, y una norma que es la ley; en el estado de derechos se está reconociendo varios sistemas jurídicos. Entre otros, el sistema regional que proviene de la OEA o la Comunidad Andina, el sistema internacional que brota de los órganos del sistema de Naciones Unidas, y uno muy importante que es el sistema jurídico de las comunidades y nacionalidades indígenas, que está reconocido con rango constitucional. Si hay varios sistemas jurídicos, con propiedad se puede hablar que el estado es de derechos.

El estado al denominarse de derechos no significa que ha expropiado los derechos de las personas y colectividades, sino que el estado es un medio que tiene como fin la realización y la protección de los derechos. En este sentido, si bien el estado siempre tiene la potencialidad de violar los derechos por ser un poder, y con mucha más razón si pensamos en el poder punitivo, lo cierto es que no

25. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 21-45.

hay un poder que pueda garantizar mejor los derechos, que el poder del estado. El problema, como todo poder, está en democratizarlo, pero de esto trataré un poco más adelante.

2. ¿ Puede el estado ser titular de derechos?

El estado puede ejercer derechos y hasta demandar acciones de protección de derechos.

Considerar que el estado tiene derechos es una aberración jurídica sin nombre. Algún momento se consideró que el estado tenía derecho a ejercer el poder punitivo, derecho al que se lo conoció como *ius puniendi*. Quizá en regímenes absolutos tenía sentido esta consideración, pero desde que los derechos humanos son el centro de la teoría del derecho y del estado, debe quedar claro que el estado tiene potestadas y las personas y colectividades tienen derechos fundamentales. Los derechos, como lo ha establecido con claridad y enfáticamente Ferrajoli, vinculan y limitan esas potestades.[26] Nunca al revés.

Cuando el estado ejerce una acción de protección contra un ciudadano, está tergiversando la lógica de los derechos y del rol del estado. Las garantías son mecanismos que sirven para prevenir o reparar los daños provocados por abusos de poder.

Cuesta entender que los ciudadanos puedan provocar daños a un ente que no es humano. Es inconcebible que el estado esté ejerciendo derechos limitando y vinculando a los ciudadanos. Llama la atención que el estado planteé acciones de protección extraordinarias cuando pierde los juicios; pero llama más la atención cuando los gana. De igual modo, llama la atención que el presidente de la República se ofenda porque alguien opine en contra de la forma como ejerce el poder, demande y, más aún, que gane los juicios. Flaco favor le hace la práctica absolutamente incoherente de un gobierno que se siente víctima de violación de derechos a la teoría neoconstitucional del derecho. De igual modo, el rol de los jueces que garantizan al poder, tampoco ayudan a la comprensión de un estado garantista.

26. Luigi Ferrajoli, *Derecho penal mínimo y otros ensayos* (México DF: Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008), 27.

3. Rol del estado: ¿estado mínimo o fuerte?

El estado no debe ser grande ni autoritario. Cuando el estado es grande y fuerte, se convierte en una amenaza para la sociedad e invade esferas que no le competen.

La cuestión de la recuperación de los derechos de los individuos y el rol del estado, es un debate muy importante que tiene que abordarse. El estado es una sociedad política organizada que, al momento, no se ha podido demostrar su inutilidad y justificar su inexistencia. Hay dos errores históricos en cuanto al rol del estado, que conviene tener en cuenta para no caer en tergiversaciones ni en generalizaciones. Uno es el estado socialista, fuerte y autoritario. El otro es el estado liberal mínimo, sin poder ni capacidad de intervención en lo social. El primero despreció los derechos de libertad y eso fue un error que los regímenes socialistas reales lo pagaron muy caro. El segundo despreció los derechos sociales y es un error que lo estamos pagando sociedades inequitativas como las nuestras, particularmente las personas más pobres y vulnerables de la sociedad. El socialismo sin libertad se torna en un sistema de opresión; el liberalismo sin justicia social se torna en un sistema de inequidad.

Por otro lado, el estado mínimo es un mito. Joseph Stiglitz, por ejemplo, demuestra que en el capitalismo se requieren estados fuertes para impedir el abuso de los mercados por parte de los actores económicos poderosos. ¿Cómo los estados que han logrado mayor desarrollo económico son todo menos promotores del libre mercado y cómo la no intervención y regulación estatal generan crisis desastrosas? Sin regulación, impera la ley del más fuerte en economía y el más fuerte lucra y aplasta.[27] El estado, aun para beneficio de los libertarios y como garantía del juego en el mercado, para evitar monopolios o distorsiones, tiene que existir. Pero ahí donde el mercado no satisface las necesidades de los más vulnerables, al punto que no pueden ser agentes económicos ni pueden competir, debe también haber un estado. Cuando hay muchas personas que no tienen capacidad para satisfacer sus necesidades básicas en el mercado, porque tienen precio y se convierten en inaccesibles, el estado tiene la obligación de ofrecer

27. Véase Joseph Stiglitz, *The Roaring Nineties. A New History of the Wrld´s Most Prosperous Decade* (Nueva York: Norton, 2003).

servicios de calidad, adecuados y suficientes. No es aceptable que la salud y la educación de calidad, por ejemplo, dependan de la capacidad económica.

El estado, por otro lado, que requiere la plurinacionalidad y la garantía de los derechos del buen vivir, tiene que ser radicalmente democrático y fuerte. El estado tiene que ser controlado por quienes tienen derechos y por los otros poderes públicos. El estado debe ser un espacio de servicio, que promueva y garantice los derechos. No puede haber garantía de derechos, cuando estos son violados, si no hay estado. De ahí que la idea de un estado que expropia los derechos, es una idea desnaturalizada de la concepción de estado democrático y constitucional.

Sostener que el estado está hecho para violar derechos es una forma inapropiada de analizar el rol que tiene. La finalidad y la legitimidad del estado la encontramos en la medida que respete y promueva los derechos. Sin embargo, no hay que negar que la historia de la humanidad ha demostrado que las violaciones más atroces a los derechos humanos se han producido precisamente por el estado. El maestro Zaffaroni ha demostrado que en el estado coexisten dos fuerzas opuestas, la del poder punitivo y la de democracia constitucional. La una tiende a eliminar los límites, los derechos y las garantías y, por tanto, a expandirse; la otra, en cambio, a poner límites, a establecer derechos y a fortalecer y multiplicar las garantías. La primera fortalece el poder de vigilancia y represión del estado y considera que los ciudadanos son peligrosos; la segunda, en cambio, fortalece el poder del estado para expandir al máximo las libertades de las personas. El poder punitivo está conformado por agencias que usan la fuerza, como la policía y el ejército; el poder democrático está conformado por personas que tienen derecho a vivir dignamente. Estas dos caras tiene el estado. Cuando hablamos de fortalecer el estado, nos referimos al estado de derechos y no al estado de policía.[28] El estado, tal como lo dibuja Santos, tiene que ser refundado sobre la base de una democracia radical y desde abajo.[29]

4. Las políticas públicas

Las políticas públicas son herramientas ideológicas para ejercer dominio sobre la sociedad. Una de las manifestaciones de la política pública es el plan nacio-

28. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal,* 7 y s.

29. Vease Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Quito: Universidad Politécnica Salesiana / Abya-Yala, 2010).

nal para el desarrollo. El problema está en que las políticas y el plan nacional son potestades que no están sujetas a la ley y no tienen control constitucional.

Las políticas públicas, entendidas como las decisiones que toma el poder ejecutivo para administrar el estado y los recursos públicos, siempre han existido. No importa la ideología o la forma de gobierno, las políticas son las formas de manifestación del poder. Los medios usados y los fines pueden variar en función de las tendencias políticas de quienes gobiernen. Cuando no hay regulación, el nivel de discrecionalidad es mayor. Normalmente, las políticas públicas se manifiestan mediante distintas formas jurídicas, las más comunes son las leyes y los actos administrativos. Nadie podría negar, por ejemplo, que un código penal refleja una política pública criminal, o que el plan nacional para el desarrollo se aplica mediante múltiples actos administrativos.

Cuando la Constitución de Montecristi establece que el máximo deber del estado es garantizar los derechos, está obligando a toda autoridad pública a que respete derechos, cualquiera fuese el acto jurídico mediante el cual se manifieste: ley, reglamento, sentencia, plan nacional. Lo que hace la Constitución de 2008 es establecer fines, que son la realización de los derechos fundamentales, y medios, que son los poderes públicos y sus mecanismos de actuación. Antes, en términos jurídicos, las políticas existieron y fueron arbitrarias, no vinculadas ni limitadas por los derechos.

Si esta garantía no se cumple, hay varias acciones de control constitucional para enmendar o eliminar la política pública violatoria de derechos. Si hay violación de derechos y existe una víctima concreta e individualizada, cabe la acción de protección y, cuando hay peligro de daño grave e inminente, las medidas cautelares. Está expresamente establecida la posibilidad de plantear acción de protección por políticas públicas. Si la política o el plan, en abstracto, viola la Constitución, cabe la acción de inconstitucionalidad. Si existe un mandato expreso, y no se ha emitido la política pública, cabe la acción de incumplimiento. Qué más democrático y qué más garantista que cualquier persona pueda impugnar la política de un ministerio o de una entidad pública.

Otro punto para discutir es si el poder judicial goza de la garantía de independencia externa para pronunciarse en contra de una política pública del gobierno, pero este hecho, otra vez, no es un problema de la Constitución, sino de este gobierno que ha interferido de forma inadecuada en la función judicial.

5. La Constitución de Montecristi y la desinstitucionalización del estado

La Constitución de Montecristi ha desinstitucionalizado al estado, es producto de un caudillo y ha promovido una dictadura.

En realidad se debería analizar si el proceso constituyente es atribuible a un solo gobierno y a una sola persona. Juan Paz y Miño y Franklin Ramírez parecen estar de acuerdo en considerar que la Constitución de Montecristi es fruto de varias luchas sociales. El primero, desde una perspectiva histórica de largo plazo, señala que el proceso constituyente podría señalarse como iniciado hace más de 80 años con la Constitución Juliana de 1929 que afirmó los derechos laborales y sociales, fijó el papel económico del estado y de la responsabilidad social de la propiedad privada. Este mismo autor, desde la perspectiva del ciclo político acierta en señalar que el proceso constituyente vivido en Montecristi es el resultado de fuerzas sociales acumuladas desde 1979 en contra de tres ejes, el modelo empresarial neoliberal, la clase política que estableció un estado de partidos, y la desinstitucionalización del estado nacional.[30] Sobre este último punto existen varios hitos que confirman lo afirmado por Paz y Miño, como el desconocimiento del nombramiento de la Corte Suprema de Justicia en el período de Febres Cordero y su influencia en la administración de justicia o las caídas de presidentes con el apoyo de los militares, los reiterados juicios políticos a los miembros del Tribunal Constitucional por resoluciones adversas a mayorías parlamentarias y, en general, el desconocimiento de las instituciones estatales y de las normas constitucionales.

Ramírez, por su parte, hace un recorrido por lo que denomina la descomposición institucional y atrofia hegemónica, para demostrar que detrás del proceso constitucional existe un extenso proceso social que se vino construyendo a partir del descalabro de las instituciones, señalando como punto de partida el enjuiciamiento político de Alberto Dahik en 1996 por parte de su excoideario, León Febres Cordero.[31] Con lo señalado queda claro que la valoración política sobre el actual régimen resulta insuficiente para explicar toda la profundidad del proceso constituyente.

30. Ver Juan Paz y Miño Cepeda y Diego Paz y Miño, "El proceso constituyente desde una perspectiva histórica", en ILIDIS y Revista La Tendencia, coord. *Análisis: Nueva Constitución*, 39-40.

31. Ver Franklin Ramírez Gallegos, "El proceso constituyente y tránsito hegemónico", en ILDIS y Revista La Tendencia, coord. *Análisis: Nueva Constitución*, 46-66 (Quito: La Tendencia-ILDIS, 2008).

Los rasgos autoritarios de una persona o gobernante, que se manifiestan en la criminalización de la protesta pública, en los juicios por opiniones y ataques a la libertad de prensa, en la intolerancia y la descalificación, en el uso inadecuado de los vetos presidenciales, nos ayudan a apreciar que el régimen presidencial no es el más adecuado.

6. El hiperpresidencialismo, el caudillismo y la plurinacionalidad

El presidencialismo, según Rafael Balda[32] y como lo explicaré en un ensayo posterior, se caracteriza por (1) un presidente que concentra las funciones de jefe de estado y jefe de gobierno; (2) el presidente es elegido por voto popular; (3) el mandato del presidente está sujeto a período fijo; (4) el presidente designa y destituye libremente a sus ministros.

Como es sabido, la Constitución de 2008 pretendía dar soluciones a una crisis institucional, que venía arrastrándose algunos años atrás: todo poder del estado, en varios períodos, ha terminado arbitrariamente irrespetado. Más de un tribunal constitucional, corte suprema, función electoral, parlamento y presidente ha dejado de cumplir sus funciones mediante formas inconstitucionales de ejercicio del poder.

La Constitución de Montecristi apostó por el mantenimiento del presidencialismo, pero en lugar de amenguarlo o de atenuar sus debilidades, lo incrementó y lo supervalorizó. De ahí el nombre común de "hiperpresidencialismo". La función ejecutiva ejerce mucho poder y tiene la última palabra en el sistema político, a este poder otorgado por la Constitución se lo puede denominar con propiedad como "hiperpresidencialismo".

Varios hechos históricos y fenómenos políticos explican la existencia arraigada del presidencialismo en Latinoamérica: (1) el pensamiento bolivariano, (2) la tradición colonial, (3) la influencia del constitucionalismo norteamericano. Lo cierto es que el presidencialismo es el mejor sistema para engendrar caudillos. El caudillo representa la personalización del poder, la subordinación de las formas de organización política a una persona (tanto en partidos políticos, organizaciones sociales como en el gobierno), el sometimiento de los poderes le-

32. Rafael Balda Santistevan, "Hacia un nuevo sistema de gobierno", en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 172.

gislativo y judicial, la corrupción del poder y el ejercicio despótico, demagógico o paternalista del poder.[33]

¿La inestabilidad política que ha vivido Ecuador en estos últimos años de retorno a la democracia tiene que ver con el régimen presidencialista? Sin duda es difícil dar una respuesta categórica y deben existir muchos factores de carácter político que la expliquen. Sin embargo, como hipótesis de trabajo (que no estoy en condiciones de demostrar en este trabajo), conviene afirmar que el presidencialismo es una de las causas más importantes para la inestabilidad política.

Dado el proceso político que ha existido en Ecuador desde el año 1990, cuando tuvimos la gran primera movilización indígena, hasta la Asamblea Constituyente de 2008, resulta difícil pensar que la Constitución, fruto de esa Asamblea, sea producto de un caudillo. Sin embargo, quizá producto de la tradición arraigada o quizá porque efectivamente ejercía el liderazgo más visible el economista Correa, nadie cuestionó que el modelo de organización del poder sea el presidencialista.

El presidencialismo no se lleva bien con la participación ciudadana. No hay nada más contraproducente que afirmar que un sistema es democrático y participativo y, al mismo tiempo, confiar en que la decisión política la toma una persona. La opinión de una sola persona vale mucho más que un debate parlamentario, una consulta previa o una asamblea de un movimiento social. El dilema está en tomar las decisiones colectivamente o confiar en que una persona lo haga. El presidencialismo resuelve el problema apostando por la segunda opción. Y esto no es lo más democrático ni lo más deseable.

Finalmente, el régimen presidencial no es la mejor opción en un sistema plurinacional. Si bien un liderazgo fuerte puede explicar la consolidación de un estado nacional dentro de una sociedad diversa y compleja, como fueron nuestras nacientes repúblicas, esto no es un justificativo racional para seguir manteniendo un esquema en una sociedad política que se reconoce expresamente como plurinacional y diversa.

Una persona no puede representar en sí misma toda la complejidad social ni todas las diversidades existentes en nuestro país. De ahí que el presidencialismo no es la mejor opción para un estado plurinacional de derechos, y este es un gran déficit de la Constitución de Montecristi.

33. Véase Jorge Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina* (México DF: Instituto Investigaciones Jurídicas –IIJ– UNAM, 2007), 68-70.

IV. La utopía andina

1. La utopía constitucional y la realidad

> *La historia constitucional del Ecuador ha sido una novela de realismo mágico y de Constituciones hechas a la talla de los caudillos de turno. La Constitución está escrita para otro mundo. El mundo del Ecuador es muy diferente al que la Constitución dibuja y no requiere una Constitución ideal, hipotética, llena de buenas intenciones, llena de análisis conceptuales, pero que no conozca realidades, y este es el drama de América Latina y del Ecuador.*[34]

Si se lee la Constitución del Ecuador, en ella se encuentran tres reivindicaciones que corresponden a tres movimientos emancipadores. En la parte dogmática de la Constitución se encuentran los derechos de libertad, que reivindicaron los movimientos libertarios, como las autonomías y las libertades; están los derechos sociales, que reivindicaron los movimientos obreros y campesinos fuertemente influenciados por el marxismo, como el derecho a la salud y educación; y están los derechos culturales, que reivindicaron los movimientos indígenas y feministas, como la no discriminación y el respeto a la diversidad. Todas estas reivindicaciones han tenido detrás personas que han sufrido históricamente formas de opresión, y eso no se puede despreciar.[35] Sería un error enorme decir que lo liberal no tiene sentido cuando ha sido un avance enorme en la historia y en el pensamiento; pero creo que es un error igualmente enorme pensar que solo lo liberal y lo individual es lo que tiene que reivindicarse. Esta perspectiva me parece errada y miope, restrictiva e inadecuada.

En cuanto al realismo mágico, la historia constitucional del Ecuador y las utopías, algunos comentarios: la gran mayoría de las Constituciones están hechas efectivamente a la talla de los caudillos de la época. Si miramos a nuestro constitucionalismo, ustedes van a ver que las Constituciones del siglo XIX todas son muy parecidas y no cambian sustancialmente. La única función que tu-

34. Ávila y Corral, "Debate sobre Neoconstitucionalismo", 88.

35. Véase sobres los movimientos emancipatorios, sus luchas, sus conquistas y sus déficits: Nancy Fraser, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World. New Directions in critical theory* (Nueva York: Columbia University Press, 2010).

vieron aquellas Constituciones fue legitimar el poder del presidente de turno. En la historia del Ecuador hay cuatro Constituciones: la una es la que funda la República del Ecuador en 1830, la otra es la Constitución liberal de 1906, que establece la separación del estado con la Iglesia, la tercera es la que instaura el constitucionalismo social, que se combinan entre la del 29 y la del 45, finalmente la cuarta, la de 2008, es la que establece el constitucionalismo cultural y que junta todos los movimientos y todas las reivindicaciones emancipadoras. Esta categorización vale en perspectiva de derechos.

En cuanto al poder político en general y al poder ejecutivo, en particular, todas tienen el defecto de fortalecer al presidencialismo. En un par de debates con Luis Fernando Torres, él afirmó que cuando se acabe este gobierno, se acabará la Constitución. Esto solo pasará si es que –y eso es un error que está cometiendo el Gobierno– se asocia e identifica la Constitución con el Gobierno. En cambio, cuando la Constitución es vista como la manifestación de los procesos de lucha histórica, que vienen desde décadas atrás y que se plasma en los contenidos de los derechos, la Constitución, al menos la parte dogmática, está destinada a perdurar.

Por otro lado, no puede haber Constitución en el mundo moderno que no tenga un contenido utópico. Ni la de Estados Unidos, que es famosa por ser parca, ni la de Francia y, por supuesto, ni la del Ecuador, pueden dejar se ser utópicas. El ideal utópico, que se plasma en los derechos es la luz que guía el quehacer de una comunidad política y social. Si el ideal se cumple, deja de ser utópico. Cabe señalar que, siempre habrá una brecha enorme entre lo que se quiere conseguir con los derechos y lo que pasa en la realidad. Yo me pregunto: ¿no quisiéramos que todos los seres humanos en este país, los que vivimos en Ecuador, tengamos, ejerzamos y gocemos de los derechos a la salud, educación, seguridad social, seguridad jurídica y ciudadana, libertades, vida, integridad? Si eso es lo que queremos, entonces esa es la utopía por la que tenemos que luchar y vivir. Esa utopía, ese sueño del Ecuador, está planteada en la parte dogmática de la Constitución. La utopía tiene dos funciones fundamentales. La una es criticar y la otra es transformar o emancipar. En la función utópica hay crítica, enfrentamiento con la realidad, desenmascaramiento de las ficciones que la sostienen, hace que la realidad sea insostenible. “La utopía representa el esfuerzo por reintroducir la imaginación transformadora en una realidad reacia al cambio. El discurso utópico ataca, así lo pretende, los procedimientos de reproducción del

status quo".[36] Este ejercicio de valorar una práctica a partir de la utopía, lo haré en el siguiente ensayo. En cuanto a la transformación, la función emancipadora significa abrirse a un futuro en el que se pretende que no exista dominación ni exclusión. Este futuro no repite lo dado, aunque puede inspirarse en un pasado prehispánico, como es el caso de la utopía andina que propone la Constitución de Montecristi. En palabras de Arturo Roig, "la utopía de base, la que resume todo el pensamiento utópico en general, la liberación del ser humano respecto de sus diversas formas de alienación, el nacimiento del "ser nuevo", que cada época emergente exige, se irá expresando con los andamiajes propios de cada cultura, de cada grupo humano, de cada tiempo."[37] Puesto que la opresión siempre pone en marcha la función emancipadora de la utopía. Siempre.[38]

2. Reflexiones finales: el saber indígena y la utopía andina

Conviene plasmar algunas palabras sobre la utopía occidental de los derechos y también sobre "el saber" indígena, invocado muy reverencialmente en este ensayo. Toda declaración de derechos en las Constituciones siempre como ha quedado dicho –y no puede dejar de serlo– debe ser utópica y plantear una realidad que, siendo difícil, es deseable luchar porque se la consiga. Todos y cada uno de los derechos significan una aspiración y un problema por superar. Si se establece que hay derecho a la nutrición es porque hay niños y niñas desnutridos crónicos, si se reconoce la dimensión positiva del derecho a la vida es porque hay mortalidad infantil, si se establecen los derechos del buen vivir es porque hay un modelo de desarrollo que aplasta e impide el ejercicio de todas las potencialidades del ser humano, si se establece la igualdad material es porque vivimos en una sociedad que perenniza la exclusión. Si se establecen los derechos de la naturaleza es que la capa de cemento que nos separa de la tierra, no solo nos separa dos centímetros sino un millón de años luz de lo que realmente somos: tierra o polvo.

Por otro lado, los derechos son siempre una herramienta contra el poder que tenemos, en terminología de Ferrajoli, los más débiles. Desde la lógica del poder,

36. Horacio Ceratti, "La latinidad: ¿discurso utópico o discurso mítico"?, citado por Arturo Andrés Roig, "El discurso utópico y sus formas en la historia intelectual ecuatoriana", en Arturo Andrés Roig, edit., *La utopía en el Ecuador* (Quito: Banco Central del Ecuador / CEN, 1987), 23.

37. Roig, *La utopía en el Ecuador,* 48.

38. Ibíd.*,* 49.

los derechos subvierten el *statu quo* y se convierten en un arma para eliminar "privilegios fundados en inequitativas relaciones de poder".[39]

Así que los derechos que sustentan la Constitución y la doctrina neoconstitucional no son falsas promesas, sino que son instrumentos de lucha y mundos en los que queremos vivir.

Se podrá afirmar, al apelar a la filosofía andina, que idealizamos el mundo indígena y que resucitaremos al "buen salvaje". Pero aún suponiendo que los indígenas andinos están tan aculturizados que lo que se afirma en relación con su concepción de la pachamama y del sumak kawsay no es cierto, nadie nos quita que la concepción de un indígena precolonial o de unas concepciones que nos pueden ayudar a alcanzar el buen vivir son importantes, por ello debemos rescatarlas o crearlas.

La pachamama, de alguna manera, se está rebelando. El calentamiento global y las consecuencias en la vida humana es una de sus manifestaciones. A diario leo noticias que hablan de desequilibrios ecológicos. Por un lado, hay terribles sequías y seres que se mueren por no tener agua ni alimentos; por el otro, hay unas terribles inundaciones y seres que también se mueren, en cambio, por tener demasiada agua y no tener vivienda ni medios de subsistencia por las inundaciones. ¿Será que el ser humano no ha sido capaz de comprender la rebelión de la naturaleza? Cuando uno lee sobre los grandes foros económicos mundiales y sus resoluciones, la primera reacción es pensar que no somos aún sensibles ante estos problemas humanos. Y cuando uno mira y aprende sobre la lucha que muchos movimientos sociales realizan para denunciar y promover una relación más armónica con la naturaleza, no puede sino tener la esperanza firme de que las cosas pueden cambiar.

La pachamama y el sumak kawsay establecidos en la Constitución del Ecuador es, al mismo tiempo, un hito en una lucha de movimientos sociales y un comienzo. Las Constituciones y los derechos fundamentales, al final, siempre son armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él. Pero el derecho como las garantías jurídicas no son suficientes. Estas conquistas jurídicas se nutren de las luchas y de los movimientos sociales. También los grandes cambios se nutren y requieren "esfuerzos audaces y mentes

39. Mario Melo, "Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora* (Quito: Abya-Yala, 2009), 53.

abiertas".[40] Se ha demostrado históricamente que los poderosos nunca han cedido sus privilegios de forma voluntaria, sino que lo han hecho gracias a la lucha y a la presión de la gente.[41] Esa lucha en Ecuador y en Bolivia tiene múltiples caras y organizaciones, muchas comunidades y personas que han jugado su vida resistiendo; en ellas encontramos las claves para construir una utopía diferente, más armónica y posible.

El constitucionalismo andino funde dos utopías centrales para buscar una alternativa poscapitalista. La una es la propuesta emancipadora de los derechos humanos, que tiene un origen occidental, y la otra es la propuesta andina, que propone el respeto a la naturaleza y la armonía de todos los seres. El mecanismo es un estado plurinacional y el medio es la interculturalidad. La Constitución ecuatoriana nos da luces para seguir construyendo este camino. Faltan muchas respuestas, pero el reto está planteado.

40. Alberto Acosta, "Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces", en Acosta y Martínez, comp., *Derechos de la Naturaleza*, 15.

41. Véase Gerardo Pissarello, "Los derechos sociales y sus garantías: Por una reconstrucción democrática participativa y multinivel", en *Los derechos sociales y sus garantías* (Madrid: Trotta, 2007), 111.

La utopía andina y su distorcionada aplicación

SUMARIO

Introducción **I.** La utopía de Montecristi. **1.** La función política de una Constitución. **2.** La evolución del constitucionalismo **3.** La utopía andina. **II.** La distopía de la Revolución ciudadana. Reflexiones finales.

Introducción

Han pasado algunos años ya desde que la Constitución de Montecristi fuera aprobada y entrara en vigencia. La aplicación no ha sido pacífica y parte del problema está en que dentro de la Constitución existen tensiones y parecería que el gobierno de turno no tiene un real compromiso con su concreción. Quizá históricamente no sea aún el tiempo para evaluar su impacto. Sin embargo, existen ya algunas muestras de que el texto, muchos de sus principios y de las condiciones para su realización están siendo vulnerados.

La Constitución de Montecristi, como se discutirá más adelante, recoge una innovación fundamental, que es un aporte al constitucionalismo global: la utopía andina. La Constitución tiene instituciones que no solo abren la puerta a la imaginación de posibilidades de un mundo distinto, sino que constituyen una oportunidad para la transformación de la realidad. Este proyecto utópico emergente es enunciado por la Constitución de Montecristi, pero tiene que ser construido paciente, lúcida y tenazmente por todos quienes creemos que es necesario cambiar la realidad de exclusión, miseria y dolor por la que atraviesan muchos

de los habitantes del Ecuador. Lastimosamente este proyecto utópico no tuvo eco en la organización del poder en el mismo texto constitucional, ni tampoco por parte del gobierno de la Revolución ciudadana que patrocinó su creación.

Para discutir sobre el contenido y los riesgos del proyecto utópico de Montecristi, este ensayo se divide en dos grandes partes. Una primera en la que se trata de contextualizar la utopía andina dentro del constitucionalismo. Por un lado se explica el constitucionalismo liberal, que se proyecta en la parte orgánica de la Constitución de Montecristi, y, por el otro, el constitucionalismo andino que se encuentra en la parte dogmática y en el preámbulo de la Constitución. Además de enumerar las instituciones que son la base del proyecto utópico andino, se hacen breves explicaciones de su contenido y de su potencial emancipador.

En una segunda parte, se hace una evaluación de la actuación del gobierno de la Revolución ciudadana en función de cada una de las instituciones que configuran la utopía andina. Finalmente se concluirá que existe una alejamiento de ese proyecto utópico por parte del gobierno y que, a pesar de ello, se requiere seguir teorizando y luchando por la concreción de la utopía andina, que no puede hacérsela sin escuchar activamente la voz del movimiento indígena. De lo contrario se corre el riesgo de colonizar las instituciones utópicas o de invisibilizar su potencial emancipador.

I. La utopía de Montecristi

1. La función política de una Constitución

Las Constituciones cobraron importancia en la modernidad. El fenómeno del constitucionalismo, dependiendo de cómo se defina al concepto, se lo encuentra muchos años atrás. Al atender a la Constitución como un conjunto de normas que organizan el poder de un estado y su sistema jurídico, sin duda se está ante un fenómeno que surge apenas en el siglo XVIII.

Las Constituciones son pactos políticos que suelen reflejar los problemas, las convicciones y las aspiraciones de los grupos que tienen capacidad de definir el derecho y de participar en la organización del estado. En este sentido se pueden distinguir varios tipos de constitucionalismo: 1. el constitucionalismo liberal, 2. el constitucionalismo social, 3. el constitucionalismo multicultural,

4. el constitucionalismo andino.[1] ¿Cuáles eran esos problemas, convicciones y aspiraciones en cada uno de estos constitucionalismos?

1. El constitucionalismo liberal tiene dos fases. Una primera, que es conservadora; y otra a la que podría denominar republicana, tomando las categorías prestadas de Gargarella.[2] El constitucionalismo conservador, que primó durante todo el siglo XIX, era profundamente antidemocrático, desconfiaba del pueblo, pretendía construir una nacionalidad y preservar los intereses de un pequeño grupo de propietarios vinculados con grandes terratenientes. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, los actores no solo son los terratenientes sino también el grupo de burgueses-comerciantes. El estado se organiza para proteger esos intereses y el de los terratenientes. De ahí que la ciudadanía siga siendo restringida, y solo puedan tener cargos de representación quienes pertenecen a esos grupos sociales, y que los derechos reconocidos reflejen sus intereses: la propiedad, los políticos, la libertad y la igualdad formal. El principal problema que se resuelve en este constitucionalismo es la legitimación de la representación política restringida.
2. El constitucionalismo social refleja la emergencia de un actor social importante y de toda una doctrina que lo respalda: el obrero-campesino y el socialismo. La ciudadanía se expande ligeramente y también los derechos. Emergen los derechos sociales y económicos, que tienen relación con los problemas asociados con la inequidad en las relaciones laborales. De ahí se tienen derechos tales como el acceso al trabajo, al salario justo, a la seguridad social, a la salud y a la educación. El principal problema que se intenta resolver es el de la distribución.
3. El constitucionalismo multicultural, en cambio, se caracteriza por el reconocimiento de la diversidad. Una serie de movimientos sociales reivindican sus particulares necesidades y problemas. La ciudadanía incluye a la gran mayoría de personas adultas ecuatorianas que habitan en el país y los derechos se multiplican en función de las reivindicaciones de los movimientos sociales. El principal problema que aborda este constitucionalismo es el del reconocimiento.

1. Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo transformador*, 83.
2. Gargarella, "200 años de constitucionalismo".

4. El constitucionalismo andino intenta abordar todos los problemas anteriores: representación, redistribución y reconocimiento, y agrega un problema más que merece ser destacado: la colonialidad.[3]

A pesar de estas divisiones e importantes diferencias que se pueden no solo mirar en el tiempo sino también en las diversas luchas sociales, hay un problema fundamental que tienen todas las Constituciones: la sala de máquinas.[4] Existe un claro avance en la definición y el contenido de los derechos, pero la organización del poder ha sido prácticamente intocada desde que se instauró en el constitucionalismo liberal. Por ello merece una reflexión aparte tanto el constitucionalismo liberal como el andino.

2. La evolución del constitucionalismo

Con frecuencia se suele preguntar sobre las semejanzas y las diferencias entre la Constitución de 1998 y la de 2008. La mayoría de los comentaristas, y con razón, encuentran muchas semejanzas. Entre otras, el régimen presidencial, la expansión de los derechos fundamentales, la existencia del control constitucional.

También los comentaristas encuentran pequeñas diferencias. Entre otras, la creación de cinco poderes (que en términos prácticos no ha significado en realidad más que la creación de dos instituciones y no poderes en estricto sentido político), el reforzamiento del presidencialismo, el aumento de la retórica constitucional. Diferencias más, diferencias menos, y más allá de las discusiones sobre los detalles semánticos, podríamos afirmar, si esto fuera cierto, que ambas Constituciones tienen una matriz común.

Esa matriz común se llama "constitucionalismo liberal". El constitucionalismo liberal, como lo expliqué en detalle en el primer ensayo de este libro, tiene ya más de 200 años de existencia y ha influenciado decididamente en la organización del poder de todos los estados contemporáneos. No hay estado, en particular en el mundo occidental, que no se haya organizado estableciendo, por ejemplo, la división de poderes, los derechos fundamentales, la democracia representativa, la soberanía, la ciudadanía y la nacionalidad.

3. Catherine Walsh, "*Interculturalidad, Estado, sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época* (Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2009), 67.

4. Gargarella, "200 años de constitucionalismo", 55.

El constitucionalismo liberal es harto flexible y variado. Permite un régimen parlamentario y también un régimen presidencialista. Existen Constituciones parcas, como la norteamericana, y también extensas, como la ecuatoriana. Distingue Constituciones en la que los derechos sociales son programáticos, como la española, o son directamente exigibles, como la venezolana. El constitucionalismo liberal está estrechamente vinculado al sistema económico capitalista y al fenómeno de la globalización. En algunos lugares tiene más vocación social, y se ha establecido regímenes que se conocen como "estados de bienestar", como sucede en los países nórdicos; en otros lugares, en cambio, los servicios públicos son precarios y se promueve la satisfacción de necesidades a través de un mercado aparentemente desregulado, como sucede en Chile y Colombia. En este sentido, el constitucionalismo se ha adaptado a distintas manifestaciones del capitalismo.

Sin ánimo de agotar la enumeración de las características del constitucionalismo liberal, podría afirmar que al menos son esenciales algunos elementos: el estado nación, las personas como titulares de derechos y ciudadanía y la división de poderes, con la finalidad de garantizar la libertad para contratar y la propiedad privada.[5]

En este sentido, no sería liberal una Constitución que reconociera un estado con capacidad de extender sus fronteras y declarar la guerra, desconociera la dignidad de las personas que nacen y viven legalmente en el territorio estatal, estableciera una monarquía absoluta o el despotismo estatal.

Con esta óptica, sin duda, la Constitución de Montecristi es parte de la tradición liberal, que se inauguró con la Constitución de 1830 (y hasta podría remontarse a la Constitución de 1812). Esta afirmación no significa que entre las Constituciones no existan diferencias o que no se pueda apreciar una tendencia evolutiva. Pero las diferencias son de intensidad y grados de sus elementos, pero no de esencia. Por ejemplo, en la Constitución de 1830 la ciudadanía, los derechos y el presidencialismo eran restringidos.

En cambio, en el año 2008 la ciudadanía es mucho más extensa (más personas son ciudadanas), se reconocen muchos más derechos que los civiles y políticos, y el presidencialismo es reforzado. Pero la tradición liberal es reconocible. Esta es una cara de la Constitución de Montecristi.

5. Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution* (Nueva Haven-Londres: Yale University Press, 1992), 90.

Sin embargo, la Constitución de Montecristi recoge elementos que marcan el camino de lo que podría ser un constitucionalismo posliberal. Estos elementos son tan importantes que no solo marcan una diferencia con el constitucionalismo liberal ecuatoriano, sino que también marcan un hito en el constitucionalismo global. Se trata, sin duda, de un constitucionalismo emergente y en construcción.

La Asamblea Constituyente que construyó la Constitución de Montecristi puso las bases y cimientos, pero lastimosamente no pudo construir la edificación que esas bases demandaban. A pesar de lo incipiente, esos elementos son suficientes para poder hablar de un constitucionalismo andino y de un proyecto de vida y de organización social distinta a la occidental tradicional, al que llamaré "utopía andina".

La Constitución de Montecristi reconoce siete instituciones que no tienen origen ni tampoco apropiada explicación en el constitucionalismo liberal. Esas instituciones han aparecido por primera vez en el mundo andino. Primero como reivindicaciones sociales y luego como conquistas jurídicas. Sin duda muchas de esas reivindicaciones sociales no son nuevas ni exclusivas de los movimientos sociales andinos, pero la originalidad radica en que se han plasmado por primera vez en los textos constitucionales del Ecuador y de Bolivia.

Las instituciones que brevemente enumeré y describí en el primer ensayo son la plurinacionalidad, la pachamama, el sumak kawsay, la democracia comunitaria, la justicia indígena, y la interculturalidad. Podría añadir los derechos colectivos indígenas y destacar el derecho a su territorio y a su autodeterminación.

3. La utopía andina

La palabra utopía viene del griego. Está compuesta por dos elementos: "no" y "lugar". Juntas significan "un lugar que no existe". Este lugar que no existe es el espacio en el que se proyecta la sociedad ideal y que se llama "utopía". La utopía tiene una utilidad fundamental de acuerdo con el filósofo Arturo Roig. Por un lado sirve para criticar lo que existe, la *topia*, y, por el otro, sirve para transformar la sociedad.[6]

En la Constitución de Montecristi hay dos utopías latentes. La una es la de los derechos y la otra, la "andina".

6. Roig, *La utopía en el Ecuador*, 62.

La utopía de los derechos es harto atractiva y es fácil de comprender. Parecería que si todas esas promesas que están en la parte dogmática de la Constitución se cumplieran, se tendría la sociedad ideal. Es decir, si nos imaginamos un mundo en el que todos tengan agua, hábitat, trabajo digno, salud integral, libertad, igualdad, debido proceso cuando nos juzgan, nutrición adecuada y más, entonces seríamos dignos y realizados. Sin embargo, cada vez son más comunes las voces críticas que advierten del potencial regulador y controlador de los derechos. Por ejemplo, Agamben sostiene que cuando las personas se convirtieron en sujetos de derechos, fin de estado y base de la nación, entonces se creó un *campo* en el cual el estado tiene la autoridad y la discrecionalidad para administrar los derechos y hasta para matar la vida misma.[7] Además, se podría considerar que la lógica de los derechos es individualista, reduccionista y dependiente del estado; en lugar de emancipar, los derechos "sujetan" al individuo al estado. Resulta que para liberar se requiere de abogados y de jueces, y de un estado proveedor.[8] Quizá lo peor de todo es que el discurso y las prácticas de los derechos puede convivir con lógicas reaccionarias, liberales, legalistas, individualistas y capitalistas, como sugieren Brown y Halley.[9]

Si comparto la noción de utopía de Santos, que es "la exploración, a través de la imaginación, de nuevas posibilidades humanas y nuevas formas de voluntad, y la oposición de la imaginación a la necesidad de lo que existe, sólo porque existe, en nombre de algo radicalmente mejor por lo que vale la pena luchar y al que la humanidad tiene derecho",[10] entonces tendré que concluir que el discurso de los derechos humanos no es suficiente. En ese mundo de posibilidades es donde calza con perfección las potencialidades que ofrecen las instituciones y nociones que brevemente he descrito en el acápite anterior.

La plurinacionalidad reconoce la diversidad de culturas; la pachamama significa la eliminación del extractivismo depredador y la práctica de un modelo de desarrollo no basado en la acumulación ni en la competencia; el sumak kawsay es un llamado una vida comunitarista, solidaria e inclusiva; la democracia comu-

7. Giorgio Agambem, *Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida,* trad. por Antonio Gimeno Cuspinera (Valencia: Pre-Textos, 2003), 164.

8. Costas Douzinas, *The End of Human Rights* (Oregon: Hart Publishing, 2000), 20.

9. Wendy Brown y Janeth Halley, edit., *Left Legalism/Left Critique* (Durham: Duke University Press, 2003),18.

10. Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003a), 378.

nitaria es el ideal de una sociedad en la que todos participan y se toman decisiones colectivas, y las autoridades están sujetas a permanente control y obligadas a consultar cuando tomen decisiones importantes: se manda obedeciendo; la justicia es un modelo en la que las comunidades y los grupos sociales recuperan su capacidad para afrontar y resolver los conflictos, para integrar y reparar a los infractores de las normas, para fortalecer el sentimiento común de pertenencia a una comunidad organizada; la interculturalidad es la convivencia en la diversidad. ¿Es un mundo ideal distinto al ofrecido por el discurso de derechos y por la forma de vida en esta sociedad capitalista global? Me parece que sí. Ese mundo donde el agua es más importante que el oro, donde la pobreza es la soledad y no la falta de dinero, donde el éxito y la riqueza es tener vínculos afectivos y ser miembro reconocido de comunidades y no la acumulación, el consumo y el egoísmo. Todas esas nociones, que no pertenecen a la tradición liberal, están en la Constitución ecuatoriana. Todas esas posibilidades y potencialidades están sobre el tapete. Definir las formas, los caminos, los actores, los hitos en ese camino no es una tarea fácil. Como sostiene Santos, definir un paradigma emergente es una tarea tan importante como difícil, pero parece que el único camino para pensar el futuro es la utopía.[11] Sin duda, el proceso constituyente de Montecristi fue "el acontecimiento", en el sentido dado por Badiou; es decir, fue un momento en el que se hizo posible pensar y soñar en lo inexistente y que, vistas desde el mundo anterior, fueron consideradas imposibles.[12] En Montecristi se creía que era posible. Y esta utopía no es otra cosa que la utopía andina.

II. La distopía de la Revolución ciudadana

Si la utopía es lugar ideal al que se aspira llegar y por el que vale la pena transformar la realidad, la distopía es el lugar en el que nos encontramos (realidad), y a la distopía la entenderemos como la negación de la utopía. Lo que afirmaré, e intentaré demostrar, es que el gobierno de la Revolución ciudadana ha tomado pasos decididos hacia la afirmación de la distopía y, por tanto, de la negación de la utopía. Para demostrar lo afirmado voy a seguir cada una de las categorías que integran lo que he llamado la utopía andina.

11. Ibíd., 377.
12. Alain Badiou, *El despertar de la historia* (Madrid: Clave Intelectual, 2012), 80.

1. La plurinacionalidad

La plurinacionalidad implica el reconocimiento y la promoción de la diversidad de naciones que existen en Ecuador. La plurinacionalidad es un proyecto de país que implica mucho esfuerzo. Así como se construyeron imaginarios para lograr sentir membresía a una nación, se deben construir para pertenecer a una plurinación. En tanto la nación como la plurinación tienen elementos relacionados al territorio, la identidad, el derecho, la forma de gobierno y los valores. En Montecristi se logró el reconocimiento, ahora es tiempo de "celebrar la diversidad cultural y el enriquecimiento recíproco de varias culturas".[13] Varias naciones en un solo estado. Suena fácil, pero su construcción tiene elementos de carácter político, jurídico, social y cultural. El camino es largo y seguramente tiene que ser lento.

La falta de regulación o la regulación inadecuada del régimen territorial/de propiedad, la relación entre jurisdicción estatal e indígena, la propiedad de los recursos naturales en territorios indígenas por parte del estado, el control de los recursos naturales y la consulta sin efectos vinculantes,[14] la eliminación de la educación bilingüe, la falta de desarrollo de un mercado comunitario, la marginalización del tema de la democracia comunitaria, la no consideración de representación de las nacionalidades en la asamblea,[15] los ataques gubernamentales y mediáticos a la justicia indígena,[16] la carencia de participación de las nacionalidades en la planificación estatal,[17] la inercia en la creación de espacios e instituciones que hagan posible el diálogo entre culturas[18]. Todas estas iniciativas son un atentado contra el proyecto de estado plurinacional, y todas las ha practicado el gobierno de la Revolución ciudadana. ¿Será que el presidente de la república sigue pensando que la plurinacionalidad es un propuesta radical

13. Boaventura de Sousa Santos, "Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito: FRL / Abya-Yala, 2012), 22.
14. Agustín Grijalva Jiménez, "Del presente se inventa el futuro: Justicias indígenas y Estado en Ecuador", en De Sousa Santos y Grijalva, *Justicia indígena*, 69.
15. Ibíd., 66.
16. Ibíd., 54.
17. Ibíd., 69.
18. Ibíd., 73.

peligrosa?[19] El gobierno de la Revolución ciudadana en contracorriente de la construcción del estado plurinacional, se ha empeñado en construir un solo imaginario. Al himno nacional, la bandera, el escudo, hay que añadirle "Patria tierra sagrada" y el logo de la Revolución ciudadana.

2. La pachamama

El esclavismo es a los afrodescendientes, lo que el extractivismo es a la naturaleza. Por curiosidad, mientras escribía este ensayo, en *youtube* puse las palabras "Correa minería" y me salieron decenas de vídeos. Vi el primer vídeo y escuché frases como estas: "hay gente que no quiere el progreso", "se necesitan las minas", "sí a la minería con responsabilidad ambiental", "estamos hablando del futuro del país", sin minas "volvamos a la edad de los picapiedra".[20] Si no fuera porque escuchaba la voz de presidente y miraba su rostro, hubiese creído que eran las de un gerente o publicista de una empresa minera. En el mismo vídeo se burlaba de quienes, por defender a la naturaleza, se oponen a la minería. Este discurso se ha reiterado en múltiples foros y de múltiples maneras.

Destaco tres ideas fuerza. La primera es la tradicional noción de progreso que se basa en la acumulación de capital y medido por el crecimiento económico. Nada distinto a lo que el capitalismo pregona desde su creación. El subdesarrollo es la vida primitiva, a la que el presidente llama "picapiedra", haciendo alusión a una tira cómica que se desarrolla en la prehistoria, y curiosamente la minería nos lleva a la civilización y seguramente a la industrialización. La segunda es que la naturaleza es tratada como un objeto al que hay que explotar en beneficio del ser humano. Si uno escucha los discursos para defender el esclavismo, uno se dará cuenta que no hay mucha diferencia. Aun suponiendo que fuese inevitable explotar la tierra, la consideración cuando se trata de un sujeto de derechos debe ser distinta.

Normalmente para restringir un derecho se necesita justificar la necesidad y la proporcionalidad de la restricción. Se asume, porque siempre ha sucedido así, que la naturaleza da riqueza y punto. El tercer elemento, que tiene que ver con

19. Raúl Llasag, "Justicia indígena: ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha", en De Sousa Santos y Grijalva, edit., *Justicia indígena*, 150.

20. "Rafael Correa defiende la minería en su país", ‹http://www.youtube.com/watch?v=JU_SDD-o860› (consulta: 1 de abril de 2014).

la negación, se aprecia con claridad no solo en el hecho de promover la minería por sobre el respeto a la naturaleza, sino en la denigración del discurso utópico. El presidente justifica la explotación mediante la negación del derecho de la naturaleza. El extractivismo es a la naturaleza lo que el puñal es al cuerpo de una persona. La tierra se contamina, el agua se inutiliza, los bosques desaparecen, el clima se altera. Pero no solo es violencia contra la naturaleza, sino que viene acompañada de múltiples violencias.

Acosta nos recuerda algunas: el impacto ambiental en la vida de las personas y comunidades, la inestabilidad social y económica en las zonas de influencia extractivista, la disputa por la renta, el desalojo de comunidades indígenas, la destrucción de las potencialidades culturales de las comunidades, la creación de conflictos sociales.[21]

El extractivismo no se restringe a la explotación minera o petrolera, que quizás es la más evidente, sino también a otras formas intensivas e insensibles de producción, tales como el agrario, forestal y pesquero.[22]

El gobierno de la Revolución ciudadana tiene como pilar para el desarrollo la actividad extractivista, mantiene la actual estructura de acumulación, está inserto de modo subordinado en los mercados internacionales, se caracteriza por poner en funcionamiento procesos productivos competitivos, eficientes, que maximizan el lucro y externalizan los impactos, y con parte de las rentas financia programas sociales. A esta forma de extraer, Acosta la denomina "neoextractivismo", que a pesar de algunas novedades mantiene y reproduce elementos de extractivismo colonial.[23] La más evidente prueba del modelo extractivista, y también de la violación de los derechos de la naturaleza, es la autorización del gobierno, avalada por la Asamblea Nacional, para la explotación de petróleo en el Parque Nacional Yasuní, donde además de ser uno de los lugares con mayor biodiversidad del planeta, también existen dos pueblos indígenas, los Tagaeri y los Taromenane, que se resisten a vivir de acuerdo con el modelo occidental de "desarrollo".[24]

21. Alberto Acosta, "Extractivismo y derechos de la naturaleza", en De Sousa Santos y Grijalva, *Justicia indígena*, 158.
22. Ibíd., 162.
23. Ibíd., 169.
24. Leonardo Ogaz, "El triunfo de Rafael Correa: Una lectura diferente", 2013, en *ALAI América Latina en Movimiento*, ‹http://alainet.org/active/62303› (consulta: abril 2013).

Por estas razones, el proyecto de la Revolución ciudadana, lejos de ser un socialismo del siglo XXI o el socialismo del sumak kawsay, "es un proyecto neo desarrollista extractivista, de reforma capitalista. No tiene como horizonte un cambio de relaciones sociales, ni un empoderamiento de un poder democrático de los movimientos sociales, sino mejorar la calidad de vida, es decir la matriz capitalista se mantiene, no solo que no cuestiona el capitalismo sino que se lo refuerza, su objetivo es en definitiva el desarrollo. A esto algunos han llamado posneoliberalismo". Para sostener lo afirmado, Orgaz manifiesta que la economía capitalista en el gobierno de Correa ha funcionado bien, se ha fomentado el consumismo y se ha reactivado el mercado.

3. El sumak kawsay

Vamos varios años de Revolución ciudadana y de vigencia de la Constitución de Montecristi. Uno podría preguntarse si es que el patrón de consumismo, individualismo y de competencia han cambiado en nuestra vida cotidiana en los últimos 6 años. Es decir ¿hemos sentido el cambio de valores en la Revolución ciudadana? Nada diferente a lo que hemos vivido en otros gobiernos: sentimiento de inseguridad, lucha por conseguir méritos para concursar a puestos públicos, caminar entre los millones de autos que atraviesan nuestras grandes ciudades, comprar incesantemente cosas que no necesitamos, endeudarnos para consumir y consumir, cambiar de auto y de celular. Es que seguimos en el mismo sistema.

El sumak kawsay requiere "propiciar el rescate de las cosmovisiones indígenas de todo el mundo en las que los seres humanos no solo que conviven con la naturaleza de forma armoniosa, sino que los seres humanos forman parte de ella".[25] El complemento de la pachamama es el sumak kawsay. No se puede dejar de extraer sin cambiar de valores en la sociedad y en la economía. Para lograr ese cambio, se requiere una transición paradigmática. La transición, recuerda Acosta, tiene que ser plural y requiere una institucionalidad estatal fuerte encaminada a organizar otra forma de entender la economía, y lograr una radical redistribución de ingresos y activos.[26] La pregunta es si el gobierno de la Revolución ciudadana está dando muestras claras de ir hacia el paradigma del buen vivir. Lastimosamente el gobierno nos invita a ser escépticos. Presentar al ITT como si

25. Acosta, "Extractivismo y derechos de la naturaleza, 170.
26. Ibíd., 176.

fuera el único sector donde se debe respetar la naturaleza y se la explota, aprobar una nueva ley de minería y proyectos mineros, construir represas hidroeléctricas, incrementar la producción petrolera son síntomas de que el extractivismo continuará de forma vigorosa. No se trata de detener la producción actual y generar una crisis, pero tampoco de radicalizar el extractivismo que es exactamente lo contrario de lo que la pachamama y el sumak kawsay exigen.

4. La democracia comunitaria

En un reciente documental del Pocho Alvarez, *Persecución y condena*,[27] se puede apreciar el funcionamiento de la democracia en la Revolución ciudadana, y la forma como se concibe la participación popular. "Nosotros no queremos un solo centavo, nosotros lo que queremos es la vida. Una gota de agua no es igual a todo el oro del mundo", expresa uno de los defensores indígenas de la laguna Qimsacocha, y que sintetiza la lucha en contra de la minería a gran escala. Esa voz, ese sentir, en lugar de ser escuchado en un foro público, en un proceso de consulta, en una asamblea parlamentaria, intentó ser apagado por el uso del sistema penal. En el documental se ven policías tirando bombas y mujeres indígenas protestando. Carlos Pérez G., Federico Guzmán y Efraín Arpi fueron procesados penalmente y condenados por terrorismo a un año de cárcel en primera instancia.

En junio de 2011, en Cuenca, escuché decenas de testimonios de líderes campesinos que estaban siendo perseguidos penalmente por defender las distintas manifestaciones de la naturaleza.[28] Luego, con cifras y más información empírica, Amnistía Internacional llegó a similares conclusiones en relación con los hechos y violación de derechos de los líderes de comunidades indígenas que resisten a la represión.[29] Las personas y las comunidades no tienen otra forma de comunicarse efectivamente más que protestando. Si bien no es el ideal de

27. Pocho Álvarez, "Persecución y condena", 2013, ‹http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=jrKNMuh8YmI#!› (consulta: 1 abril 2013).

28. Tribunal de los Pueblos contra la Criminalización, "La criminalización de defensores y defensoras de los derechos humanos y de la naturaleza. Veredicto del Tribunal Ético", en Ávila Santamaría, comp., *Protesta social*, 119.

29. Amnistía Internacional, "Para que nadie reclame nade: ¿Criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?", 2012, ‹http://www.amnesty.org/es/library/info/AMR28/002/2012› (consulta: abril 2012).

democracia comunitaria, no deja de ser una manifestación de opinión que viene desde abajo, desde los mandantes.

Por otro lado, si uno mira de cerca la forma cómo se practica la democracia en Ecuador, podrá constatar que existe una democracia representativa tradicional. Es decir, una democracia en la que solo se vota y se espera la participación de la ciudadanía cada 4 años. Luego hay algunas distorsiones dignas de ser mencionadas. Por más que sea un hecho real la hecatombe de los partidos políticos tradicionales, lo cierto es que existe un ejercicio del poder que se basa en la propaganda, que difunde la imagen del presidente, que da mensajes puntuales que no son informativos, que no son insumos para tener una opinión crítica, y que no permite la participación del receptor del mensaje. La base para tomar las decisiones son las encuestas de opinión. Vivimos, pues, una "democracia mediática". A la par que se difunde una sola verdad, se desconoce, se denosta y se invisibilizan los discursos críticos y los de oposición. Es decir, lejos de ser una democracia participativa, en la que el disenso es vital para tomar la mejor decisión, y peor una comunitaria, donde todas las personas y nacionalidades tienen la genuina posibilidad de opinar.

El fenómeno descrito es lo que Agamben denomina "organización democrática-espectacular". El poder del estado se basa no solo en el monopolio de la violencia, sino también de la imagen/apariencia,[30] con respecto a los cuales resistencia y disenso serán de hecho cada vez más difíciles.[31]

5. La justicia indígena

Si la justicia indígena es reparadora, y la solución que ofrece es la inclusión del ofensor y la restauración de la armonía, nada se opone más a esta forma de entender la justicia que el uso intensivo del derecho penal. La justicia penal invisibiliza a la víctima, degrada al victimario y garantiza la reincidencia y la exclusión social del ofensor. Si además a este sistema se le permite multiplicar las conductas criminales, aumentar las penas, lo que resulta al final es que el aparato policial-represor se fortalece.

Esta apuesta del gobierno de la Revolución ciudadana se manifiesta de múltiples maneras. En primer lugar, por las reformas al código penal en el año

30. Agambem, *Homo Sacer*, 82.

31. Ibíd., 74.

2010. En segundo lugar, por el draconiano código penal integral aprobado por el gobierno y la asamblea parlamentaria en el año 2014. En tercer lugar, por la primera reforma constitucional, mediante referéndum, por la que se quitó la excepcionalidad de la prisión. En cuarto lugar, por el temor de los jueces a ser suspendidos si aplican medidas sustitutivas a la prisión preventiva (Albán 2013) y por la presión para que se produzcan condenas. En cuarto lugar, por el aumento sin precedentes de población carcelaria, que ha llegado como nunca antes a superar los veinte mil presos. Ernesto Albán Gómez sostiene que "se aprecia un afán represor mucho más acentuado".[32]

El desprecio del gobierno de la Revolución ciudadana al reconocimiento y práctica de la justicia indígena se manifiesta con total claridad en el caso conocido como "La Cocha II". Ahí la comunidad indígena había resuelto un caso de asesinato y había aplicado medidas de carácter reparador y de integración del ofensor. El presidente, el ministro del interior y el fiscal general consideraron que las personas habían sido víctimas de una práctica salvaje y habían sufrido violaciones a los derechos. El estado les dio a la comunidad más de lo mismo: cárcel, no solución al problema de la víctima e impunidad (los presos salieron sin sentencia por haber caducado la prisión preventiva).[33]

Además, el gobierno de la Revolución ciudadana ha recurrido al conocido recurso de gobiernos autoritarios de crear enemigos y emergencias usando intensivamente los medios de comunicación, que es lo que Zaffaroni denomina "criminología mediática".[34] Baste mirar, para comprobar, dos hechos: uno, el discurso que desarrolló públicamente para justificar la detención arbitraria, el enjuiciamiento y la condena en el caso conocido como "10 de Luluncoto". Un grupo de jóvenes y activistas políticos que se reúnen en un departamento en el contexto de una marcha indígena que reclamaba su derecho al agua. Estos fueron acusados mediáticamente de ser un grupo desestabilizador del gobierno y que se preparaba a cometer actos terroristas. Hechos que nunca se demostraron. Como este hecho,

32. Ernesto Albán Gómez, Hacinamiento carcelario, 2013, en *Hoy*, ‹http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/hacinamiento-carcelario-573845.html› (consulta: abril 2013).

33. Mark Thomas, "Legal Pluralism and the Continuing Quest for Legal Certainty in Ecuador: A Case Study from the Andean Highlands". *Oñati Sociolegal Series*, s. f. ‹http://ssrn.com› (consulta: 11 de febrero de 2012). Ver también Llasag, "Justicia indígena: ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha".

34. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal*.

son varios y han sido detallados en múltiples reportes.[35] Pero la otra práctica preocupante es la política denominada "denuncia a los más buscados".[36] El enemigo: el delincuente común feo y atroz; la emergencia: la inseguridad ciudadana; el mecanismo: la intervención intensiva del sistema penal. El uso es perverso porque involucra a la sociedad en las actividades policiales de captura, estigmatiza a los buscados, incrementa el sentimiento de inseguridad al hacer sentir que los delincuentes más peligrosos acechan en las calles, promueve la delación y el lucro mediante la recompensa. ¿Se puede lograr una sociedad inclusiva y pacífica con tremendos contenidos de campaña? Estos mecanismos de control político y social se parecen tanto a esa sociedad dibujada por Orwell en *1984*, y que es considerada precisamente como una utopía negativa.

Finalmente, un último comentario en relación con la intervención intensiva del ejecutivo en la administración de justicia, que el mismo presidente llamó "meter las manos en la justicia". Los problemas en la administración de justicia son tan profundos y tan enraizados en la cultura jurídica formal y burocratizada, que a pesar del dinero invertido y de la intervención directa del poder ejecutivo en los últimos años, no solo que no se han solucionado los problemas sino que se han agravado: la independencia judicial está seriamente cuestionada. Mientras tanto, la justicia indígena no merece la atención del gobierno sino es para estigmatizar. No hay presupuestos para su promoción y fortalecimiento; y en este estado plurinacional fallido, solo se incentiva la justicia estatal.

6. La interculturalidad

Si una de las dimensiones más importantes de la interculturalidad es el diálogo en igualdad de condiciones entre las culturas, y el posterior aprendizaje mutuo, en el caso del Ecuador no hay nada más lejano a ese ideal. Uno de esos actores, y quizás el fundamental, es el movimiento indígena. ¿Existe un diálogo entre el gobierno y el movimiento indígena? Los indígenas ecuatorianos, que siempre han sido actores políticos en resistencia activa y pasiva durante toda la historia

35. Daniela Salazar, "La criminalización de la protesta como restricción de la libertad de expresión en el Ecuador", en Ávila Santamaría, comp., *Protesta social*.

36. Véase ‹http://www.ministeriointerior.gob.ec/50-000-a-100-000-dolares-de-recompensa-por-reos-profugos-lista-con-fotos/›.

del Ecuador,[37] en el año 1990 se convirtieron en portadores de una agenda para resolver los problemas nacionales y dieron muestras de ser una organización coordinada y nacional.

El primer diálogo que se produce entre autoridades indígenas y de gobierno, sucede en la presidencia de Rodrigo Borja, que es un hito en las luchas reivindicatorias del movimiento indígena. Con esto se inauguró el anhelo de diálogo intercultural. A pesar de la importancia, al mismo tiempo es el comienzo de lo que será una sistemática y reiterada manipulación y traición por parte de los representantes mestizos de la cultura dominante a la organización indígena. El diálogo intercultural tendrá como obstáculo el racismo, la ambición y la incapacidad de comunicarse en los mismos términos con las poblaciones indígenas.

El primer tropiezo fue la adjudicación de tierras en el año 1992, sin entender la lógica de la nacionalidad y comunidad, y primando la noción de propiedad de la legislación civil.[38] El segundo fue toda esa lucha indígena en 1994 para evitar la implementación de la agenda neoliberal, por la que, por ejemplo, se intentó parcelar y vender tierras comunitarias. El tercer obstáculo fue la intromisión de agentes disruptores dentro del movimiento y la pretensión de manejar la lógica de partido político, que se materializa con la creación de Pachakutik.[39] Finalmente, el último obstáculo en el diálogo intercultural se ha manifestado en la activa participación política y en la lenta pero eficaz estrategia de los gobiernos por desarticular al movimiento indígena.[40]

El partido Pachakutik interviene electoralmente en 1996 y obtiene algunos escaños en el parlamento y algunas alcaldías. En 1996 apoya a la candidatura de Bucaram en la segunda vuelta electoral y, en 1997, el movimiento convoca a una movilización nacional que acabará con la destitución del presidente. Varios indígenas llegan a ser asambleístas en la constituyente del año 98. Los indígenas se movilizan para protestar contra el gobierno de Mahuad, que acabará renunciado, en el año 2000. Forman parte de una Junta de Salvación que pretenden gobernar al país. Apoyan, en el año 2003, al candidato Lucio Gutiérrez y garantizan su triunfo electoral. Al poco tiempo el presidente romperá la alianza con

37. Raúl Llasag, "Movimiento indígena del Ecuador a partir del siglo XX", en De Sousa Santos y Grijalva, edit., *Justicia indígena,* 124.

38. Ibíd., 126.

39. Ibíd., 127.

40. Ibíd., 128.

los indígenas al pactar con los grupos de derecha. En el año 2006, un partido político y un movimiento indígena ya fraccionado por las estrategias de Gutiérrez, apoya a Correa, que sería el líder de la Revolución ciudadana. En el 2007, participan en la Asamblea Constituyente que logrará introducir los seis elementos de la utopía andina. Finalmente, en las elecciones del año 2013 demuestran la debilidad política y organizativa del partido político indígena.

De opositor y portador de una propuesta alternativa al estado nacional, capitalista y colonialista, parte de la dirigencia del movimiento pasó a ser parte precisamente de ese estado. En lugar de lograr la interculturalidad, al contrario lo que se ha producido es una asimilación de los indígenas a las prácticas políticas: instrumentalización, negociados, personalismos, corrupción, repartos de cargos públicos, búsquedas de agendas individuales.[41]

El gobierno de la Revolución ciudadana no es la excepción y ha contribuido a debilitar la organización indígena de varias maneras: descalificando a la dirigencia al denominarles "indigenistas infantiles", no respetando el derecho a la consulta prelegislativa, promoviendo procesos de consulta formal para la extracción minera,[42] propiciando mediante el "bono solidario" la atomización de las comunidades (pudo haber fortalecido las capacidades de las comunidades si se lo hacía con su intermediación), criminalizando a los líderes indígenas que protestan contra la explotación minera y por el agua. ¿Promueve la interculturalidad el gobierno de la Revolución ciudadana? La respuesta es categóricamente no. El gobierno representa parte de los actores políticos que se han encargado de debilitar el movimiento indígena y de invisibilizar sus propuestas emancipatorias.

Sin embargo, los llamados para el diálogo intercultural se siguen reflejando en las protestas y en las marchas, que demuestran que la voz indígena quiere ser oída. Sin los indígenas, no hay interculturalidad.

Reflexiones finales

1. La originalidad del constitucionalismo andino se encuentra en las instituciones que invitan a construir la utopía andina. Si bien el comunitarismo que se desprende de ellas no es nuevo en el pensamiento utópico global, lo

41. Ibíd., 132.
42. Ibíd., 152.

que sí es nuevo es que estén plasmadas en el texto constitucional. Siendo ya normas jurídicas, el contenido, los potencialidades emancipatorias y la aplicación es una tarea que compete a todas las personas que estamos inconformes con esta realidad de exclusión y dolor que vivimos.

2. La utopía andina radicaliza y corrige los defectos de una utopía que se limita al reconocimiento y exigibilidad de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales se adaptan a cualquier sistema económico y político, pero si se ensamblan y se interpretan dentro del sumak kawsay y la pachamama pueden recuperar ese potencial emancipador con el que nacieron. De lo contrario, los derechos fundamentales serán una eficaz herramienta de control y regulación social.
3. El gobierno de la Revolución ciudadana no camina por el sendero utópico marcado por la Constitución de Montecristi. Sin duda se trata de un gobierno que se ha dedicado a modernizar al estado y hacer más eficiente la inserción del Ecuador a un sistema global capitalista.
4. Al estar reconocida la utopía andina en la Constitución, y al haber sido esta aprobada por una gran mayoría de ecuatorianos, sigue siendo el sueño por transformar la realidad y vivir en un mundo donde todas las posibilidades emancipatorias sean realidad.

   No se puede construir la utopía sin una gran participación de las personas y colectividades en general, y sin la participación de los pueblos indígenas en particular, quienes han sido los proponentes de las instituciones que conforman la utopía andina, y sin los cuales su contenido corre el riesgo de ser invisibilizado o simplemente colonizado una vez más. Este reto es tanto para quienes conforman el estado, para quienes nos interesa la transformación social, como para quienes la propusieron. Llasag sostiene que el movimiento indígena debe fortalecerse alrededor de la construcción del estado plurinacional y que debe se activo en el desarrollo de la propuesta para que sea viable.[43]
5. La utopía andina plasmada en la Constitución de Montecristi es fruto de muchos años de reivindicaciones y propuestas del movimiento indígena. Hacerlas realidad requiere de muchas condiciones. Una de ellas, y quizá la base, insisto, es que no se puede construirla sin la voz, la interacción y la sabiduría indígena. Uno de los grandes errores del gobierno de la Revolución

43. Ibíd., 372.

ciudadana ha sido invisibilizar la utopía andina, debilitar al movimiento indígena y criminalizar a los dirigentes indígenas que protestan usando la figura del terrorismo y sabotaje. La importancia del movimiento indígena en el constitucionalismo transformador ha sido destacado por Santos:

> Lo que verdaderamente distingue las luchas indígenas de las restantes luchas sociales en el continente americano es el hecho de reivindicar una precedencia histórica y una autonomía cultural que desafían todo el edificio jurídico y político del estado moderno colonial. Por esta razón, las luchas indígenas tienen potencial para radicalizar (en el sentido de ir a las raíces) los procesos de transformación social, sobre todo cuando asumen una dimensión constituyente.[44]

La utopía andina es un proyecto colectivo. Hemos sido testigos de que la falta de diálogos interculturales lo único que hace es que el gobierno de la Revolución ciudadana pierda el horizonte utópico. El gobierno requiere escuchar muchas voces y de humildad para poder asimilar las críticas y avanzar. Sin la voz de los indígenas no hacemos sino continuar con el proceso colonizador de lo diverso y fortalecer un sistema económico que oprime, excluye y causa dolor.

44. Boaventura de Sousa Santos, "Cuando los excluidos tienen derechos: Justicia, plurinacionalidad e interculturalidad", en De Sousa Santos y Grijalva, edit., *Justicia indígena*, 14.

El Yasuní, los modelos de "desarrollo" y el sumak kawsay desde las mujeres indígenas

SUMARIO

Introducción. **I.** Las visiones del Yasuní. **II.** Los modelos de "desarrollo". **III.** El constitucionalismo andino y la voz de las personas y nacionalidades excluidas.

Introducción

En este ensayo abordo uno de los temas más profundos que tienen que ver con los tradicionales "modelos de desarrollo", que se basan en el crecimiento económico y en la noción de progreso.

Comenzaré, a manera de introducción, con las visiones sobre el Yasuní, que reflejan tanto la visión dominante de desarrollo como la visión contrahegemónica y alternativa al mismo. En la segunda parte, describiré los "modelos de desarrollo".

Finalmente esbozaré, desde las voces de las mujeres amazónicas, la alternativa al desarrollo que propone el sumak kawsay y se afirma que el constitucionalismo andino se debe construir desde "abajo", escuchando las voces de las personas y pueblos excluidos. Se pone dos ejemplos donde se demuestra que la voz del pueblo puede ser considerada por órganos y sentencias que emanan de mecanismos institucionales y, también, evocando la marcha de las mujeres amazónicas, se demuestra cómo sus voces dan contenido a los derechos de la naturaleza y al sumak kawsay.

I. Las visiones del Yasuní

El 23 de agosto 2013, el gobierno nacional del Ecuador tomó la decisión de explotar el Parque Nacional Yasuní. Los argumentos y los enfoques que se esgrimieron nos ofrecen un maravilloso ejemplo, actual y aplicado, sobre las dos formas de entender los derechos de la naturaleza. Por un lado, la visión dominante de desarrollo, en la que la naturaleza es un recurso natural, y, por otro, la visión crítica desde la que la naturaleza es un sujeto del que formamos parte. Atrás de cada visión, hay profundas discusiones ideológicas, que intentaré develar a lo largo de este ensayo. Menciono, como introducción, algunas metáforas que grafican los paradigmas.

La propaganda oficial muestra a un bebé y a una madre. La madre está triste y preocupada. El bebé llora y hay que entender que está enfermo. Le vacunan al bebé. Una voz serena dice: "menos del uno por mil será intervenido, una mínima huella, para garantizar que el todo viva, 99,9 por ciento intacto. El Yasuní vive, millones de personas vivirán mejor." Luego vemos que el tamaño de la intervención en el cuerpo del niño es de apenas un pinchazo, y efectivamente el cuerpo está entero. Le ponen un curita (tirita) al bebé en el lugar del pinchazo, y ya no llora; la madre, con expresión de agradecimiento y alivio, sonríe levemente.[1] El espacio en esta visión es minúsculo y la invasión no produce daño, sino más bien salud y bienestar. En esta visión territorial, geográfica, el espacio es un punto, como en un mapa, que es una representación abstracta. La intervención fue positiva, produjo salud, tranquilidad y también felicidad.

La otra visión es radicalmente diferente. La visión deja de ser solo geográfica y también es cultural. Considera el daño en concreto, de manera integral, y no se centra en el aspecto físico. Miguel Angel Cabodevilla, un sacerdote que ha trabajado como poca gente en la zona waorani, sostiene que hay que considerar no solo el puntito donde se extraerá el petróleo, sino también, por ejemplo, las vías que ya existen, la extensión de la población de petroleros, la actividad de los madereros, el rol de las ONG, las misiones religiosas, la resistencia de los pueblos indígenas y hasta el sonido de los helicópteros ("no hay cosa que ponga más furiosos a los grupos en contacto que el ruido del helicóptero. Cuando se descubre su casa desde el cielo, ellos pueden atacar porque se sienten absoluta-

1. Secretaría Nacional de Comunicación. "Una mínima huella", ‹http://www.youtube.com/watch?v=Ghy2kpNs6g› (consulta: 14 de febrero de 2014).

mente inermes, desesperados".[2] Si tendría que usar la misma metáfora, la vacuna pincha en un punto, mete un líquido, que se esparce a través de la sangre por todo el cuerpo, y en no pocos casos ha producido daños irreversibles.[3] Cabodevilla sostiene que "cualquiera que ve su vida [la de los waoranis], que los conoce desde hace tiempo, sabe que el petróleo ha significado un choque tan fuerte que los ha desequilibrado para siempre."[4]

Por otro lado, en la metáfora, el punto de la vacuna representa un punto en un mapa. Los mapas son una mentira útil. Es mentira porque no es la realidad y es una representación harto imprecisa. Y es útil porque sirven para ubicarse, para planificar, para moverse por el espacio. Pero también sirve para engañar o para distorsionar imágenes. La imagen clásica, por ejemplo, de que en el norte del planeta se ubican los países hegemónicos o, en el norte de muchas ciudades, se encuentran las personas ricas. En el mapa existen líneas imaginarias, que no existen en la realidad. En unos casos se utilizan hitos geográficos, como un río o una montaña; en otros es pura referencia geoespacial. En el mundo abstracto, el Yasuní está dividido en bloques trazados en línea recta. En el mundo occidental tenemos muros, calles, puertas; en el mundo indígena, simplemente las líneas no tienen sentido.

En el caso Yasuní, el gobierno ha presentado dos mapas. En uno, anterior a la propuesta gubernamental de explotar el Yasuní, los pueblos no contactados están en el Parque Nacional Yasuní. Seguramente este mapa servía de argumento para pedir la ayuda internacional. En el otro mapa, posterior al decreto presidencial que anuncia la explotación, los pueblos no contactados están fuera del límite imaginario. Es decir, los indígenas están y no están dependiendo de los intereses de quien dibuja o interpreta el mapa. Para unos, los indígenas no están donde se explota petróleo o donde se quiere explotar el petróleo; para otros, los pueblos no contactados se mueven por corredores este-oeste-norte-sur sin distinguir dónde está un país o un bloque petrolero.

2. Manuel Hernández, "Estudios constitucionales", citado por Jorge Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina* (México DF: UNAM, 2007).

3. Algunas personas sostienen y demuestran que las vacunas producen daños irreversibles en la saludo de las personas. Incluso, se ha dicho que vacunar es un crimen contra la humanidad. Véase, por ejemplo, Jesús Pérez, "Crimen contra la humanidad. Daños por vacunas y otros", ‹http://www.bibliotecapleyades.net/salud/salud_vacunas02.htm› o Andrew Moulden "Deberían prohibirse todas las vacunas", ‹http://www.dsalud.com/index.php?pagina=articulo&c=116› (consulta: 16 de septiembre de 2013).

4. Hernández, "Estudios constitucionales".

El camino para Occidente es un espacio donde pueden transitar automotores. Para los waorani, en cambio, el camino se corta con una carretera. Es decir, una vía para Occidente es un obstáculo para los indígenas. Cabodevilla cuenta que "ellos que salvan obstáculos terribles en la selva pero no podían atravesar ese camino raro por el cual pasan objetos a toda velocidad. Decían: no tenemos nuestro camino hacia el sur, hacia nuestras tierras."

La visión del gobierno, además de ser reduccionista, me da la impresión, con la imagen del recién nacido, que la intervención con la vacuna es la primera en el cuerpo del niño. El Yasuní ha sido explorado y explotado hace muchísimos años, y fruto de esa explotación hay ya decenas de personas indígenas muertas y centenas de hectáreas de bosques talados. La imagen opuesta, que refleje la reiterada explotación e intervención en un cuerpo, sería como sacar un riñón sano a una persona anciana, o como dar patadas a una persona herida. El impacto en la gente que produce el modelo de desarrollo y que nos demuestra la existencia de dos visiones opuestas, se simplifica en una anécdota que cuenta Cabodevilla. Según la tradición waorani, todo joven tiene la obligación de dar comida a quien necesita y con más razón si es anciano. En un comedor, en una feria comunitaria, están unos jóvenes comiendo y se acercan cinco viejitos pordioseros a pedir comida. Los jóvenes se negaron a darle comida a los ancianos. "¿Por qué no le dan de comer al abuelo?", pregunta Cabodevilla. "Es mi plata", contestó el joven. El sueldo y el trabajo, que son hasta dos derechos para Occidente, causan estragos tremendos, rompen familias y cambian el mundo cultural de los waoranis.

Finalmente, para contrastar brutalmente las distintas visiones, en la occidental la cuestión se reduce a lanzar cifras: 846 millones de barriles de petróleo y 7.200 millones de dólares.[5] En el mundo de los no contactados el dinero no tiene sentido alguno. Siempre recuerdo una imagen que se me ha quedado grabada de la película *Tu sangre* (2005), de Julián Larrea, en la que se pregunta a una mujer indígena si es pobre. Ella dice que no porque tiene todo: peces en el río, tierra que le da yucas, vecinos con los que cambian productos mediante trueque. Es decir, el dinero y las cifras no tienen sentido para ella; es rica sin tener un centavo.

5. Presidencia de la República, "¿Qué es la iniciativa?", ‹http://www.yasuni-itt.gob.ec/quees.aspx› (consulta: 16 de septiembre de 2013).

II. Los modelos de "desarrollo"

El manejo de la economía es fundamental para garantizar o violar los derechos. Siempre el constitucionalismo se ha desenvuelto dentro de un modelo de "desarrollo". Entre paréntesis explico por qué pongo entre comillas al desarrollo. El desarrollo entendido como un modelo que se organiza para el progreso es cuestionable. Lo que para unos, como veremos cuando invoque las voces de las mujeres amazónicas, es *progreso*, para otras personas simplemente es una catástrofe, violencia y violación de derechos fundamentales.

El primer modelo de "desarrollo", que va de la mano del constitucionalismo liberal conservador, es al que podríamos llamar, siguiendo a De Sousa,[6] "contemplativo". Este modelo se caracteriza por la indiferencia total hacia los grupos humanos desvalidos, explotados o marginales. Es contemplativo porque mientras el grupo humano que está en el poder es devoto a la fe cristiana y católica, mira a lo divino, descuida la suerte de la gente en lo terrenal.

El segundo modelo es el asistencial, estrechamente vinculado con la caridad cristiana. Se mira al pobre, al desvalido y al excluido con pena y se resuelve su situación inmediata y visible. No importa ni conviene solucionar los problemas estructurales de la sociedad excluyente y, es más, esconde y fortalece el privilegio de unos y el drama de otros. Se da lo que sobra y para resolver el hambre de ahora. El típico dar el pescado pero no enseñar a pescar. Cuando esta perspectiva se adopta a nivel de políticas públicas, estas tienen la forma de focalización temporal y con destinos particulares. No solucionan las violaciones graves, sistemáticas y generalizadas a los derechos fundamentales.

El otro modelo es neoliberal. En este modelo, todo se valora en dinero y mediatizado por el mercado. Quienes tienen bienes materiales pueden satisfacer todos sus derechos pagando en el mercado. Mientras más caro, mejor servicio. Quienes no lo tienen, simplemente no pueden ejercer los derechos. Mientras más barato, peor; o sin dinero, ningún servicio. El modelo se basa en la explotación laboral, extractivismo a la naturaleza y en la noción de *progreso*. Progreso es sinónimo de crecimiento económico, acumulación de riqueza y adquisición de bienes. El consumo masivo de bienes innecesarios para la subsistencia es el principal reflejo de este modelo de "desarrollo".

6. Marina de Sousa, "El derecho a la salud en el Estado plurinacional de Bolivia", en Clérico, Ronconi y Aldao, coord., *Tratado del derecho*.

A finales de los años 90, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) presentó un informe en el que analizó la situación desde la perspectiva del "desarrollo humano" basado en la teoría de Amartya Sen.[7] Para este, el desarrollo es entendido como el aumento de las *capacidades* con el objeto de expandir el ámbito de libertades. De acuerdo con esta teoría el desarrollo humano no se puede medir con el producto interno bruto (PIB), que esconde la realidad mediante el promedio. El desarrollo se mide considerando la salud, la educación, el bienestar.[8] De este modelo, se derivan algunos indicadores como el de Gini y también el indicador de derechos fundamentales (un buen ejemplo son los indicadores para medir el cumplimiento de los derechos sociales reconocidos por el Protocolo de San Salvador, realizado por el Grupo de Trabajo para verificar el cumplimiento de este Protocolo).[9]

Todos los mecanismos, diferenciándoles por el nivel de intensidad, conviven con el capitalismo, que se basa, como he insistido, en la explotación laboral y en el extractivismo de la naturaleza. Es decir, se logra el desarrollo produciendo externalidades, conflictos, exterminios, daño y dolor a todos los seres vivos del planeta. Por eso, el modelo de "desarrollo" que plantea el constitucionalismo andino es realmente una alternativa.

El modelo del constitucionalismo andino se llama sumak kawsay. Este modelo se basa en la armonía de las personas consigo mismas, con otros seres humanos, con otros seres vivos no humanos y con la Tierra también considerada como un ser vivo. De hecho, los seres humanos no son distintos a la Madre Tierra y tenemos una relación estrecha con ella. No solo estrecha, sino inseparable. Recuerdo en un Tribunal Ético para conocer las violaciones de los Derechos de la Naturaleza,[10] el testimonio de una mujer indígena norteamericana que expresó que le parece tan evidente la relación entre el ser humano con la naturaleza, y que le basta respirar para comprobarlo: el aire de la atmósfera entra a su cuerpo,

7. Amartya Sen, *La libertad individual como compromiso social* (Quito: Abya-Yala, 1999).
8. Areli Valencia, "Salud, derechos y desarrollo: Revelando interconexiones a propósito del caso peruano", en Clérico, Ronconi y Aldao, coord., *Tratado del derecho*.
9. Grupo de Trabajo para verificar el cumplimiento del Protocolo de San Salvador, Indicadores, ‹http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/Protocolo%20San%20Salvador/11.%20ESP_%20IndicadoresProgreso-rev2.pdf›.
10. Carlos Larrea, "Arranca el primer tribunal ético por los derechos de la naturaleza", ‹http://www.lamarea.com/2014/01/23/arranca-el-tribunal-etico-mundial-por-los-derechos-de-la-naturaleza/› (consulta: 4 de febrero de 2014).

se pasea y sale otra vez, y el cuerpo y el mundo están en constante interrelación. Para el sumak kawsay el extractivismo es a la naturaleza lo que el esclavismo es a los afrodescendientes. Este modelo implica profundos cambios en nuestros valores y formas de vida, que Santos sintetiza en tres postulados: democratizar la democracia, desmercantilizar la vida y descolonizar el pensamiento.[11]

Para ejemplificar el modelo de "desarrollo" pensemos en un derecho social que nos atañe a todas las personas: la salud. La salud desde una perspectiva asistencialista es un acto de caridad y entrega personal; desde la lógica neoliberal es un bien que debe adquirirse de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda; desde el desarrollo humano es un aspecto fundamental del ser humano para tener capacidades frente al medio en que se vive; desde el sumak kawsay es la vida misma con una perspectiva holística. En el siguiente cuadro, para evitar descripciones en palabras, me permito graficar las diferencias:

Característica/ modelo	**Asistencial**	**Neoliberal**	**Desarrollo humano**	**Sumak kawsay**
Concepción	Mal individual	Enfermedad	Salud pública	Armonía
Titular	Privilegio individual	Derecho progresivo	Derecho colectivo	Interdependencia
Intervención	Eventual	Al resultado	Prevención	Vida sana
Perspectiva	Caridad	Privilegio	Derecho fundamental	Holística
Esfera	Privada	Privada	Pública	Comunitaria
Abordamiento	Excepcional	Mercantil	Capacidad	Vivencial

El sumak kawsay tiene relación con otra concepción del constitucionalismo, que podría ser el conocido como popular, porque los intérpretes, las fuentes y la base son las personas, los pueblos y las comunidades.

11. Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003a).

III. El constitucionalismo andino y la voz de las personas y nacionalidades excluidas

Sin ánimo de ser reduccionista, y por cuestiones de espacio esta vez solo las enuncio, hay dos formas de pensar y vivir el constitucionalismo. La una es de forma institucional y la otra de forma popular. La institucional pone énfasis en la producción normativa, interpretativa y la aplicación en el estado, ya sea a escala nacional o internacional. Desde esta perspectiva, quien dice qué es el derecho aplicable es un órgano del estado: el parlamento, el presidente, la Corte Constitucional, los jueces, los ministerios, todos en conjunto, y ahí podemos tener interminables debates sobre cuál es el órgano de cierre y quién tiene la última palabra. A veces incluso, se pone el énfasis en la justicia internacional y se dice que las cortes internacionales o regionales tienen lo potestad de saber el alcance de los derechos. Los derechos, su contenido y desarrollo, y las garantías las encontramos en el estado. Esta es una forma tradicional y típica de ver el derecho y el "desarrollo". Esto además es lo que aprendemos en las universidades y leemos normalmente en los libros.

El constitucionalismo popular, en cambio, no lo encontramos en las instituciones del estado. Al contrario, el estado es una fuente permanente de obstáculos, restricciones o anulaciones a los derechos de las personas, pueblos, comunidades y nacionalidades. La fuente, el contenido y alcance de los derechos y la aplicación privilegiada porque además es el mismo ejercicio de los derechos lo dicen y lo viven las mismas personas, pueblos, comunidades y nacionalidades. Los derechos y las garantías lo deciden y lo viven las personas. De alguna manera, como afirma Parker, el derecho constitucional y sus gestores no recogen la energía política del pueblo y, en consecuencia, la "sensibilidad antipopulista predomina en el derecho constitucional contemporáneo" y hay una resistencia para pensar el derecho constitucional desde abajo.[12]

La Constitución del Ecuador, como muchas otras, reconoce los derechos que se derivan de la dignidad de las personas, pueblos y comunidades (Art. 11.7) y la garantía es la resistencia frente a los actos del poder estatal. Esto significa que los juristas tenemos que mirar, escuchar, ver, comparar, aprender de la gente del pueblo, no de las autoridades; de las comunidades, no de las cortes; de los

12. Richard Parker, "Aquí el pueblo gobierna: Un manifiesto populista constitucional", en Erwin Chemerinsky y Richard Parker, *Constitucionalismo popular* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2011), 154.

excluidos, no de los privilegiados que tienen cargos públicos; de los marginados, no de las personas que tienen todos sus derechos satisfechos.

Me permito poner un ejemplo institucional, donde las voces de las personas y colectivos fueron fuente del derecho, y también un ejemplo de resistencia. En el primer caso, se trata de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Sarayaku contra Ecuador.[13] En el segundo caso, se trata de la marcha de las mujeres amazónicas que reclaman el respeto por los derechos de los pueblos indígenas y de la naturaleza.

En el caso Sarayaku, la comunidad indígena pudo resistir ante la intención de explotación de petróleo en su territorio, promovida por empresas y por el estado, incluso con el apoyo de las Fuerzas Armadas. Resistencia como garantía de derechos, sin duda, y son actos de defensa de los derechos contra y sin el estado. Esa lucha continuó en órganos de protección internacional. Después de varios años de litigio, la Corte Interamericana llegó a reconocer dos derechos que no se encuentran de forma explícita en la Convención Americana de Derechos Humanos. El uno es el derecho a la consulta previa y el otro es el derecho a la identidad cultural. ¿Cuál fue la fuente a donde la Corte recurrió para reconocer estos derechos? Según la Corte, se tuvo que recurrir a la costumbre del pueblo indígena, a otros elementos característicos de su cultura (párr. 148) y a su tradición comunitaria (párr. 172). ¿Cómo se manifestó esa costumbre y tradición? Escuchando la voz de su gente. Por ejemplo, la voz de Don Sabino Gualinga, que expresó en la Audiencia:

> En el subsuelo, *ucupacha*, igual que aquí, habita gente. Hay pueblos bonitos que están allá abajo, hay árboles, lagunas y montañas. Algunas veces se escuchan puertas cerrarse en las montañas, esa es la presencia de los hombres que habitan ahí... El *caipacha* es donde vivimos. En el *jahuapacha* vive el poderoso, antiguo sabio. Ahí todo es plano, es hermoso... No sé cuántos *pachas* hay arriba, donde están las nubes es un *pacha*, donde está la luna y las estrellas es otro *pacha*, más arriba de eso hay otro *pacha* donde hay unos caminos hechos de oro, después está otro pacha donde he llegado que es un planeta de flores donde vi un hermoso picaflor que estaba tomando la miel de las flores. Hasta ahí he llegado, no he podido ir más allá. Todos los antiguos sabios han estudiado para tratar de llegar

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Sarayaku contra Ecuador, 2013, ‹http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pd›.

al *jahuapacha*. Conocemos que hay el dios ahí, pero no hemos llegado hasta allá (párr. 150).

Patricia Gualinga desarrolló la idea de Selva Viva, en el mismo juicio y su voz fue escuchada:

> Es una relación íntima, es una relación de convivencia armónica, el *Kawsak Sacha* para nosotros es la selva que es viva, con todo lo que ello implica, con todos sus seres con toda su cosmovisión, con toda su cultura en la cual nosotros estamos inmiscuidos. [...] Estos seres son muy importantes. Ellos nos mantienen con la energía vital, ellos mantienen el equilibrio y la abundancia, ellos mantienen todo el cosmos y están conectados entre sí. Estos seres son indispensables no sólo para Sarayaku, sino para el equilibrio amazónico y están conectados entre sí, y por eso Sarayaku defiende tan arduamente su espacio de vida (párr. 153).

El segundo caso en el que se demuestra tanto la conciencia de ser portadores de derechos y también de la posibilidad de garantizarlos de forma no institucional, es la marcha de las mujeres amazónicas en defensa de la selva amazónica. En octubre de 2013, decenas de mujeres de las comunidades zápara, kichwa, shiwiar, waorani, sarayacu salieron de Puyo, provincia de Pastaza, caminaron hacia Quito para rechazar la explotación petrolera y para pedir que no se amplíe la frontera petrolera. Una de esas mujeres, Narcisa Gualinga, expresó:

> Cuando amas la naturaleza no puedes cortar la selva. Con todo eso, con el petróleo, vive la pachamama. Cuando se seca, están muriendo la naturaleza. Esto está desde el principio. Si el hombre hace lo que quiera, la naturaleza va a morir. Queremos que el gobierno nos declare que no entre la ronda petrolera. Cuando él explote nos va a contaminar a toda la Amazonía, a nuestros ríos que nosotros tomamos y nos bañamos. Todos vamos a ser contaminados. La selva es vida, cuando es selva, cuando explotan no es sumak kawsay, quizá para los que ganan más, puede ser para quienes tienen sueldo y ganan más, puede ser buen vivir el petróleo. Para nosotros explotar no es buen vivir. Nosotros comemos de la selva. Como el mercado es la selva. Ahí hay ríos, aves, peces, frutas, palma, sin comprar. Ahí sembramos de todo, tantas variedades, y con eso vivimos. Si se saca el petróleo, con el olor están muriendo los insectos. Ahí va a quedar, no da buenos

> cultivos, buenos sembríos, como antes que está sana la tierra. Todo eso no queremos. No es solo para nosotros. No sé porqué se vuelve como loco para explotar el petróleo. Los que están en la ciudad viven desiguales. Otros tienen más dinero y otros son más pobres. En nuestra vida todo es igual, porque de todos es la madre tierra. Todos sabemos preparar para comer. Todo es igualdad y todo va a ser desigual. Van a estar mejor los que viven con dinero y ganan sueldo.[14]

En la sesión de la Asamblea Nacional en la que se aprobó la explotación de Parque Nacional Yasuní, Alicia Cahuilla, vicepresidenta de la nacionalidad waorani del Ecuador, expresó:

> Soy mujer huaroni. Vengo de la Amazonía. Nosotros hemos sido conservacionistas. Queremos que respete el territorio. Pedimos territorio. Antes todo era inmenso. Cada vez los gobiernos están dividiendo. Nos están botando todo. Otra gente está administrando. Nosotros tenemos que administrar. No estamos de acuerdo con que nos den haciendo trabajo. Gobierno decreta zona intangible, pero Taromenane no viven en un solo sitio. Pasan territorios Ecuador Perú. Necesitan un territorio binacional. Si no hubieran nosotros huaroni viviendo en la Amazonía. Por qué mueren Taromenani-Huaroni por abrir carretera. Déjanos vivir como huaroni, esa es nuestra propuesta. Antes vivíamos bien, agua limpia, árbol sano. Dónde tenemos huaronis. Más pobreza estamos haciendo. Yo nací en río Nasinho. Qué hablan de Yasuní. Porque nosotros somos una mujer que hemos venido cuidando nuestra selva, nuestros árboles, nuestros ríos. Donde sale el petróleo, más hemos sido contaminados, más destruidos el territorio huaroni.[15]

Si alguien quiere entender el alcance, el contenido, el sentido y la profundidad del constitucionalismo andino, que tiene impacto en el modelo de "desarrollo" del sumak kawsay, tiene que salir de los libros escritos desde la sabiduría eurocéntrica y aprender a escuchar estas voces. Estas voces, además, son portadoras de derechos y, con sus vidas, de garantías.

---

14. Narcisa Gualinga, Radio Visión, ‹http://www.ivoox.com/sra-narcisa-gualinga-sra-marisol-rodriguez-24-audios-mp3_rf_2482472_1.html›. 24 de octubre 2013.
15. Asamblea Nacional, Sesión 256 de la Asamblea Nacional, 4 de octubre 2013, ‹http://www.youtube.com/watch?v=oqqfjBCmxwI›.

Los fundamentos jurídicos de los derechos de la naturaleza y sus implicancias

SUMARIO

Introducción. **I.** Todos los caminos conducen a Roma: **1.** La dignidad. **2.** El derecho subjetivo. **3.** La capacidad. **4.** La igualdad. **II.** Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana: **1.** La dignidad y su excepción. **2.** El derecho subjetivo y su progresiva ampliación. **3.** La capacidad y la representación. **4.** La igualdad y la comparabilidad. **III.** Caminar alegremente a la fuente: la filosofía andina. **1.** La relacionalidad. **2.** La correspondencia. **3.** La reciprocidad. **IV.** Del agujero negro al Big Bang. **V.** Las implicancias: **1.** El liberalismo y los derechos de la naturaleza. **2.** El extractivismo es neoesclavismo. **VI** Reflexiones finales.

Introducción

La Constitución de 2008 tiene algunas novedades con relación al constitucionalismo ecuatoriano, regional y mundial. Una de ellas es el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos. Este reconocimiento ha sido motivo de más de una crítica por parte de los abogados y abogadas. Hay muchas inquietudes que van desde el escepticismo hasta la sorna. ¿Es realmente un derecho o más bien una declaración de buenos propósitos? ¿Puede un ser no humano ser sujeto de derechos? Si es que lo fuere, ¿cuál es el contenido del derecho? ¿Los de-

rechos de la naturaleza debilitan la teoría de los derechos humanos? ¿Es exigible el derecho de la naturaleza?

Intentaré afrontar esas preguntas desde una perspectiva jurídica para sostener, al final, que existen fundamentos para afirmar que tiene sentido el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos.

Este ensayo está dividido en cinco partes. La primera, "Todos los caminos conducen a Roma", intenta describir los argumentos jurídicos que se podrían esgrimir para negar los derechos de la naturaleza. La segunda, "Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana", afirma que, usando los argumentos tradicionales, cabe reconocer los derechos de la naturaleza. La tercera, "Caminar alegremente hacia la fuente", busca nuevos fundamentos que enriquecen no solo el debate sobre los derechos de la naturaleza, sino también a toda la teoría del derecho. La cuarta parte, "Del agujero negro al Big Bang", que es una entrada histórica, hace referencia al desarrollo evolutivo de los derechos y considera que el reconocimiento de la titularidad de los derechos de la naturaleza es una etapa inevitable. Finalmente, se cierra el ensayo con unas reflexiones finales y conclusivas sobre el derecho y la naturaleza. En un inicio me propuse abordar doctrinariamente los contenidos del derecho de la naturaleza. El espacio y el tiempo conspiraron contra este deseo, pero queda pendiente esta discusión importante, que ya Eduardo Gudynas lo comenzó con bastante solvencia y profundidad.[1]

I. Todos los caminos conducen a Roma

Se suponía, alguna vez en la historia, que Roma era el centro de la tierra y que, tarde o temprano, se llegaba a Roma por cualquier camino que se tome. Lo mismo podría pensarse con relación a la teoría del derecho y a su relación con el derecho de la naturaleza. Todos los fundamentos de los derechos nos llevan a la conclusión de que la naturaleza no puede ser sujeto de derechos.

1. Véase Eduardo Gudynas, *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución* (Quito: Abya-Yala, 2009). Comparto todas las apreciaciones del autor, salvo aquella relacionada con la distinción entre restauración y reparación, creo que la visión restrictiva sobre la reparación que asume el autor, limitada a las indemnizaciones económicas y a los seres humanos, no es adecuada ni con la Constitución ni con la doctrina desarrollada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Conviene una interpretación finalista y creo que el concepto de restauración que desarrolló Gudynas cabe exactamente en el concepto de reparación.

Pasaré revista a algunos argumentos jurídicos que se han esgrimido en la teoría del derecho para sostener que los seres humanos merecen una protección especial de parte del estado: la dignidad, el derecho subjetivo, la capacidad, y la igualdad.

1. La dignidad

Immanuel Kant hizo un esfuerzo enorme por encontrar normas morales que tengan validez universal y atemporal, que puedan ser aplicadas en cualquier tiempo y lugar. A esas normas las llamó imperativos categóricos. Por mencionar algunas de aquellas, la norma que imponía la obligación de cumplir con el deber sin otra motivación que su cumplimiento (el deber por el deber) es considerada como la causante de haber provocado la irracionalidad de cumplir órdenes en la Primera Guerra Mundial; la norma que impone que hay que obrar de tal manera que lo que se haga sea una máxima de comportamiento para cualquier persona es tan impositiva de valores de una cultura o de una personalidad que desconoce la diversidad.[2] Todas ellas han fracasado en su intento, salvo una que perdura y es constantemente invocada. La norma que perdura se desprende de lo que Kant llamaba la doctrina de la virtud y que es la fórmula de la dignidad.[3]

Kant distingue entre dos tipos de leyes. Las leyes de la naturaleza, de las que los seres humanos no tienen control alguno, y las leyes que regulan las relaciones entre los seres humanos. Estas leyes son estrictamente deberes y se dividen en tres: el deber de beneficencia, el de respeto y el del amor. El deber de beneficencia consiste en promover la felicidad de los otros que están en necesidad sin obtener ganancia inmediata, bajo el supuesto de que en algún momento podremos encontrarnos en estado de necesidad. El deber de respeto consiste en limitarnos por la dignidad de otras personas, esto es que no debemos hacer a otros medios para cumplir nuestros fines. El deber de amor consiste en convertirnos en un

2. Siempre pongo el ejemplo de mi gusto por la ópera; si aplicara este principio kantiano significaría que mi placer por la ópera debe ser compartido por cualquier persona, pero lo cierto es que podría ser el peor castigo para alguien que no gusta de la ópera; lo mismo se puede predicar entre culturas, lo que para una es un valor para otra puede ser un gesto desagradable, como por ejemplo eructar en las comidas.

3. Immanuel Kant, "The doctrine of virtue", en *Metaphysics of morals,* citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, 2a. ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000), 261-63.

medio para la realización de los fines de otros. La clave para entender la dignidad está en la fórmula de medio y fin. En el primer caso, que es típico de los sistemas de seguridad social, somos un medio ahora para cumplir los fines de otros porque algún rato las otras personas serán un medio para cumplir nuestros fines. En el segundo caso, que es propiamente el concepto de dignidad, solo podremos ser un medio para los fines de otros cuando siendo medio cumplimos nuestros fines. El tercer caso es propio de las personas santas, del tipo madre Teresa de Calcuta, que su fin era exclusivamente ser medio para otros, entregarse al puro y desinteresado servicio, como la madre lo hizo con las personas enfermas de lepra en la India.

La fórmula es realmente útil. Se la puede utilizar en cualquier tipo de relación humana. Por ejemplo, para analizar la esclavitud, la explotación laboral, el fenómeno delincuencial y, en general, cualquier violación a los derechos humanos. En la tortura, por ejemplo, se utiliza el dolor del cuerpo de una persona para conseguir información que interesa a otra; en la violación, se irrespeta la integridad sexual de una persona para satisfacer los impulsos de otra. En esos casos, se afirma que se atenta contra la dignidad, por usar a unas personas como medios para cumplir los fines de otras, luego, se violan los derechos humanos. Este principio ha sido citado por casi todos los autores que tratan sobre el tema de derechos humanos.[4] Si aplico esta fórmula a la naturaleza, podría concluir fácilmente que siempre la naturaleza tiene que ser un medio para cumplir los fines de los seres humanos. Piénsese, por ejemplo, en las ciudades que se montan sobre pedazos de tierra que quedan cubiertos por pavimento y cemento, en la dieta alimenticia que se basa en productos de la naturaleza, en los depósitos de basura y en general en la contaminación. La naturaleza siempre, por esencia e inevitablemente, es un medio. Como la naturaleza no puede ser un fin en sí mismo, porque los fines son siempre dados por los seres humanos, luego la naturaleza no puede ser digna y, en consecuencia, no puede gozar del estatus de titular de derechos.

4. Una de las referencias y aplicaciones mejor logradas del principio de dignidad de Kant puede encontrarse en Arturo Andrés Roig, "La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina", en *Ética del poder y moralidad de la protesta: La moral latinoamericana de la emergencia"* (Quito: CEN/ UASB-E, 2002), 53-70.

2. El derecho subjetivo

La teoría sobre el derecho subjetivo, como toda área del derecho a decir verdad, no es pacífica. Utilizaré el parámetro de un profesor que es conocido como progresista y que además es actual, Ferrajoli, para no remontarme a exquisitos maestros, como Kelsen, del milenio pasado. El maestro italiano sostiene que un derecho subjetivo es una condición prevista por una norma jurídica positiva que sirve de presupuesto para ser titular de situaciones o autor de actos.[5] En la lógica de Ferrajoli, el estatus de la persona para ser titular de derechos se desprende de una norma jurídica. En ese sentido, por ejemplo, una persona es titular del derecho político a elegir y a ser elegido si tiene el número de años determinado por el sistema jurídico; si una persona tiene 18 años, puede ser candidato a un cargo público que se designa por elección popular. El titular del derecho subjetivo, en este caso, sería una persona mayor de 18 años.

El efecto del derecho subjetivo es que podemos exigir las obligaciones que se desprenden de la norma jurídica. Si tenemos, por ejemplo, el derecho subjetivo al sustento alimenticio por tener la calidad de hijo y además tenemos una partida de nacimiento que lo demuestra, podemos exigir de nuestro padre o madre, siendo menor de edad, que cumpla con su obligación de pagar una pensión alimenticia.

La teoría del derecho subjetivo se aplica tanto para las relaciones horizontales entre particulares y para las relaciones verticales, entre particulares y el estado, llamándose a estas últimas derecho subjetivo público. La diferencia entre estas dos es que en las relaciones horizontales debemos demostrar nuestra calidad de titulares del derecho mediante un título (contrato, partida de nacimiento, sentencia, escritura pública, certificado de propiedad...) y que en los derechos públicos subjetivos la titularidad la tiene todo ser humano y, en consecuencia, no hay que demostrar la existencia del ser humano que demanda el cumplimiento de una obligación. Otra diferencia entre el derecho subjetivo privado del público, según Antonio M. Peña, se la encuentra en que el primero otorga facultades a la persona y el segundo, potestades. En el primero la tutela estatal depende de la voluntad del titular del derecho y, en el segundo, la tutela es una

5. Ferrajoli, "Derechos Fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 19.

obligación del estado.[6] Todo el diseño normativo se basa en el reconocimiento de la capacidad del ser humano de exigir un derecho, patrimonial o fundamental, ante los tribunales, que en última instancia son los garantes de las obligaciones que emanan de los derechos. En esta lógica, toda la teoría se centra en una organización social creada y utilizada de conformidad con los parámetros de los seres humanos. Siempre el estatus jurídico se refiere a las personas y, con suerte, a las colectividades o a los grupos de personas. Ningún teórico del derecho, clásico o contemporáneo, cuando define el derecho subjetivo, amplía el estatus a otros seres que no sean los humanos. Por consiguiente, la naturaleza no puede ser titular de derechos subjetivos.

3. La capacidad

El concepto de capacidad está íntimamente vinculado con el derecho a la libertad y es uno de los conceptos centrales en la teoría del derecho. Mediante la capacidad, el sistema normativo reconoce la posibilidad de contraer obligaciones y de disponer derechos. La capacidad está, además, vinculada al concepto de titularidad de derechos. Si tenemos capacidad para obrar, entonces podemos contratar, vender, comprar, disponer de nuestra propiedad, decidir ser candidatos, ejercer funciones públicas, expresarnos, estudiar en la universidad, contraer matrimonio, decidir el lugar de nuestro domicilio y hasta cometer infracciones penales.

La capacidad se adquiere cuando se cumplen las condiciones establecidas en la ley. Una de las condiciones más comunes es la edad. A cierta edad se puede trabajar, casar, viajar sin autorización o disponer de la propiedad. El sistema jurídico, particularmente en los derechos que tienen que ver con los derechos que son disponibles, puede exigir además otras condiciones, como la nacionalidad en caso de algunos derechos políticos.

Para el Código Civil, "la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio ni la autorización de otra".[7] Si una persona es capaz, entonces puede obligarse con otra por un acto o declaración de voluntad.

6. Antonio Peña Freire, "Derechos subjetivos y garantía", en *La garantía en el Estado constitucional de derecho* (Madrid: Trotta, 1997).

7. Código Civil, art. 1461.

¿Puede la naturaleza ser capaz? ¿Cumple acaso con las condiciones requeridas por el sistema jurídico? La primera y a veces única respuesta será de que no. Y mucho más contundente será la respuesta si nos remitimos a las categorías propias del derecho privado. Desde una entrada poco reflexiva, podría pensarse que es imposible que la naturaleza pueda manifestar su voluntad y peor que pueda obligarse con otro ser. Sin duda, las personas legisladoras y los doctrinarios clásicos de los derechos humanos no se plantearon siquiera la hipótesis de que un animal o la naturaleza puedan tener capacidad para tener titularidad y peor ejercer derechos.

4. La igualdad

El concepto de igualdad ha sido un principio que ha sufrido un largo camino para ampliarse a la protección y a la promoción de lo diverso. Una primera acepción tiene que ver con la concepción aristotélica de igualdad, por la que se debe tratar igual a lo que tiene características iguales y diferente a lo que es diferente. Esta caracterización hizo que se distinga entre ciudadanos y esclavos en la antigua Grecia y, en nuestro mundo moderno, ha dado lugar a regímenes basados en el apartheid (piénsese por ejemplo en el fenómeno urbano de las ciudades que tienen barrios de ricos que son amurallados y barrios de pobres, en las escuelas de ricos y de pobres, en los clubes privados y exclusivos y en los parques públicos...). Luego, se ubicó a un ser ideal (*optimo iure*) y la igualdad se entendió como el acercamiento de lo diferente a ese ser ideal o a su eliminación; esta concepción dio lugar a la homologación o al exterminio; el método para lograr la igualdad en el primer caso fue la asimilación y, en el segundo, el genocidio.[8] Ahora se habla de igualdad sin discriminación,[9] que consiste en respetar la diferencia cuando la igualdad descaracteriza, y combatir la diferencia cuando la distinción subordina.[10] Por ejemplo, en el primer caso, al declarar que existe un idioma único oficial, quienes hablan otras lenguas tienen el legítimo derecho de

8. Luigi Ferrajoli, "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías: La ley del más débil"*, 3a. ed. (Madrid: Trotta, 2003), 73-96.
9. Joan Williams, "Igualdad sin discriminación", en *Derecho y Género* (LOM ediciones, 1999), 75-97. El mismo artículo está publicado en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010).
10. De Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus*, 164.

exigir un trato diferenciado; en el segundo caso, quien se encuentre en situación de marginalidad social y económica puede exigir un trato igual a quienes gozan de todos los derechos.

Más allá de las diferencias teóricas entre las diferentes concepciones, la lucha por la igualdad ha sido siempre entre seres que tenían características comparables. Al final, por ejemplo, cuando Bartolomé de las Casas discutía sobre la humanidad o no de los indígenas hace algunos siglos atrás, partía de la premisa de que tanto indígenas como europeos eran humanos y, por tanto, tenían alma. Luego, si no se tenía alma, como la naturaleza, las cosas o los animales, no se era humano.

La lucha por el reconocimiento de la igualdad ha sido, en última instancia, la lucha por el reconocimiento de la calidad de ser humano. Jurídicamente, cuando los elementos a analizar no tienen características comparables, no se puede aplicar el principio de igualdad. ¿Se puede comparar un ser humano con la naturaleza? La respuesta aparentemente es que no.

Pero, por un instante, detengámonos a pensar qué es lo que caracteriza a un ser humano para que goce de una protección especial y privilegiada frente a otros seres del planeta. Por el sentido común, nuestra racionalidad puede discernir entre un ser humano y un ser no humano. Cuando se intenta racionalizar, como lo trató el pensador Francis Fukuyama,[11] la respuesta no es tan sencilla. El ser humano debe tener una esencia que le distingue de otros seres. Ser hijo de Dios y creado a su imagen y semejanza no es un argumento racional y es una pésima entrada para quienes no creen o no les importa Dios. Fukuyama explora en la capacidad de ejercer poder, experimentar dolor y sufrimiento, en la condición humana, en la racionalidad, en la conciencia, en la capacidad de organizarse..., en todas ellas encuentra similitudes y acercamientos con los animales. Al final, en lugar de concluir que somos más animales de lo que nos creemos no serlo, concluye en que el ser humano es un todo complejo que nos distingue de otros seres vivos, que ha sido construido racional e intersubjetivamente.

Lo cierto es que todas las teorías sobre la igualdad están concebidas para ser aplicadas desde y para los seres humanos. El primer requisito del test de

11. Francis Fukuyama, "La dignidad", en *El fin de la historia y el último hombre* (Madrid: Punto de lectura, 2003), 241-85.

razonabilidad para determinar la igualdad[12] sería suficiente para descartar a la naturaleza como un ser comparable con el ser humano.

La derivación del principio de igualdad en términos de organización política, que es la ficción más invocada por el estado moderno, es la teoría del contrato social. Se supone que, para una convivencia pacífica y mutuamente benéfica, las personas que deciden vivir en sociedad ceden parte de sus libertades para que el estado las administre y, en contrapartida, pueda obligar a estos para su propio beneficio. Si la naturaleza no puede ser considerada igual y tampoco puede ejercer su libertad, en consecuencia, el estado tampoco puede ser funcional a su protección. Por tanto, el estado se organiza para proteger a los seres humanos en sus múltiples relaciones. Sin ánimo de agotar todos los fundamentos teóricos, y como una muestra de algunas reflexiones sobre el fundamento del derecho, se puede apreciar que todas las teorías son construidas antropocéntricamente y excluyen a todo ser que no sea considerado humano. La construcción del derecho es personalista y, desde esta perspectiva, la naturaleza debe ser calificada como un objeto.[13] De ahí que se pueda entender que el haber reconocido derechos a la naturaleza es una verdadera locura.[14] Afortunadamente, Roma no era el centro de la tierra ni todos los caminos llegaban a tan imponente ciudad. Así, por ejemplo, el camino del Inca lleva a Machu Picchu.

II. Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana

Antes de explorar otros caminos, intentaré forzar las teorías hasta donde más pueda para intentar sostener que, con un poco de humildad y también de creatividad, podría considerarse a la naturaleza como sujeto de derechos. La clave de lectura para encontrar los fundamentos, en las mismas teorías, la encuentro en la

12. El test de razonabilidad puede tener varios parámetros: 1. Comparabilidad, 2. Fin constitucional legítimo para establecer la diferencia, 3. Idoneidad del medio empleado, 4. Necesidad, y 5. Proporcionalidad. Sobre este aspecto se puede encontrar mayores detalles en Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: UEC, 2005), 59-92.

13. Vladimir Serrano Pérez, "El buen vivir y la Constitución ecuatoriana", en Diego Pérez Ordóñez, comp., *La Constitución ciudadana: Doce visiones sobre un documento revolucionario* (Quito: Taurus, 2009), 197.

14. Sobre una réplica a la locura de reconocer derechos a la naturaleza véase Eduardo Galeano, "La naturaleza no es muda", citado por Acosta, "Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces", 2009.

excepción o salvedad de la regla, que es parte consustancial de la norma, o, como suele decirse, la excepción confirma la regla.

1. La dignidad y su excepción

Nadie puede ser un medio para el cumplimiento de los fines de otros –regla general–, salvo que siendo medio sea un fin al mismo tiempo. El ejemplo por excelencia es el trabajo digno; por un lado, somos medios porque contribuimos a cumplir los fines económicos o sociales de la persona o empresa donde trabajamos, pero, por otro lado, al recibir un salario que se necesita para la subsistencia y al hacer algo que nos gusta, siendo medios cumplimos nuestros fines. Pongamos otro ejemplo relacionado con la paternidad o maternidad responsable: un niño o niña, para cumplir sus fines, que son el desarrollo al máximo de sus potencialidades, requiere de un padre o madre que cumpla sus responsabilidades; pero las personas (padre o madre) siendo un medio para promover y proteger los derechos de sus hijos o hijas, cumplen al mismo tiempo sus fines, si es que siempre han soñado con ser padres o madres. Trabajadores y empleadores, hijos e hijas y padres y madres, son todos dignos, son medios y a la vez cumplen sus fines. En las relaciones sociales respetuosas de los derechos humanos resulta prácticamente imposible cumplir solo los fines y nunca ser medios o, por el contrario, ser solo medios y nunca cumplir fines propios. La interacción entre medio y fin es dinámica, permanente y siempre condicionada.

¿Puede aplicarse la excepción en la relación entre ser humano con otros seres? Ya afirmé que la naturaleza siempre será un medio, ahora enfáticamente considero que el ser humano también siempre será un medio. La pregunta es ¿si la naturaleza tiene también fines propios, así como los seres humanos, como entes morales, puede determinarse a sí misma?

La primera constatación que tengo que hacer es que la tierra es un ser vivo,[15] tiene incluso planes de vida,[16] y como todo ser vivo tiende a la supervivencia y a la reproducción para garantizar su existencia, que serían sus fines, desde nuestra

15. Esperanza Martínez, "Los derechos de la Naturaleza en los países amazónicos", en Acosta y Martínez, comp., *Derechos de la Naturaleza*, 96.

16. Eduardo Gudynas, "Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales", en Acosta y Martínez, comp., *Derechos de la Naturaleza*, 43.

limitada racionalidad para comprender a otros seres vivos con los que no tenemos iguales códigos de comunicación.

> Según la cosmovisión indígena, todos los seres de la naturaleza están investidos de energía que es el SAMAI y, en consecuencia, son seres que tienen vida: una piedra, un río (agua), la montaña, el sol, las plantas, en fin, todos los seres tienen vida y ellos también disfrutan de una familia, de alegrías y tristezas al igual que el ser humano.[17] [...] en el mundo de los pueblos indígenas –La Tierra– no es sino allpa-mama que, según la traducción literal, significa madre-tierra. ¿Por qué esto de allpa-mama? Primero, hay una identidad de género: es mujer. Segundo, es lo más grande y sagrado, es la generadora de vida y producción; sin ella, caemos en la nada, simplemente somos la nada o no somos nadie, como dicen nuestros abuelos.[18]

Desde el lado científico, James Lovelock afirmó que incluso existe una "inteligencia planetaria: la Tierra no es un conjunto de rocas u otros elementos inertes, sino un sistema coherente, ligado a una intensión".[19] De este modo se cambió de un paradigma mecanicista, en el que la Tierra era una gran masa de piedra, por otro en el que se puede afirmar que la Tierra es un ser vivo. A esta tesis se la llamó Gaia, que era el nombre de la antigua diosa Griega que generó a todos los seres que habitan en el planeta.

¿Necesita la naturaleza del ser humano? ¿Es decir, el ser humano puede ser un medio para que la naturaleza cumpla sus fines?

Recuérdese la metáfora que utiliza Juan Ramón Capella para explicar la necesidad de armonía entre los distintos elementos de un conjunto: el jardín japonés.[20] A nuestra mente suelen venir las típicas estampas estáticas y armónicas, pero lo cierto es que los peces multicolores, las flores de loto, el nivel del agua tienen, entre todos, cierto equilibrio. ¿Qué pasaría si la flor de loto duplica su tamaño por día y acaba cubriendo la laguna? Los peces morirían por falta de luz y lo mismo se podría decir de los peces si se multiplican, acabarían destrozando

17. Nina Pacari, "Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas", en Acosta y Martínez, comp., *Derechos de la Naturaleza*, 33.
18. Ibíd., 34.
19. Serrano Pérez, "El buen vivir y la Constitución ecuatoriana", 199.
20. Juan Ramón Capella, *Entrada en la barbarie* (Madrid: Trotta, 2007), 179-214.

la flor de loto. Con relación a la tierra, considerando que tanto naturaleza como ser humano son elementos de un mismo conjunto, si uno altera el equilibrio, como se lo está haciendo por los seres humanos, la Tierra puede acabar no cumpliendo sus fines.

En ese sentido los seres humanos somos medios por omisión y por acción. La tierra nos necesita para que no la agotemos ni la destrocemos, es decir demanda un "no hacer", un respeto de nuestra parte. De igual modo, nos necesita para lo que hagamos sea respetuoso con sus ciclos de regeneración, o sea, demanda un hacer racional, una actitud conservacionista y hasta ecologista. Al ritmo que vamos en lo que entendemos por desarrollo o progreso, acabaremos necesitando un lugar distinto a la Tierra para vivir. En palabras de Nina Pacari:

> [...] la madre tierra o allpa-mama, al envolver en su vientre las semillas, que luego de sus respectivos procesos se constituyen en el alimento de los seres vivos, debe ser cuidada, respetada e igualmente alimentada. En esa relación con la allpa-mama, cuando se producen las cosechas, los pueblos indígenas entonan sus cánticos conocidos como el Jahuai-jahuai, se preparan rituales de agradecimiento, se brinda con ella regando en la tierra chicha (bebida de maíz fermentado) que no es otra cosa que el compartir el compromiso de seguir generando vida. Entonces, en la cosmovisión indígena, se entabla una relación de respeto mutuo, la tierra es parte del ser humano y viceversa, por eso, cuando nace un wawa (bebé) el cordón umbilical y la placenta siembran bajo tierra junto a un árbol que luego florecerá, dará frutos y nos brindará cobijo o sombra. Asimismo, cuando se produce la muerte, que es otra forma de vivir, nuevamente volvemos a la tierra, a nuestra allpa-mama y volvemos a ser parte de ella.[21]

Por tanto, los seres humanos necesitamos de la naturaleza para vivir y esta necesita también de los seres humanos. En consecuencia, se puede aplicar con absoluta pertinencia el principio kantiano de la dignidad.

2. El derecho subjetivo y su progresiva ampliación

El derecho subjetivo es una categoría jurídica que ha ido evolucionando hacia la ampliación de su contenido. Si trazamos su camino histórico, podríamos en-

21. Pacari, "Naturaleza y territorio", 35.

contrar su origen en la concepción del derecho natural o derecho moral.[22] De hecho, lo que hacen las primeras declaraciones de derechos en el siglo XVIII es reconocer jurídicamente una reivindicación teórica, aunque, al momento, harto restringida (libertad y propiedad). Una vez formalizada la demanda de reconocimiento de ciertos derechos que eran importantes para un grupo social, convenía evitar la influencia del derecho natural (que tiene una tendencia expansiva). Se crea la teoría del derecho subjetivo, que se restringe a la titularidad basada en las condiciones normativas (edad, propiedad, educación, autonomía laboral y hasta pertenencia a una religión).[23] Con el aparecimiento del derecho social y con la posibilidad de demandar también al estado (y no solo a los particulares), se crea la noción del derecho subjetivo público, que abre la posibilidad de los amparos, tutelas o acciones de protección. A escala internacional, la noción de derecho subjetivo público que escapa de las esferas de protección del estado nacional, se torna en derecho humano. Hernán Salgado sostiene que los derechos humanos ya no pueden ser considerados como derechos subjetivos, porque "no favorece a éstos ni les da la jerarquía que tienen, pues no se trata de cualquier pretensión o facultad, son derechos esenciales, fundamentales como los ha calificado el derecho constitucional".[24]

Como se puede apreciar, el concepto ha evolucionado hacia una mayor comprensión de los titulares, de los derechos, de los obligados y hasta de los órganos de protección. La tendencia teórica que domina la teoría contemporánea es el considerar al derecho como un derecho fundamental, en el que cabe la protección de los seres humanos y también de la naturaleza. La Constitución del Ecuador omite la calificación de subjetivo, humano o fundamental. La primera

22. Mauricio Beuchot, "Abordaje filosófico del problema de la fundamentación de los derechos humanos", en *Filosofía y derechos humanos*, 4a. ed. (México DF: Siglo XXI, 2001).

23. Amparo Albán utiliza esta categoría, propia del siglo XVIII, para manifestar la dificultad de la naturaleza como titular de derechos que puede ejercerlos, al sostener que tanto en el derecho anglosajón como en el románico germánico "a cada derecho le corresponde en contraprestación una obligación y, en consecuencia, solo los entes deliberantes sean personas naturales o jurídicas, lo pueden ejercer", véase Amparo Albán, "El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano", en Pérez Ordóñez, *La Constitución ciudadana*,160; Albán desconoce que, desde la teoría del derecho de los derechos humanos, ciertos titulares pueden no tener obligaciones correlativas, como cuando se les reconoce derechos a los niños y niñas o a los pueblos indígenas, criterio que es propio de las relaciones jurídicas horizontales que son características del derecho civil.

24. Hernán Salgado Pesantes, "La nueva dogmática constitucional en el Ecuador", en Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto, coord., *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica* (México DF: IIJ, 2009), 983.

no cabía por las razones expuestas por el profesor Salgado, la segunda porque la naturaleza también tiene derechos y, la tercera, porque no era necesario al estar establecido en el texto jurídico de mayor jerarquía.[25]

Volviendo a Ferrajoli, y desde la doctrina del derecho positivo, el estatus, las condiciones y las expectativas que se derivan del reconocimiento del derecho dependen de la norma jurídica positiva. En esta lógica, el mismo Ferrajoli sostiene, al enunciar su teoría formal o estructural con pretensión universal, que nada impide para que sea constitucional el esclavismo en algún período de la historia o que se introduzcan derechos que, para algunos doctrinarios, se puedan considerar como no fundamentales (como suele suceder con la visión europea de las Constituciones andinas de Bolivia, Venezuela y Ecuador, a las que atribuyen un nivel de detalle y de enumeración de derechos exagerada, en particular en cuanto al énfasis de los derechos sociales o del buen vivir, o también se dice que los amplios catálogos de derechos "expresan preocupaciones locales, las cuales son resultado de proyectos políticos concretos".[26]

El estatus del titular de derecho ha cambiado con el tiempo. En un inicio, en el constitucionalismo moderno, solo tenían estatus jurídico el burgués propietario; este se fue expandiendo, con el constitucionalismo social, al obrero y campesino; se integró la mujer, el indígena y los mayores de edad; últimamente, se ha ampliado el estatus a todas las personas. Finalmente, el estatus se ha extendido a la naturaleza. En otras palabras, el concepto de derecho subjetivo y las condiciones evolucionan hacia la expansión y mayor integración de sujetos protegidos y, en últimas, dependen del debate democrático en un estado constitucional. Desde la historia del concepto, e incluso desde la teoría positivista, se cumplen los presupuestos para que se considere a la naturaleza como sujeto de derechos.

3. La capacidad y la representación

La capacidad también es un concepto que ha evolucionado y que tiene excepciones. En algún momento de la historia debe haber sido tan obvio que solo los

25. El profesor Salgado sostiene que fue un error la omisión de la palabra "humano", véase Hernán Salgado, "La nueva dogmática constitucional en el Ecuador", en Carbonell, Carpizo y Zovatto, coord., *Tendencias del constitucionalismo*, 984, pero fue intencional no ponerla, si se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, no cabría establecer una palabra que iba a ocasionar confusión.

26. Miguel Carbonell, "Derechos fundamentales en América Latina", en Carbonell, Carpizo y Zovatto, coord., *Tendencias del constitucionalismo*, 37.

propietarios, que trabajaban sin relación de dependencia, educados, con acceso a la lectoescritura y que eran hombres, eran los únicos considerados jurídicamente capaces. Y debe haber costado, como a veces se escucha que cuesta, aceptar que la mujer también puede ser considerada capaz y que puede ejercer sus libertades prescindiendo de los hombres o incluso de sus esposos. También debe haber costado, y debe seguir costando, comprender que los niños y las niñas no son, como me dijo alguna vez un alumno en una clase, como animalitos (denotando una subcategoría dentro de una lógica antropocéntrica), que no opinan, que no tienen racionalidad "madura" o que no entienden nada. Debe haber costado, y debe seguir costando, para seguir ampliando los ejemplos, considerar que los indígenas no son unos ignorantes, irracionales, incivilizados, salvajes y que pueden ejercer funciones públicas, ser diputados y que pueden aspirar legítimamente a ser presidentes. De igual modo, en la lucha de las personas que antes eran calificadas como minusválidas, ahora se las considera que tienen capacidades diferentes. Pero, jurídicamente, todos estos seres que fueron considerados incapaces ahora se les reconoce capacidad. Es decir, una vez más, el concepto de capacidad, como cualquier categoría jurídica positiva, es convencional (depende de decisiones) y evoluciona en el tiempo. Así como la ampliación del concepto de capacidad no ha sido fácil ni imposible, ha costado racionalmente aceptarla y, casi siempre cuando se exponía, se ha considerado una barbaridad jurídica y hasta una insensatez, lo mismo ha sucedido con el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos.

Pero para evitar el argumento de que la naturaleza nunca podrá ejercer por sí misma sus derechos, pasaré revista a la excepción del concepto de capacidad. Todas las personas son capaces para ejercer derechos y para contraer obligaciones, salvo que sean calificadas como incapaces. La incapacidad, según el derecho civil, puede ser relativa si es que existe alguna razón superable para ejercer la capacidad, o absoluta cuando se considera que las razones que impiden tener conciencia y voluntad son definitivas.

Los seres humanos podemos estar en circunstancias de incapacidad relativa y absoluta, de acuerdo al derecho civil. La regla es que todos somos capaces salvo que la ley diga lo contrario.[27] La ley civil enumera los absolutamente incapaces, que son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; y son relativamente incapaces las personas menores de edad

27. Código Civil, art. 1462.

y las personas jurídicas.[28] Nótese que la naturaleza no se encuentra entre las excepciones y podría entenderse, desde una interpretación fácil y malintencionada, que se aplica la regla general y que, por tanto, al no haber una excepción legal la naturaleza tiene capacidad. Pero, obviamente, quienes escribieron el Código no pudieron imaginar el alcance de la evolución de los derechos fundamentales y si lo hubieran concebido, le hubieran enumerado como incapaz. Estos conceptos, no podía ser de otra manera, son también relativos. Ciertas tendencias del pensamiento en la psiquiatría consideran que quizá los locos no sean tan locos como pensamos. Siempre recuerdo la discusión de un loco con un psiquiatra en una película maravillosa que se llama "Hombre mirando al sudeste",[29] en la que Rantés, el loco, que tenía sensibilidad para apreciar el dolor y la necesidad ajena, le interpelaba al profesional diciendo quién es el loco, ustedes, los que están afuera del hospital psiquiátrico, y no sienten emoción alguna ante tanto dolor o miseria, o los que están adentro felices en su mundo. A veces simplemente, quien opina y vive de forma distinta a la mayoría podría ser considerado incapaz.

Pero lo importante de la figura de la incapacidad es el respeto al estatus de sujeto de derechos por intermedio de la institución que se denomina representante legal o la tutela.[30] La persona, por incapaz que se considere, no deja de ser titular de derechos; el problema es que ciertos derechos dejan de ejercer por sí mismos y lo hace un tercero al que se le denomina representante. Un bebé de cinco meses, al que se le mueren sus padres, tiene derecho a la herencia, pero su administración requerirá de un representante. Una persona considerada demente, tampoco deja ser propietaria o deja de ser padre o madre o ciudadana, sino que se le designará un representante. Aun en el supuesto de la incapacidad absoluta, se deja de ejercer derechos.

La mayoría de derechos siguen ejerciendo los sujetos incapaces, tales como vivir, expresarse, alimentarse, recrearse, descansar, relacionarse. Los derechos que requieren representación tienen que ver con la facultad de obligarse y de exigir su cumplimiento. No se puede suscribir contratos ni plantear juicios, dependiendo de las condiciones determinadas por la ley. La incapacidad de las personas se

28. Ibíd., art. 1463.

29. Eliseo Subiela, director. *Hombre mirando al Sudeste* (Buenos Aires, 1986).

30. La tutela es una institución del derecho civil, obviamente no pensada para la naturaleza, que consiste en el "cargo impuesto por ciertas personas a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos o administrar competentemente sus negocios [...]", Código Civil, art. 367.

suple con la representación. El efecto de la representación es que "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".[31] ¿Puede aplicarse el mismo argumento para la naturaleza? Sin duda que sí, la naturaleza no necesita de los seres humanos para ejercer su derecho a existir y a regenerarse. Pero si los seres humanos la destrozan, la contaminan, la depredan, necesitará de los seres humanos, como representantes, para exigir la prohibición de suscribir un contrato o convenio mediante el cual se quiera talar un bosque primario protegido o para demandar judicialmente su reparación o restauración.

El derecho ampliamente ha reconocido el derecho a la representación y la capacidad a las personas jurídicas, que son entes abstractos, ficciones, intangibles, y nada obstaculiza que se pueda reconocer los derechos a la naturaleza que, en cambio, es material, real y tangible.

Desde otro ángulo, las personas jurídicas, históricamente, tienen una existencia temporal muy limitada; en cambio, la naturaleza tiene una duración ilimitada y su temporalidad es casi absoluta, en el sentido de que es anterior a la humanidad y posiblemente la trascenderá.[32] "No hay razón –como sostiene Melo– para no innovar en materia de derechos".[33]

Esta discusión está saldada a nivel constitucional, que establece la representación en todas las personas para poder comparecer en juicio a nombre de la naturaleza: "Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza".[34]

4. La igualdad y la comparabilidad

La igualdad, como toda categoría jurídica, sigo insistiendo, es convencional y puede evolucionar. Alguna vez se consideró que jurídicamente no eran comparables los indígenas del nuevo mundo con los europeos, y de igual modo, en los Estados Unidos, los afrodescendientes con los considerados blancos, que justifi-

31. Código Civil, art. 1464.

32. Antonio Elizalde Hevia, "Derechos de la Naturaleza: ¿problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?", en Acosta y Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza*, 7.

33. Ibíd.

34. CRE, 2008, art. 71, inciso 2.

có un tratamiento jurídico de segregación. El avance hacia convertir dos sujetos en comparables, dependió de un consenso argumentativo y de una categoría jurídica poderosa que se llamó discriminación (en todas sus variantes: racismo, machismo, adultocentrismo...). En el primer caso se llegó a reconocer que los indígenas tenían alma y, en el segundo, que tenían dignidad. La comparabilidad, en todo caso, fue entre seres humanos.

Ahora nos encontramos ante un fenómeno un poco más complejo, pero no por ello insolucionable. Con relación a los animales, Peter Singer[35] nos ayuda con el análisis al crear una categoría discriminatoria y que la denominó especifismo. El especifismo es una actitud favorable de una especie en desmedro de otra, que lleva a desconocer el principio de igualdad. Casi todos los seres humanos somos especifistas, unos con conocimiento y consentimiento, otros por omisión y hasta por ignorancia. El especifismo se refleja en nuestras dietas alimenticias (carnívoros), en nuestro trabajo (industria alimenticia basada en la crianza y muerte de animales), en nuestra forma de hacer deporte (caza de animales) y hasta en nuestra afectividad (mascotas). El principio de igualdad es una categoría que admite interpretación y que no necesariamente se infiere que deba ser aplicada entre seres humanos. Como se puede apreciar, la comparabilidad no es exclusivamente restringida a seres humanos sino que permite su apertura entre especies o seres vivos. En esta lógica, la inteligencia, la racionalidad, la esencia humana es irrelevante. Peter Singer acude a la capacidad de sufrir, que es común entre los animales y los seres humanos. Los animales expresan el dolor físicamente, se retuercen, gritan, huyen, atacan y esto se deduce de una simple observación. No hay que apelar a si los seres pueden pensar, hablar o comunicarse, sino si pueden sufrir. Pero además, como lo han demostrado los últimos descubrimientos científicos, las semejanzas genéticas entre seres humanos y otros animales son mayores que las diferencias.[36] Pero hay un argumento más fuerte aún: todo ser humano es un animal. Luego la comparabilidad, para aplicar el principio de igualdad, es posible.

Pero la naturaleza es una categoría mucho más extensa y todo depende si consideramos a la tierra como un ser vivo. Si un ser vivo es un ente que nace,

35. Peter Singer, *Liberación animal* (Madrid: Trotta, 1999), 19-59.

36. Véase Carl Sagan y Ann Druyan, *Shadows of forgotten ancestors* (Nueva York: Ballantine Books, 1992), en particular los capítulos que se denominan "What is Human?" y "The animal within", 361-408.

vive, reproduce su vida y muere, todo nos haría pensar que nuestro planeta, al igual que las estrellas y hasta el universo, es un ser vivo. "La Tierra, nuestro hogar, está viva con una comunidad singular de vida [...] la protección de la vitalidad, diversidad y la belleza de la Tierra es un deber sagrado".[37]

Siendo un ser vivo, entonces la categoría no es ser humano, ser una especie, sino existir como: "ser vivo". Esta ampliación del principio de igualdad, que puede tener sus resistencias, haría viable un trato más respetuoso entre todos los seres. Al final, la preocupación por otros seres no dependería de condición alguna que no sea convencionalmente decidida por quienes tienen el poder de decidir.

La calidad de ser vivo la reconoce la Constitución del Ecuador al establecer que "La naturaleza o pacha mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos".[38]

Por otro lado, las convenciones de derechos y las Constituciones contemporáneas siempre albergan una categoría abierta para prevenir la discriminación, que se enuncia, después de enumerar las categorías sospechosas que son problemáticas en ciertos contextos sociales, como "cualquier otra distinción [...]".[39] Esa distinción permitiría la introducción de la especie o simplemente del ser vivo. El lenguaje de derechos, y en este caso, el de la igualdad es útil políticamente para lograr una convivencia menos desastrosa y dolorosa entre los seres que compartimos este planeta.

Hay un cuento de Dr. Seuss, que se llama Horton,[40] que trata de la vida de un elefante que, un buen día, escucha un auxilio que viene de una partícula de polvo. Este grano de polvo era un planeta entero que tenía vida adentro y que estaba en peligro de extinción si es que no vivía en armonía con los seres externos. Esa partícula no podía expresarse por sí misma ante los seres vivos que vivían en la Tierra y necesitaron de Horton para poder ser escuchados, protegidos y respetados.

Al final del cuento, uno de los seres que vivían en la partícula escucha, a su vez, en una partícula de su polvo un grito de auxilio. Se puede deducir que la

37. Naciones Unidas, "La Carta de la Tierra", 2000, ‹www.earthcharterinaction.org› (consulta: 7 de mayo de 2010).

38. CRE, 2008, art. 71.

39. Ibíd., art. 11 (2).

40. Theodor Seuss Geisel, *Horton hears a Who!* (Nueva York: Random House, 1986).

Tierra es también una partícula de polvo y que también necesitamos de cierta armonía interna como externa y, sobre todo, que la Tierra, partícula de polvo en el universo, es un ser que merece ser respetado y protegido. El mensaje del libro es que una persona es una persona, no importa cuán pequeña es y, con relación a la Tierra como ser vivo, podríamos decir incluso cuán grande es.

El contrato social, derivación de las normas de convivencia entre los seres que deciden respetarse, debe ser ampliado suponiendo que esta teoría liberal nos podría ser útil, hacia un contrato que incluya la participación aun con representación de otros seres no humanos. En este sentido estaríamos hablando de una ampliación de la democracia y, por tanto, de un contrato existencial que supera al contrato social.

Puedo concluir que las teorías existentes son útiles en cuanto, con una interpretación evolutiva, convencionalmente justifican a la naturaleza como titular de derechos. Sin embargo, ello sería estirar los pies hasta donde llega la sábana, cuando lo que se puede hacer también es proponer tener una sábana lo suficientemente amplia para no restringirnos teóricamente. Existen otros caminos y otras teorías que nos pueden ayudar, no solo a justificar la titularidad de derechos de la naturaleza, sino también para encontrar otros fundamentos para los derechos y para su teoría jurídica.

III. Caminar alegremente hacia la fuente: la filosofía andina

El principito tenía sed y debía caminar un trecho largo para llegar a una fuente de agua y satisfacerse. Aparece uno de esos seres grises[41] que comercian con el tiempo libre de la gente (el tiempo es oro), y le propone al principito tomar una cápsula para calmar la sed. ¿Para qué sirve?, le pregunta el principito, y le contesta que para no perder el tiempo en ir a la fuente. El principito entonces contesta que prefiere caminar alegremente a la fuente.[42]

41. Michael Ende, *Momo* (Madrid: Alfaguara, 2010).

42. Antoine de Saint-Exupery, *El Principito-Le Petit Prince*, trad. por Joelle Eyhéramonno (Madrid: Enrique Sainz, 1992), 100-1.

Las píldoras son las respuestas rápidas e inútiles que dan las teorías tradicionales y que, desde una aproximación superficial, rechazarían las nuevas concepciones como la ampliación de la titularidad a la naturaleza.

Un jurista que pretende estar comprometido con un cambio de paradigma, por otro lado, no puede ni debe tragarse la píldora. El caminar alegremente hacia la fuente significa explorar y estar abierto a lo que en el camino de fundamentar se puede encontrar.

En el camino se puede encontrar un argumento que podría ser considerado utilitarista. Este consiste en otorgar una protección reforzada constitucionalmente, que se la da por medio del reconocimiento de la titularidad de derechos, por conveniencia.

En la fundamentación utilitarista, se recurre a la evidencia científica[43] que existe en relación al entorno insostenible del ser humano y al colapso de nuestro estilo de vida, que pone en riesgo la supervivencia de nuestra especie.[44] Entonces podemos constatar el fenómeno del calentamiento global, la contaminación ambiental, la desertificación, las inundaciones, la sobrepoblación y la presión sobre los recursos naturales, y más datos para acabar concluyendo que se necesita proteger urgentemente a la naturaleza.

El camino que me permito escoger para llegar a la fuente que sustente el derecho de la naturaleza, Josef Estermann lo llama Filosofía Andina,[45] libro del que sacaré algunos principios que podrían sustentar la necesidad de esta protección poderosa del derecho occidental que se llama derechos.

De Filosofía Andina utilizaré cuatro principios de su lógica: 1) la relacionalidad, 2) la correspondencia, 3) la complementariedad y 4) la reciprocidad.

1. La relacionalidad[46]

En la lógica racional occidental, se pueden separar las categorías y distinguirse. Dentro de la lógica simbólica, por ejemplo, la base de la estructura es p y no p,

43. Sobre los datos relacionados al desarrollo sustentable en Ecuador, véase Carlos Larrea, "Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador", en Acosta y Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza*.

44. Andrés Borja Ortiz, "Derechos de la Naturaleza", en Fundación Regional e Asesoría en Derechos Humanos, *Nuevas instituciones del Derecho constitucional ecuatoriano* (Quito: INREDH, 2009), 125.

45. Josef Esterman, *Filosofía andina: Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina* (Quito: Abya-Yala), 1998.

46. Ibíd., 114-22.

que ha hecho que nuestra forma de concebir el mundo siempre sea una contraposición entre opuestos y dual: hombre y mujer, bueno y malo, positivo y negativo, blanco e indígena, animal y ser humano, espacio privado y público, urbano y rural, selva y desierto, individuo y sociedad, yo y el otro...

Cada elemento tiene una sustancia particular y diferente. Para la filosofía andina, en cambio, lo importante es la relación.

> Para la filosofía andina, el individuo como tal no es 'nada' (un 'no ente'), es algo totalmente perdido, si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones [...] Desconectarse de los nexos naturales y cósmicos (un postulado de la Ilustración), significaría para el runa de los Andes firmar su propia sentencia de muerte.[47]

Este principio tiene que ver con una concepción holística de la vida. Todo está relacionado, vinculado, conectado entre sí. Este principio puede ser enunciado de forma negativa y positiva.

De la primera forma, no existe ningún ente carente de relaciones y, por tanto, todo ente es necesitado. En la forma positiva, lo que haga o deje de hacer un ente afecta a los otros. La relación no es causal sino ontológica. Esto quiere decir que lo importante no es que un ente tiene capacidad de alterar al otro, sino que todos los entes "son".

No existe una relación causalista sino escencialista. El conocimiento y la vida misma es integral y no compartimentalizado por las categorías, como lo hace la filosofía occidental. La consecuencia de este principio es que la naturaleza requiere de los seres que la habitan, y los seres no podrían vivir sin la naturaleza. Además, el ser humano no está en la naturaleza –o la naturaleza alberga al ser humano–, sino que el ser humano es la naturaleza. No se puede desintegrar el concepto de ser humano con la naturaleza, ambos son uno, de ahí que hacer daño a la naturaleza es hacerse daño a sí mismo.

2. La correspondencia[48]

El pensamiento andino implica una correlación mutua y bidireccional entre dos elementos, que se manifiestan en todo nivel y en todos los aspectos de la vida.

47. Ibíd., 97-8.
48. Ibíd., 123-5.

Pondré un ejemplo de la medicina indígena y también de la medicina homeopática: la curación y la enfermedad están estrechamente relacionadas, se considera que la enfermedad es causada por sustancias similares a ella, por eso se dice que el enfermo puede recuperarse por la dinámica de su propio organismo.

El pensamiento occidental pone énfasis, en cambio, en el principio de causalidad: dado un fenómeno se sigue un efecto inevitable. Esta reducción de la realidad, que es base de la ciencia, utiliza múltiples categorías, tales como la semejanza, la adecuación, la identidad, la diferencia, la equivalencia, la implicación, la derivación o la exclusión. El ser humano occidental tiene que encontrar una respuesta lógica y verificable entre la realidad y su explicación racional. Siempre me acuerdo de mi maestro en lógica simbólica, el filósofo Emilio Cerezo, quien cuando aplicaba la lógica simbólica al análisis de textos, solía afirmar que la lógica no explica ni podrá explicar todo el fenómeno humano, que no es lógico y que escapa afortunadamente de las reglas. Las emociones, los sentimientos, la causalidad, lo inimaginable, lo imprevisto, el caos... todo sucede en la vida.

Para la filosofía andina, la explicación racional o causal es solamente una forma –y no exclusiva– de entender el mundo y de conocer. Si la interpretación occidental causal se la hace mediante métodos cuantitativos, cualitativos, comparativos o exegéticos, la interpretación andina es, además, simbólica, ritual, celebrativa y afectiva.

Al manifestarse la correspondencia en todos los ámbitos de la vida, existe una realidad cósmica, una realidad terrenal y una infraterrenal.

> [...] hay correspondencia entre lo cósmico y humano, lo humano y extra-humano, lo orgánico e inorgánico, la vida y muerte, lo bueno y malo, lo divino y humano, etc. El principio de correspondencia es de validez universal, tanto en la gnoseología, la cosmología, la antropología, como en la política y ética.[49]

Las explicaciones que se puedan hacer sobre la forma de pensar andina, siempre desde una lógica occidental, son difíciles de comprender. Se separan los elementos para afirmar que no se pueden separar. De ahí que, una vez más, respetar la naturaleza tiene un impacto directo en el respeto del ser humano y, por contrapartida, irrespetar a cualquier ser humano significa indefectiblemente el irrespeto a la naturaleza.

49. Ibíd., 125.

3. La complementariedad[50]

Todos los entes coexisten. Un elemento depende de todos los restantes para ser pleno o completo. Esto nos recuerda a ese clásico dibujo de la filosofía oriental que es el yin y el yang. Para ser un elemento se requiere del que se podría considerar opuesto, y dentro del opuesto, precisamente para no considerarlo de ese modo, se tiene en el centro el punto del diferente. Es decir, los elementos no son precisamente opuestos, sino complementarios y armónicos.

Todos los elementos sufren de una deficiencia ontológica. Esto me recuerda aquel principio del maestro Boaventura de Sousa Santos[51] que afirma la inexistencia de sociedades subdesarrolladas y personas ignorantes. Por el principio de complementariedad, el subdesarrollo de unos implica el desarrollo de otros, y la ignorancia de unos el conocimiento de otros. Es decir, los países centrales son desarrollados en tecnología pero subdesarrollados en comunitarismo social; la ignorancia de conocimiento racional puede significar la sabiduría emocional. Mi conocimiento de la lengua española, por ejemplo, es diametralmente opuesto a mi ignorancia en el quichua.

En la racionalidad occidental, por el principio de identidad, un elemento siempre es coincidente consigo mismo y distinto a los demás. Si p es verdadero no puede ser al mismo tiempo no p, es decir, no puede ser falso; además p no es q. Esta lógica no se identifica con el principio de complementariedad por el que los opuestos se integran, se completan y, por tanto, se complementan. La relación sería p ↔ no p y p ↔ q. La contradicción occidental es para los indígenas contrariedad. Si p y q son distintos, pueden coexistir como partes complementarias de una tercera entidad que los concilia y que, en estricto sentido es un todo que los comprende. Los opuestos están dinámicamente unidos.

> [...] los complementos en sentido andino no son 'posiciones' abstractas y logo-mórficas, sino experiencias parciales de la 'realidad'. Y tampoco son 'antagónicas' en un sentido de irreconciliación racional; se requieren mutuamente, no

50. Ibíd., 126-131.

51. Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia: Lo social y lo político en la posmodernidad* (Colombia, Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes –Uniandes–, 2006), 122.

como 'motor dinámico' para elevarse a otro nivel, sino para completarse en el mismo nivel.[52]

En este sentido, cielo y tierra, sol y luna, claro y obscuro, verdad y falsedad, macho y hembra, naturaleza y ser humano no pueden excluirse, sino más bien complementarse necesariamente para su afirmación como entidad superior e integral. En la lógica de derechos, entonces, sería profundamente inadecuado proteger a uno de los elementos que conforman el complemento porque generaría un desequilibrio indeseable e inadecuado. De ahí, entonces, que tenga sentido que tanto seres humanos como naturaleza gocen de igual protección jurídica.

4. La reciprocidad[53]

El principio de reciprocidad es la forma práctica como interactúan los demás principios brevemente enunciados. En todo tipo de interacción, humana y no humana, cada vez que se produce un acto o fenómeno se manifiesta un acto recíproco como una contribución complementaria. Toda actuación humana tiene trascendencia cósmica y forma parte de un orden universal. Esta forma de ver el mundo no tiene sentido para el pensamiento occidental que es profundamente individualista y que promueve, por el contrario, la autonomía de la voluntad y la libertad para tomar decisiones.

Los actos de los seres humanos, al igual que los de la naturaleza, se condicionan mutuamente, "de tal manera que el esfuerzo o la 'inversión' en una acción por un actor será 'recompensado' por un esfuerzo o una 'inversión' de la misma magnitud por el receptor".[54] De ahí se desprende, por ejemplo, que el trueque tenga mucho sentido en las relaciones económicas entre personas.

La base de la reciprocidad es lo que Estermann denomina "justicia cósmica", que aglutinaría todas nuestras formas compartimentalizadas de entender la justicia (económica, judicial, social...). Por ello, la base de toda relación es el orden cósmico. Un acto indebido puede alterar el orden global.

52. Estermann, *Filosofía andina*, 130-1.
53. Ibíd., 131-5.
54. Ibíd., 132.

> El equilibrio cósmico (armonía) requiere de la reciprocidad de las acciones y la complementariedad de los actores. Esto no quiere decir que los *relata* de una relación recíproca siempre sean 'equi-valentes' y 'con-naturales', sino que a la iniciativa de un *relatum* corresponde una reacción complementaria de otro *relatum*. Una relación (unilateral) en la que una parte sólo da o sólo es activa, y la otra únicamente recibe o es pasiva, para el *runa* andino no es imaginable ni posible.[55]

El principio de reciprocidad se lo puede apreciar, vivir y aplicar en cualquier campo de la vida, desde lo cotidiano y aparentemente personal hasta lo trascendente y cósmico.

En cuanto a la relación con la naturaleza, el ser humano cuando se interrelaciona con la tierra, al sembrar o cosechar, no lo hace como con un objeto, sino como un sujeto, con el que trabaja, se transforma, tiene rostro. El rito de la siembra es una interrelación de profundo respeto y reciprocidad.

Del principio de reciprocidad se deriva, en la teoría de los derechos humanos, la idea de valor y respeto. Lo que se tiene que cuidar, proteger y promover tiene que ser protegido por el derecho, que es una noción abstracta que genera vínculos y límites al accionar humano. Si la naturaleza es recíproca con el ser humano y viceversa, conviene preservar esa interrelación por medio de la noción de derecho. Descuidar, desproteger y dañar la naturaleza afectaría irremediablemente al principio de reciprocidad. Además, si las relaciones son recíprocas, existe pues una razón más para poder aplicar la noción de igualdad y, por tanto, de no discriminar a una de las partes en relaciones equivalentes. La categoría de derecho fundamental es una especie de antídoto[56] que neutraliza lo patético que puede ser el uso indiscriminado de la naturaleza.

Como se puede desprender de este acápite y contrastando con los anteriores, la filosofía andina no parte desde la concepción de que el ser humano es el único y exclusivo receptor de los beneficios del discurso de derechos. Al contrario, la lógica andina no considera y, por tanto, en la fundamentación se descarta el antropocentrismo. Gudynas ha denominado al nuevo paradigma como biocéntrico por oposición al dominante en el derecho.[57] Al ser la naturaleza un elemento universal que se complementa, se corresponde, se interrelaciona y con la que se

55. Ibíd., 134.
56. Carlos Santiago Nino, en *Ética y derechos humanos*, 2a. ed. (Buenos Aires: Astrea, 2005), 4.
57. Gudynas, *El mandato ecológico*, 39, 58, 63, 65.

tiene relaciones recíprocas, la consecuencia obvia es que debe protegerse. No hacerlo significaría alterar o descuidar las interrelaciones entre los elementos de la vida que son absolutamente necesarias.

IV. Del agujero negro al Big Bang

En el principio era la nada o todo contraído, o algo que era una singularidad espacio temporal de densidad infinita matemáticamente paradójica, lo cierto es que sucedió una gran explosión y el universo, desde entonces, se ha ido expandiendo; de ahí el porqué los planetas y las estrellas se van alejando. De igual modo, en el principio jurídico no había teoría hasta que a algún filósofo se le ocurre crear una institución y esta va desarrollándose y sus postulados originales se multiplican y se alejan entre sí. Algo así sucede con el tratamiento jurídico de la naturaleza.

El agujero negro quizás era la completa integración entre el ser humano con la naturaleza hasta que se instituyó el mandato bíblico, al menos en la tradición judeocristiana que es la que influye determinantemente en la cultura occidental, de dominar la tierra y someterla.[58] El ser humano se convierte en una especie de mayordomo de la tierra y de la naturaleza. En la historia bíblica del origen del universo, el ser humano es la creación a imagen y semejanza de Dios y ejerce ese poder en la tierra, además de usarla, la debe fructificar, debe multiplicarse y llenar la tierra.[59] Someter a la naturaleza significa dominar la tierra, los peces del agua, las aves del cielo, los animales y, en suma, ejercer autoridad sobre todo ser no humano. Esta norma, de carácter moral, es la que primará y se aplicará durante gran parte de la historia de la humanidad.

En términos de derecho positivo, podría afirmar que, dentro de la lógica liberal, estaba permitido hacer cualquier actividad con relación a la naturaleza. La naturaleza estaba bajo la categoría del derecho a la propiedad. En este sentido, la naturaleza se compartimentaliza en tantas partes cuantos propietarios existen. El destino de la naturaleza depende de la forma de disposición de los dueños. Los

58. Génesis 1: 28.

59. Rafael Goto, "Reflexiones sobre Biblia y medio ambiente", 11 septiembre 2007, ‹http://www.radioevangelizacion.org/spip.php?article1008› (consulta: 16 de abril de 2010); además de hacer una interpretación clásica, este autor hace una referencia contemporánea basada en la responsabilidad.

propietarios pueden usar, usufructuar y disponer (prestar, vender o abandonar) un bien, mueble o inmueble sin que exista restricción alguna. Si somos dueños de un pedazo de tierra, lo podemos sembrar, quemar, pavimentar, talar, vender, descuidar, proteger. Hay una máxima que dice que, en las relaciones privadas, como el ejercicio de los derechos de propiedad, se puede hacer todo lo que no esté prohibido. Como puede constatarse en las legislaciones penales del siglo pasado, desde el derecho liberal, cualquier atentado contra los derechos de la naturaleza no estaba penalizado, luego se entiende que se puede hacer cualquier actividad u omisión que a uno se le ocurra.

En cuanto a aquellos bienes que no tienen propietarios privados, se considera que los estados ejercen los derechos de los propietarios. Esto sucede, por ejemplo, con los páramos, con los mares, con el subsuelo, con el aire y el espacio, con los ríos, con las aguas y en general con aquella naturaleza que, dentro del territorio nacional, no tiene propietario privado. El estado puede, como cualquier dueño, disponer de la propiedad; en unos casos no puede vender, sin embargo puede autorizar su uso y usufructo.

Un problema aparte, y sumamente complejo, es el de los bienes que no tienen dueños privados ni estatales, y se trata de los bienes comunes (*common goods*), tales como el mar intercontinental, el espacio aéreo y en general todos aquellos bienes que no tienen control por el principio de soberanía estatal y que se comparten entre todos los seres humanos y entre todos los estados. Hay quienes, desde una perspectiva liberal, consideran que el no tener un dueño que cuide el bien, estos están condenados a ser destruidos (*the tragedy of the commons*).[60] Hay otros que dicen que al apropiarse inmediatamente se convierten en bienes excluyentes. Lo cierto es que el derecho permite su uso y usufructo y que cada vez hay un llamado a respetar y cuidar estos bienes. De cualquier forma, en estas dos concepciones (la bíblica y la civil), la naturaleza es un objeto, un bien, mueble o inmueble, que puede ser utilizado o dispuesto sin restricción alguna.

La Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano, aprobada el 16 de junio de 1972, marca el inicio de una nueva era en la concepción del

60. Norman Wray cuenta que, en las discusiones en la Asamblea Constituyente del Ecuador, se esgrimió, al respecto, el siguiente argumento: "Se han preguntado ustedes ¿por qué las ballenas desaparecen? Y a continuación, ¿por qué las vacas no? La respuesta fue inmediata: en el primer caso nadie es dueño de ellas, por lo tanto ¿quién las cuida?", en Norman Wray, "Los retos del régimen de desarrollo: El buen vivir en la Constitución", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *El buen vivir: Una vía para el desarrollo* (Quito: Abya-Yala, 2009), 52.

derecho y la naturaleza. Sin duda esta pieza jurídica es la culminación de un lento y decisivo movimiento ambientalista sensible ante los problemas ecológicos que se estaban comenzando a constatar. En la declaración se reconoce que el ser humano tiene una enorme capacidad para transformar el medio ambiente que le rodea y que no siempre lo hace de forma constructiva. Se admite que ese poder de transformar, basado en la ciencia y en la tecnología...

> Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio ambiente por él creado, especialmente en aquél en que vive y trabaja.[61]

El hito estuvo en llamar la atención sobre el problema ambiental ya generado y en el establecimiento de mínimos normativos para prevenir peores daños. Sin embargo, la entrada sigue siendo desde la centralidad del ser humano. "El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea[62] [...] La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero [...]".[63] En otras palabras, el ser humano sigue el mandato bíblico de ser mayordomo de la Tierra, pero tiene que hacerlo con cuidado porque le puede afectar a su propio desarrollo.

Podría afirmar que la Declaración de Estocolmo es la piedra angular del derecho ambiental moderno y el impulsor definitivo del movimiento social denominado Verde. El derecho ambiental ha tenido un desarrollo conceptual notable tanto a nivel doctrinario (existen incluso especializaciones universitarias, en varias disciplinas, sobre el ambiente), como a nivel normativo. Además, podría afirmar, sin temor a equivocarme, que casi todos los países de influencia occidental cuentan con códigos ambientales, que tienen como objeto establecer restricciones y

61. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, numeral 3.
62. Ibíd., numeral 1.
63. Ibíd., numeral 2.

salvaguardas al medio ambiente. Existen reglas, directrices, autoridades administrativas y prohibiciones en relación con la forma como se debe tratar al medio ambiente. El derecho a la propiedad ha sufrido serias restricciones y controles. No existe, pues, plenas facultades de disposición, ni de uso y usufructo.

A la par del derecho ambiental, se ha desarrollado también una protección (represión) extra, que es la rama penal-ambiental. Se ha considerado que el daño producido al medio ambiente debe tener una protección extraordinaria. Por un lado, podría pensarse que el medio ambiente se ha convertido en un bien jurídico digno de respuesta penal; por otra parte, podría discutirse sobre la efectividad de este severo mecanismo para producir cambios de conducta y la proporcionalidad en el uso de penas, particularmente la privación de la libertad, con relación al daño que produce la conducta considerada delictiva.

Un paso más adelante ha sido, otra vez desde el derecho internacional, la expedición de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada el 14 de junio de 1992, que determinó que:

> Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.[64]

Es decir, de ahí en adelante el lenguaje de derechos humanos se incorpora a la consideración jurídica de la naturaleza. El potente lenguaje de derechos tendrá como contrapartida la demanda de una obligación vinculante por parte de los estados. El eco de esta declaración no se hizo esperar. En los mismos años 90, particularmente algunas Constituciones de Latinoamérica, como las más recientes andinas, reconocerán que todo ser humano tiene derecho a un medio ambiente sano. Esta perspectiva, que es un gran adelanto conceptual –se sigue expandiendo en el panorama teórico-jurídico–, sin embargo sigue considerando a la naturaleza como un medio indispensable para la sobrevivencia del ser humano. La naturaleza goza de protección especial en tanto es el humano el que se beneficia de ella. Es decir, la visión antropocéntrica sigue siendo la que prima.

La Constitución del Ecuador, pionera en la ruptura de la concepción tradicional de derechos humanos, reconoce por primera vez el derecho de la naturaleza como un derecho autónomo del ser humano. Algunas rupturas conceptuales,

64. Ver *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Principio 1.

comenzando por la denominación. No cabe ya el término genérico de "derechos humanos" para referirse a los derechos que tienen una protección especial en las Constituciones. Conviene denominarlos derechos fundamentales o derechos constitucionales. Otra ruptura es que la protección a la naturaleza no se la hace porque conviene al ser humano, sino por la naturaleza en sí misma. En consecuencia, la concepción jurídica de los derechos deja de ser antropocéntrica. Tercera ruptura, la teoría jurídica tradicional para entender el derecho tiene que buscar nuevos fundamentos y renovadas lecturas, que tienen que ver con la ruptura del formalismo jurídico y con una superación de la cultura jurídica imperante.

En el mes de agosto del año 2012, en Cochabamba, se adoptó "La declaración universal de los Derechos de la Madre Tierra", que recoge en el preámbulo la filosofía andina y que tiene cuatro artículos. El primero que reconoce que la Madre Tierra es un ser vivo y que es una comunidad única e indivisble de seres interrelacionados. En el artículo segundo se reconocen los derechos de la Madre Tierra: vida y existencia, a ser respetada, a la continuación de sus ciclos vitales, a mantener su identidad e integridad, al agua como fuente de vida, al aire limpio, a la salud integral, a estar libre de contaminación, a la restauración plena y pronta por las violaciones a sus derechos, a que cada ser tenga derecho a su lugar y a desempeñar su papel en la Tierra, y a que todos los seres estén libre de tortura y trato cruel por los seres humanos. En el artículo tercero se establecen las obligaciones de los seres humanos con la Madre Tierra: vivir en armonía, reconocer y aplicar los derechos de la Madre Tierra, a que el bienestar humano contribuya al bienestar de la Madre Tierra, a respetar sus procesos, a restaurarla, a empoderar a los seres para defender los derechos de la Madre Tierra, a eliminar todas las armas, a promover sistemas económicos armónicos con la Madre Tierra. Finalmente, el artículo cuarto define "ser" como todo ecosistema, entidad natural o especie, y prohíbe interpretar de forma restrictiva la Declaración.

Estoy convencido, al menos con lo que he analizado de la filosofía andina, que este avance no será el último ni el definitivo. La concepción de derechos, al ser manifiestamente occidental, distinguirá entre derechos de los humanos y no humanos, y creará dos categorías que pueden ser analizadas de forma distinta y separada. Esta concepción sigue fortaleciendo la lógica dualista y categorial propia del pensamiento occidental.

Paralelamente al desarrollo conceptual del pensamiento occidental, han existido y existen formas de concebir a la naturaleza. Como hemos visto, de acuerdo con la filosofía andina, la naturaleza no es un ente separado del ser humano ni viceversa. He afirmado que defender los derechos de la naturaleza es defender al ser humano y que defender al ser humano es defender la naturaleza. No es suficiente la creación de la categoría "derechos de la naturaleza" sino que se tiene que, algún momento, superar estas distinciones que, al dividir, debilitan la concepción holística de la existencia, de la vida, del universo.

Zaffaroni nos recuerda la concepción griega de la Gaia, que era la diosa griega Tierra y que consideraba al planeta como un ser vivo, como un sistema que regula y recrea la vida, que se renueva y que está en constante cambio, que es tan importante que es una diosa, que tiene que ser venerada y cuidada.[65]

Así como los runas andinos, los griegos antiguos, estamos seguros de que otros pensamientos no dominantes deben haber desarrollado hace mucho tiempo ya, normas que disponen el trato armónico y respetuoso con la naturaleza. Ahí tenemos un camino por explorar, además sabiendo que en muchos casos esa sabiduría que existe posiblemente no esté escrita. El derecho, una vez más, tiene que aprender de otras ciencias, como la antropología, la historia y la sociología, para seguir mejorando el sistema jurídico y, en este caso, desarrollando el contenido del derecho de la naturaleza.

V. Las implicancias

1. El liberalismo y los derechos de la naturaleza

La Constitución ecuatoriana ha reconocido a la naturaleza como sujeto de derechos. La sola premisa nos puede hacer pensar que el discurso liberal de los derechos permite sin problema alguno tal inclusión. Pero la inclusión, como intentaré demostrar, es problemática y encierra en sí misma una contradicción.

65. Raúl Eugenio Zaffaroni, véase: "La naturaleza como persona: pachamama y Gaia". No puedo dejar de reconocer que este ensayo, que lo he difundido con entusiasmo en más de una clase que he compartido con mis alumnos en clases de derechos humanos y en un doctorado en Salud Pública, ha sido una motivación inmensa para seguir apreciando nuestra Constitución ecuatoriana y para emprender el desafío teórico de dar contenido al derecho a la naturaleza.

¿Estamos ante una aporía más de la teoría liberal del derecho?[66] o ¿la teoría liberal comienza a quebrarse y requiere de una teoría alternativa?

La respuesta afirmativa a la primera pregunta nos llevaría a consolidar la teoría liberal, a pesar de sus limitaciones. Estoy consciente de la complejidad del liberalismo y de las múltiples teorías, muchas de ellas en tensión entre sí, que lo sustentan. Sin embargo, sin ánimo de generalizar, intentaré utilizar categorías que me parecen son aceptadas por cualquiera de las tendencias, aunque su grado y comprensión varíen, tales como derechos, soberanía, libertad, igualdad. Por un lado, nos demostraría que el liberalismo, al igual que el capitalismo, tiene la capacidad para reinventarse y para evitar las alternativas radicales. Por otro lado, reafirmaría la idea de que es imposible encontrar una teoría alternativa al liberalismo.

Por un momento, sostengamos que la naturaleza tiene derechos y que se puede fundamentar desde la lógica liberal. Diríamos, por ejemplo, que soberana y democráticamente los ciudadanos han reconocido y aceptado esta limitación al poder humano, y que es altamente necesario para la sobrevivencia de la humanidad dotar con una protección especial a la naturaleza para evitar los efectos desastrosos del capitalismo depredador en el individuo (contaminación, calentamiento global, desertificación, etcétera.[67]

Más aún, dentro de la lógica de los derechos, podríamos decir que se trata de un reconocimiento más, tal como hace algunas décadas atrás también el derecho permitió la ficción de que las empresas sean personas jurídicas, con igual capacidad que los seres humanos para ejercer derechos y obligaciones.

No es ajeno al liberalismo el tránsito de objeto a sujeto. El liberalismo convivió y hasta justificó el esclavismo. Me refiero al caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante el cual se prohibió a las personas afrodescendientes del derecho a la ciudadanía por considerar que eran objetos. Las personas afrodescendientes estaban sujetas al régimen de propiedad (derecho civil), y luego pasaron a ser consideradas personas libres e

66. Una aporía que ha sido analizada a profundidad es el concepto de soberanía. Si se es soberano, entonces las decisiones no están sujetas a límite alguno. Sin embargo, las complejas relaciones internacionales, en cuanto a límites externos, y la conflictiva relación entre poder constituyente y constituido, o democracia y soberanía, como límites internos en un estado, hacen que el concepto sea contradictorio en sí mismo. Véase, Luigi Ferrajoli, "La soberanía en el mundo moderno", en *Derechos y garantías*.

67. Antony Giddens, *The Politics of Climate Change* (Cambridge: Polity Press, 2009).

iguales (derecho constitucional). Lo mismo podría pensarse que ha sucedido con la naturaleza en el constitucionalismo ecuatoriano.

Pero, si se toma en serio la noción de la pachamama, y se quiere entender las raíces de la concepción y aceptar sus efectos, tenemos que salir de la racionalidad liberal.

Sobre la racionalidad occidental y los límites del liberalismo y la modernidad, que impiden reconocer otras formas de racionalidad, de validez del conocimiento y formas de vida.[68] Podría afirmar, por ejemplo, que el pensamiento moderno se ha basado no solo en la separación y diferenciación del ser humano y naturaleza (en particularidad la animalidad), sino también en la dominación del humano a la naturaleza. Entre paréntesis hay que decir que, como seres humanos, nunca lo logramos. No podemos comprender ni controlar un tsunami, un terremoto, un huracán ni una erupción volcánica, peor el choque de un meteorito con la Tierra. Tampoco logramos, y esto el psicoanálisis lo demuestra, dejar de ser animales; esta negación nos produce por la represión una profunda y constante neurosis.

Para comprender las implicaciones del reconocimiento de los derechos de la naturaleza, recurriré a la filosofía indígena, que tiene concepciones profundamente liberales y, desde una perspectiva etnocentrista, "irracionales". Mencionaré algunas de sus premisas:

1. La pachamama es una diosa para el mundo indígena.[69] Decir que es un sujeto de derechos es reducir su valor y poner en el mismo plano que el ser humano. El ser humano es parte de la pachamama. Por eso cuando se destruye la naturaleza, también se destruye al ser humano. Esta premisa rompe el principio de igualdad y diferencia.
2. Si la pachamama es una diosa, luego la forma de relacionarse debe ser con respeto, veneración y de forma ritual.[70] Es decir, la racionalidad cede a la espiritualidad. La Gaia, la diosa griega Tierra, que desapareció con la religión judeocristiana, tiene un sentido semejante a la pachamama.

68. Boaventura de Sousa Santos, *Una epistemología del Sur* (México DF: CLACSO / Siglo XXI, 2009).
69. Pacari, "Naturaleza y territorio".
70. Leonardo Boff, *O despertar da águila. O dia-bólico e o sim-bólico na construcao da realidade* (Petropolis: Vozes, 2002).

Esta premisa rompe la lógica laica liberal, que se basa en la ruptura entre religión y estado, esfera privada y pública.

3. La pachamama es un ser vivo,[71] que tiene un ciclo de nacimiento, reproducción y también muerte, pero a la que no se le puede aplicar las nociones de libertad, ciudadanía, autonomía personal, racionalidad tal como la entendemos los humanos. Los principios que podrían ayudar son los de relacionalidad, correspondencia, complementariedad y reciprocidad.[72]
4. El concepto liberal de propiedad pierde absolutamente el sentido. La pachamama no puede dividirse y peor apropiarse. En este sentido, la tierra, al igual que el agua o el aire, no podría ser objeto de apropiación. Sería como parcelar y vender las partes de un cuerpo humano (aunque en el capitalismo global se podría alquilar vientres y vender riñones; como de hecho se embotella y vende el agua). Uno no puede apropiarse de algo que no es apropiable. Lo mismo puede predicarse de la noción de recursos naturales no renovables, que tampoco podrían ser propiedad del estado.
5. La libertad de mercado tampoco sería aplicable. La única justificación para tomar algo de la naturaleza sería la necesidad, tal como lo hace cualquier ser vivo no humano con otros seres que viven en la naturaleza. La necesidad para la sobrevivencia sería el principio que reemplaza a la idea de libertad. ¿Podríamos, por ejemplo, imaginarnos una norma que prohíba la comercialización del agua? ¿Qué pasaría con industrias como la Coca Cola? ¿Y que tal otra norma que restringa la producción de la "sangre de la tierra", el petróleo? ¿Podríamos vivir sin el plástico y sin la gasolina? En esta lógica, y siempre pensando en tomar en serio a la pachamama, ¿cuál es el espacio para la autonomía, las libertades, los derechos? Parecería que todas estas conquistas históricas de la modernidad estarían seriamente restringidas. El enfoque principal sería en las responsabilidades más que en derechos.

En suma, el reconocer a la naturaleza como sujetos de derechos, al menos en Ecuador, nos obliga tanto a extender la comprensión liberal de derechos como

71. Jhon Lawrence, *Gaia. The Growth of an Idea* (London: Penguin Books, 1991).

72. Estermann, *Filosofía andina*.

a romperla, lo cual representa un reto sin precedentes en el constitucionalismo contemporáneo. Pero esto requiere alejarnos de las teorías que hemos aprendido en la Universidad, del Código Civil y de la tradición liberal. Y también requiere que, humildemente, reconozcamos nuestras limitaciones teóricas, y aprendamos de otras ciencias sociales y de otros sujetos, como los indígenas. ¿Vale la pena? Creo que sí y que además es necesario para la sobrevivencia del ser humano en el planeta.

2. El extractivismo es neoesclavismo

Si la naturaleza es sujeto de derechos, ¿qué obligaciones tenemos los seres humanos y el estado? Y, luego, ¿qué implica el extractivismo? Ser sujeto de derechos, como he afirmado, quiere decir que todos los seres humanos y el estado tenemos la obligación de respetarla. El enunciado constitucional no es una declaración de principios o solo palabras. Esto parece no entender el gobierno y muchas personas cuando firman y apoyan un contrato para la explotación minera a cielo abierto en la Cordillera del Cóndor, o cuando autorizan la explotación petrolera en el Parque Nacional Yasuní. El jefe de gobierno insistentemente sostiene que la prioridad es el ser humano y que explotará el petróleo hasta la última gota para combatir la pobreza. Para el gobierno la naturaleza sigue siendo un recurso natural y no un sujeto de derechos. El gobierno tanto en el discurso como al explotar los recursos naturales de forma intensiva está abiertamente violando la Constitución.

Para entender lo que significa haber reconocido los derechos de la naturaleza, quisiera hacer algunas comparaciones históricas con el reconocimiento de derechos de seres humanos que han sido tradicionalmente irrespetados.

Hace muchísimos años, se creía que solo tenían derechos quienes tenían poder político, es decir, quienes gobernaban y podían imponerse mediante la fuerza. Ahora a esos derechos los llamamos privilegios porque la gran mayoría de personas no los tenían. Años más tarde, reclamaron los derechos quienes tenían dinero a quienes tenían la fuerza. Se juntaron, pues, los poderosos políticos y económicos. El resto seguía sin derechos. Tuvieron que pasar muchos años para reconocer los derechos a quienes no tenían poder político ni económico.

Hay dos formas en las que los tradicionalmente poderosos se relacionaron con las personas que no tenían derechos: el esclavismo y la servidumbre.

Los pueblos afrodescendientes fueron considerados cosas u objetos. El derecho que se les aplicaba era el de los bienes y el de los contratos. Las personas afrodescendientes podían ser vendidas, compradas, regaladas, prestadas, igual que cualquier otro bien. Sus dueños disponían de la persona en función de sus necesidades o caprichos. Se transfería la propiedad de los afrodescendientes de la misma manera que se compraba una casa o un terreno. Las personas afrodescendientes no tenían derechos, no podían hacer contratos, se les consideraba tan ignorantes que se tenía la certeza de que no podían tener su libertad. Había que explotarles, tenían que trabajar día y noche, había que cuidarles para que puedan trabajar más y más, y había que tenerlos sometidos. Este sistema se llamó esclavismo y lo vivimos en nuestro país y en todo el mundo.

Los pueblos indígenas también fueron considerados inferiores por quienes gobernaban y tenían el poder. A diferencia de los pueblos afrodescendientes, se les aplicó el sistema que ahora se conoce como servidumbre. Si bien no eran esclavos, eran explotados de tal forma que tenían un sistema de vida parecido. Se les pagaba salarios de miseria, vivían endeudados, no podían escoger el trabajo y tenían que cumplir las órdenes de los dueños de las tierras.

Tuvo que pasar muchos años para que la conciencia de la humanidad reconozca que los afrodescendientes y los indígenas son seres humanos que merecen igual respeto que las personas que tienen poder y gobiernan. Así como los presidentes y los ministros no explotarían a sus parientes cercanos y seres queridos, porque merecen respeto, así no se les puede explotar a los indígenas y afrodescendientes. Los dos sistemas, el esclavismo y la servidumbre, están ahora considerados como graves violaciones a los derechos humanos y son prohibidos en todos los sistemas jurídicos.

En pleno siglo XXI, la Constitución del Ecuador hace un llamado a respetar a un sujeto que está siendo sometido a tratos semejantes a los que fueron sometidos los pueblos afrodescendientes e indígenas: la naturaleza.

La naturaleza en el mundo (no en Ecuador, al menos jurídicamente hablando), al igual que las personas afros e indígenas hace muchos años, es considerada como un bien, disponible por parte de los dueños que la han parcelado, y a la que hay que extraerla hasta la última gota de vida, de tierra fértil, de agua, de minerales, de seres vivos que abriga.

A la naturaleza se le cuantifica por lo que se le puede explotar. Por ejemplo, un pedazo de naturaleza podría costar 1.830 millones de dólares, como antes

el esclavo costaba en función de su salud y su capacidad para el trabajo; o las tierras se vendían con los indígenas y a mayor cantidad de ellos, más cara era la tierra porque producía más. A la naturaleza se le puede abrir un hueco de 250 metros y de diámetro 1,2 kilómetros, como antes se le podía cortar las manos a los esclavos y permitirles que se desangren; el Parque Nacional Yasuní vale por los 19 millones de barriles de petróleo y no por la vida, la biodiversidad o los pueblos en aislamiento. A la naturaleza se le puede privar de 2.030 especies de plantas, 142 de mamíferos, 613 de aves, 9 de reptiles y 56 especies de sapos y ranas 2.030, como antes se podía vender un esclavo y privarle de su familia. A la naturaleza se puede arrojar 326 millones de toneladas de desechos, como antes un cadáver de esclavo era arrojado en fosas comunes.

Todo esto puede pasar cuando no se reconoce a las personas como titulares de derecho o cuando no se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. Esto no debería pasar en Ecuador, porque en el 2008 aprobamos una Constitución que prometió que iba a protegerla; además, el estado está vinculado por las garantías que esta establece.

Es decir, el Legislativo hace leyes para promover los derechos; el Ejecutivo firma contratos y hace planes nacionales de desarrollo para promover los derechos; la Función Judicial y la Corte Constitucional, mediante acciones de protección y acciones de inconstitucionalidad, corrigen al Ejecutivo y al Legislativo cuando violan derechos.

Pero quizá me equivoque y no esté hablando del Ecuador, cuando me entero de que el Legislativo, contra el mandato constitucional, ha aprobado una ley de minería que convierte al país en minero y autoriza la explotación del Parque Nacional Yasuní, el Ejecutivo ha firmado un contrato con una empresa China sobre un proyecto denominado Mirador y ha decidido explotar el Parque Nacional Yasuní y promete cambiar la matriz productiva en base al extractivismo; que una demanda de inconstitucionalidad presentada por los indígenas fue rechazada por la Corte Constitucional y ha hecho que las garantías jurisdiccionales no funcionen.

Quizá me equivoque cuando describí que los millones de dólares, los miles de metros de profundidad y diámetro para explotar minerales y los millones de toneladas de basura por la minería se referían precisamente al Ecuador, al país que prometió constitucionalmente respetar a la naturaleza.

El extractivismo petrolero y ahora minero no es otro cosa que la versión moderna del esclavismo a sujetos que merecen respeto. Esto duele y merece ser denunciado. Como no han funcionado las garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales, no queda otra que ejercer el derecho a la resistencia.

Para nuestra suerte, los pueblos indígenas, y en particular las mujeres amazónicas, siguen enseñándonos lo que debemos hacer: protestar, marchar, defender la vida, buscar otro sistema económico, entender la pachamama y el sumak kawsay. Sin la voz de las indígenas, definitivamente no podremos construir el país que la Constitución de Montecristi dibujó y el estado se encuentra violándola.

Reflexiones finales

Conviene plasmar algunas palabras sobre la utopía de los derechos y también sobre la "lógica" indígena invocada en este ensayo. Toda declaración de derechos constitucionales siempre –y no puede dejar de serlo– debe ser utópica y plantear una realidad que, siendo difícil o hasta imposible de alcanzar, es deseable luchar porque se la consiga. Todos y cada uno de los derechos significan una aspiración y un problema por superar. Si se establece que hay derecho a la nutrición es porque hay niños y niñas desnutridos crónicos; si se reconoce la dimensión positiva del derecho a la vida es porque hay mortalidad infantil; si se establecen los derechos del buen vivir es porque hay un modelo de desarrollo que aplasta e impide el ejercicio de todas las potencialidades del ser humano; si se establece la igualdad material es porque vivimos en una sociedad que perenniza la exclusión. Si se establece los derechos de la naturaleza es que la capa de cemento que nos separa de la tierra no solo nos separa dos centímetros, sino un millón de años luz de lo que realmente somos: tierra o polvo.

Por otro lado, los derechos son siempre una herramienta contra el poder que tenemos, en terminología de Ferrajoli, los más débiles. Desde la lógica del poder, los derechos subvierten el statu quo y se convierten en un arma para eliminar "privilegios fundados en inequitativas relaciones de poder".[73]

Así que no solo son falsas promesas, sino que son instrumentos de lucha y mundos en los que queremos vivir.

73 Melo, "Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana", 53.

Se podrá afirmar, al apelar a la filosofía andina, que estamos idealizando el mundo indígena y que estamos resucitando al "buen salvaje". Pero aun suponiendo que los indígenas andinos están tan aculturizados que lo que se afirma en relación con su concepción de la naturaleza no es cierto, nadie nos quita que la concepción de un indígena precolonial o de unas concepciones que nos pueden ayudar a alcanzar el buen vivir son importantes, por ello debemos rescatarlas o crearlas.

En cuanto a la naturaleza, resumiré un extracto de una novela que para nosotros ha sido muy aleccionadora: *La rebelión de la granja*, y que considero me puede ayudar para cerrar este ensayo.

Una noche el señor Jones, propietario de una granja, cierra el gallinero. Enseguida, alborotados, los animales de la granja se reúnen para escuchar el sueño de un cerdo bonachón y majestuoso, que ha llegado a entender el sentido de la vida. El cerdo, Viejo Mayor, que tiene 12 años ya –nos cuenta George Orwell[74]– siente la necesidad de contar un sueño extraño a todos los animales de la granja. Pero antes, Mayor hace algunas preguntas que despiertan la conciencia de los animales. ¿Cuál es la realidad de nuestras vidas? Las gallinas tienen huevos que no son destinados a ser gallinas, sino a ser vendidos en el mercado; las vacas tienen leche que no es para robustecer a sus terneros, sino para que se tomen los humanos; los cerdos son engordados para ser muertos y comidos, los caballos sirven para transportar, los perros para cuidar... nadie es dueño de su vida y de su libertad. ¿Esta realidad forma parte del orden natural? No, mil veces no, insiste el cerdo Mayor. ¿Por qué continuar en esta mísera condición?

El ser humano arrebata todo, consume sin producir, da lo mínimo, acumula sin compartir. El cerdo enuncia su sueño que es una vida donde cada animal sea dueño de su piel, de su trabajo, de su libertad, de su vida y hasta de su muerte. Todos se consideran iguales y comparables. Y comienza la rebelión de la granja por la dignidad.

La lectura de este cuento, que puede ser metáfora de las relaciones entre seres humanos o patéticamente real cuando uno aplica a las formas de relacionamiento entre los seres humanos y otros seres vivos no humanos incluidos, por supuesto, la naturaleza, nos habla de una forma de interactuar que no es adecuada y que provoca justificadamente una rebelión.

74. George Orwell, *La rebelión de la granja*, 2a. ed. (Madrid: Mestas, 2004), 25-33.

La naturaleza, de alguna manera, se está rebelando. El calentamiento global y las consecuencias en la vida humana es una de sus manifestaciones. A diario leemos noticias que nos hablan de desequilibrios ecológicos. Por un lado, hay unas terribles sequías y seres que se mueren por no tener agua ni alimentos; por el otro, hay unas terribles inundaciones y seres que también se mueren, en cambio, por tener demasiada agua y no tener vivienda ni medios de subsistencia por las inundaciones. ¿Será que el ser humano no ha sido capaz de comprender la rebelión de la granja y de la naturaleza? Cuando uno lee sobre los grandes foros económicos mundiales y sus resoluciones, la primera reacción es pensar que no somos aún sensibles ante estos problemas humanos. Pero también cuando miramos y aprendemos sobre la lucha que muchos movimientos sociales realizan para denunciar y promover una relación más armónica con la naturaleza, no podemos sino tener la esperanza firme de que las cosas pueden cambiar.

El derecho a la naturaleza establecido en la Constitución del Ecuador es, al mismo tiempo, un hito en una lucha de movimientos sociales y un comienzo. Los derechos al final siempre son armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él. Pero el derecho, como las garantías jurídicas, no es suficiente. Estas conquistas jurídicas se nutren de las luchas y de los movimientos sociales. También los grandes cambios se nutren y requieren "esfuerzos audaces y mentes abiertas".[75] Se ha demostrado históricamente que los poderosos nunca han cedido sus privilegios de forma voluntaria, sino que lo han hecho gracias a la lucha y a la presión de la gente.[76] Esa lucha en Ecuador tiene múltiples caras y organizaciones, muchas de ellas que ni siquiera conocemos; sin embargo, quiero dedicar este pequeño esfuerzo académico a Alberto Acosta y a Esperanza Martínez, quienes de alguna manera tuvieron el merecido honor, después de haberlo pregonado en Ecuador muchos años antes, de impulsar su reconocimiento constitucional.

75. Acosta, "Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces", 15.

76. Véase Gerardo Pissarello, "Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel", en *Los derechos sociales y sus garantías para una reconstrucción* (Madrid: Trotta, 2007), 111.

La interculturalidad y el derecho
¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?

SUMARIO

Introducción. **I.** La interculturalidad. **1.** La interculturalidad en la Constitución de Montecristi. **2.** El sentido histórico y político de la interculturalidad. **2.1.** El reconocimiento de la diversidad y de la colonialidad. **a.** La monoculturalidad y la diversidad. **b.** El reconocimiento de la colonialidad. **2.2.** El aprendizaje intercultural. **2.3.** La transformación de la realidad. **II.** El mecanismo sancionatorio de la justicia penal estatal: la cárcel. **III.** La justicia "penal" indígena en clave intercultural. **a.** El estado no interviene. **b.** La conciliación y la purificación. **c.** La reparación. **d.** La privación de libertad en el mundo indígena. **IV.** Los retos de la interculturalidad en el ámbito legal: aprender de la cultura históricamente subordinada.

Introducción

Estamos en tiempos de interculturalidad. La justificación para esta afirmación, de forma fácil pero contundente desde una perspectiva jurídica, la encontramos en la Constitución ecuatoriana del año 2008. También podemos encontrarla en la realidad: somos diversos y existen varias culturas en nuestro país. El reconocimiento jurídico de la diversidad y de interculturalidad, plantean obligaciones poco comprendidas y asumidas y muchos retos. En este ensayo, por razones de

"deformación" profesional, plantearé la cuestión de la interculturalidad en relación con el derecho penal.

El derecho tradicionalmente ha mirado al "norte" para inspirarse, nutrirse, consolidarse, reformarse y renovarse. La interculturalidad exige, desde nuestra perspectiva, hacer lo mismo pero desde nuestras raíces y desde abajo, en todas las áreas de la vida social y de las interrelaciones humanas y naturales. Desde nuestras raíces implica reconstruir una utopía propia, prehispánica y que se torna anticapitalista. Desde abajo quiere decir desde los movimientos sociales y no desde las propuestas de las instancias globales como el Banco Mundial o desde el poder estatal. A esta forma de entender la interculturalidad la denominaré, siguiendo a Walsh, "crítica", que esta encaminada a emancipar, a resistir y combatir todo poder que oprima o subordine, y a transformar, reinventar y rehacer la sociedad y al estado.[1]

Lo que me interesa por el momento, y para este ensayo, es la materia penal, ahora que nos imponen discursos y propuestas punitivistas, sentimientos de inseguridad ciudadana, usos intensivos del sistema penal del estado, reformas a la administración estatal de justicia y cambios integrales a los códigos penales, procesales penales y de ejecución de penas encaminados a conseguir más sentencias, aumentar las penas y a utilizar la cárcel como forma única de resolución de conflictos sociales graves.

En este contexto de reformas normativas y de interculturalidad, ¿debe mirarse al derecho indígena para aprender e inspirarse para una reforma penal estatal? ¿Hay algo que el derecho indígena pueda enseñar al derecho estatal? Las mismas preguntas podríamos hacernos, en un país que reconoce la pluralidad jurídica, de las comunidades afrodescendientes, que no abordamos simplemente por no tener información y no porque no tengan algo que enseñar y compartir.

Para responder estas preguntas, dividiré a este ensayo en tres partes. La primera tiene relación con las justificaciones para recurrir a la interculturalidad como principio fundamental en la construcción del estado y del derecho. La segunda parte hace relación con un aspecto central del derecho penal occidental que ha sido un fracaso total y que merece ser repensado y reformulado: la cárcel. La tercera parte describe, a partir de algunas investigaciones realizadas en Ecuador y

1. Catherine Walsh, "Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico", ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, organizado por la Procuraduría del Estado y el Ministerio de Justicia, Brasilia (13 y 14 abril de 2010), 5.

Perú, ciertos rasgos de la justicia indígena y reflexiona sobre el sentido del encierro desde la perspectiva indígena.

Finalmente, como conclusiones, se enumeran algunos aprendizajes que el derecho estatal puede recibir de la justicia indígena.

I. La interculturalidad

1. La interculturalidad en la Constitución de Montecristi

La interculturalidad atraviesa toda la Constitución de Montecristi, desde el preámbulo, pasando por el Art. 1, que define y caracteriza a la Constitución y al estado, y regulando instituciones específicas a lo largo del texto normativo. Es decir, la interculturalidad es un rasgo fundamental del estado y del derecho en Ecuador.

El preámbulo tiene cinco considerandos, todos ellos se relacionan de forma directa con la interculturalidad. El primero reconoce nuestras raíces milenarias y ya no solo nuestro saber occidental, cuyos orígenes se remontan a épocas anteriores a la conquista española. El segundo celebra la pachamama, de la que somos parte vital para nuestra existencia, recoge nuestras más profundas creencias prehispánicas, y ya no solo nuestra religiosidad cristiana. El tercero invoca a Dios y reconoce diversas formas de religiosidad y espiritualidad, y ya no solo nos encasilla en que somos una población mayoritariamente católica. El cuarto apela a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, y ya no solo a la cultura dominante que sin las otras nos empobrece como sociedad. El último considerando apela a las luchas de liberación frente a toda forma de dominación y colonialismo, y nos invita a ser críticos con toda nuestra historia, realidad y futuro. Ninguno de los cinco considerandos, que justifican la expedición de una nueva Constitución, se podría entender sin la interculturalidad.

Si alguien se atreviera a negar el valor jurídico del Preámbulo, y no dudo que debe haber más de una persona que lo haga, entonces debemos acudir al texto de la Constitución. El Art. 1 de la Constitución –a la luz del cual debe leerse toda la Constitución, y cada uno de los artículos debe ser leído en concordancia con esta norma– establece que el Ecuador es un estado intercultural.

La interculturalidad, como dirían algunos planificadores, es un eje transversal de toda la Constitución, que debería tener impacto en la organización del estado, en el sistema jurídico y en su aplicación: aparece cuando regula sobre los idiomas para una relación intercultural (Art. 2), el derecho a la comunicación debe ser ejercido de forma intercultural (Art. 16), la educación debe ser intercultural (Art. 27) y debe promover el diálogo intercultural (Art. 28), las prestaciones de salud deben regirse por la interculturalidad (Art. 30), se considera un derecho colectivo la educación intercultural bilingüe (Art. 57.14), es una responsabilidad de toda persona o grupo titular de derechos promover las relaciones interculturales (Art. 83.10), la participación en democracia debe orientarse por el principio de interculturalidad (Art. 95), los consejos de igualdad deben ejercer sus atribuciones relacionadas con la interculturalidad (Art. 156), la Función Electoral se rige por el principio de interculturalidad (Art. 217), las políticas integrales en los cantones fronterizos deben precautelar la interculturalidad (Art. 249), las circunscripciones territoriales indígenas y afrodescendientes se rigen por el principio de interculturalidad (Art. 257), el buen vivir requiere del goce de derechos y el ejercicio de responsabilidades en el marco de la interculturalidad (Art. 275), el sistema nacional de inclusión y equidad social se guía por el principio de interculturalidad (Art. 340), el sistema nacional de educación integrará una visión intercultural (Art. 343), el estado garantizará el sistema de educación intercultural bilingüe (Art. 347.9), el sistema nacional de salud se guiará por el principio de interculturalidad (Art. 358), las políticas de hábitat y vivienda se elaborarán a partir del principio de interculturalidad (Art. 375.3), el sistema nacional de cultura respetará el principio de interculturalidad (Art. 378), las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional promueven la construcción de un mundo justo e intercultural (Art. 416.10), la integración promueve y protege el ejercicio de la interculturalidad (Art. 423.4).

Jurídicamente, no hay discusión: la interculturalidad es un mandato normativo. Debería suceder, desde el más rancio formalismo jurídico, que los abogados y abogadas hagamos al menos un análisis semántico de las normas jurídicas que establecen la interculturalidad, bajo el principio positivista de la mera legalidad y de la neutralidad, que implica que el derecho es el que está vigente y que debe aplicárselo sin cuestionamientos. Pero el derecho tradicional se encuentra, como siempre, ocupado en mantener el statu quo, estudiar el derecho privado y "matar con la indiferencia" las normas jurídicas con potencial emancipador.

Como debería suceder con el derecho, no debemos quedarnos en los textos normativos y debemos mirar la realidad para entender el sentido de las normas. Si se entiende el sentido de la norma en otros contextos, como el social, político, histórico, su aplicación se torna más fácil. El imperativo normativo, cuando se acepta el precepto, se torna efectivo. La interculturalidad nos enriquece como cultura y como sociedad y, por ello, conviene desentrañar las consecuencias jurídicas de su reconocimiento.

2. El sentido histórico y político de la interculturalidad

Cuando la Constitución de 2008 establece que el Ecuador se organizará mediante un estado intercultural, está expresando con claridad tres ideas. 1. La una, constatación de una realidad, que reconoce que en Ecuador existen culturas distintas a la hegemónica: somos heterogéneos en Ecuador y también reconoce que existe colonialidad. 2. La otra, una aspiración, que todas las culturas tengan la posibilidad de desarrollar al máximo sus potencialidades y poder compartir y aprender de otras culturas: "hay que realizar los cambios que permitan una relación de equidad entre los grupos que la componen".[2] 3. Finalmente, la idea de transformar, que implica desterrar y superar el colonialismo de la cultura hegemónica. Veamos someramente cada una de estas ideas fuerza.

2.1. El reconocimiento de la diversidad y de la colonialidad

a) La monoculturalidad y la diversidad

La historia de nuestro país –de igual modo la de nuestra región e incluso del mundo, ahora acentuado con la globalización– se caracteriza por el predominio y hasta la imposición de una sola cultura hegemónica, con pretensiones de universalidad. La cultura hegemónica invisibiliza y hasta destruye las otras culturas existentes en un mismo espacio y tiempo. Los espacios que han usado quienes detentan la cultura hegemónica han sido varios, tanto en el ámbito público como privado, que en su momento han sido magistralmente expuestos

2. Enrique Ayala Mora, *Interculturalidad camino para el Ecuador* (Quito: UASB-E / FENOCIN, 2011), 57.

por Foucault mediante su teoría del disciplinamiento:[3] la familia, la iglesia, la escuela, el hospital, la cárcel, entre otras, son espacios en los que las personas se estandarizan o uniforman en todas sus manifestaciones.

La sociedad y el estado promueven sutilmente una forma de vida y una manifestación cultural. El modelo ideal de ser humano es una persona heterosexual, rodeada de una familia nuclear, que vive para satisfacer sus necesidades materiales por medio del consumo, con religión judeocristiana, mestiza, patriarcal, individualista, urbana, profesional, propietaria y apolítica. Alrededor de este imaginario (reconozco que bastante simplificado) gira la institucionalidad pública y privada.

Veamos, ejemplificativamente, formas de transmisión de estos valores. Lo patriarcal comienza muy temprano en la vida, incluso antes del nacimiento, y se manifiesta en los colores que identifican los sexos: el rosado para las mujeres, que estarán condenadas a la delicadeza y a la maternidad, y el azul para los hombres, que se dedicarán a juegos y a procesos de crecimiento más violentos. En lo económico, no habrá un solo programa de televisión que no tenga propaganda explícita o sutil que sugiera que la felicidad se consigue adquiriendo y comprando bienes que no son útiles ni saludables, como artículos de belleza o bebidas llenas de azúcar y colorante.[4]

En lo religioso, la mayoría cristiana se hará sentir en cada festejo escolar y en cada reunión familiar. En el desarrollo de la personalidad, la moda no dejará lugar a elección ni siquiera en la forma de vestirse ni de transportarse, las opciones de ocio y turismo, el libro que se lee, el programa que se ve, la ropa que se viste, las opiniones que se tienen, los amigos que se escogen, los lugares que se visitan y la comida con la que nos alimentamos, las ideas que se piensan y hasta el lugar y la forma de morir... y así podríamos ver, en todos los ámbitos de la vida, una tendencia a uniformarnos.

---

3. Véase, por ejemplo, en el ámbito de la sexualidad su *Historia de la sexualidad,* en tres tomos, en el ámbito médico: *El nacimiento de la clínica: una arqueología de la mirada médica*; en el ámbito penal-estatal: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*; en el ámbito lingüístico: *Arqueología del saber*, en el ámbito psiquiátrico: *Historia de la locura en la época clásica.*

4. "Lo que resulta cada día más evidente es que una crítica así resulta incapaz de distinguir la necesaria, la indispensable denuncia de la complicidad de la televisión con las manipulaciones del poder y los más sórdidos intereses mercantiles –que secuestran las posibilidades democratizadoras de las información y de la creatividad cultural imponiendo la banalidad y mediocridad rampante en la inmensa mayoría de la programación..." Jesús Martín-Barbero, *La educación desde la comunicación* (Argentina: Editorial Norma, 2002), 50.

Por supuesto que tenemos la ilusión de ser "libres" y de poder escoger alternativas distintas a la cultura dominante, y efectivamente muchos lo hacen. La cultura admite un grado tolerable de disenso, que Echeverría llama "momentos extraordinarios en el límite",[5] que lo que hace es confirmar la regla de la cultura dominante.

El peor rasgo de una sociedad que promueve lo monocultural es que la forma de manifestar la subordinación o invisibilización de las otras culturas es mediante la discriminación: cuando la cultura diversa tiene que ver con lo indígena o lo afrodescendiente, el racismo se manifiesta; si es con el extranjero, la xenofobia; si es con la opción sexual, la homofobia; y así con cada una de las categorías por las que no se puede diferenciar para impedir o restringir el ejercicio de derechos.[6]

Lo cierto es que, afortunadamente, existen culturas distintas a la hegemónica que, en un estado y una sociedad que no las reconocen, resisten. Las más evidentes son las que viven las personas y colectividades indígenas y afrodescendientes: 13 nacionalidades, 14 pueblos indígenas,[7] a los que habría que añadir a los afrodescendientes y a los montubios. Estas, y otros grupos sociales que manifiestan culturas distintas a las hegemónicas, como aquellos de otra nacionalidad están actualmente subordinadas y, en este punto, conviene analizar el colonialismo que, según el preámbulo de la Constitución, para luchar contra el él y liberarnos.

b) El reconocimiento de la colonialidad

La colonialidad no es una etapa histórica superada en el siglo XIX ni tampoco es mecanismo estatal de dominio de un estado a otro. La colonialidad es una realidad actual y se produce desde cualquier ámbito de poder. La colonialidad[8] es un mecanismo por medio del cual una cultura, un grupo humano, domina

5. Cuando estos momentos extraordinarios son colectivos se está ante una revolución o ante la barbarie. Véase Bolívar Echeverría, *Definición de la cultura*, 2a. ed. (México DF: Fondo de Cultura Económica / Itaca, 2010), 155.

6. *CRE*, art. 11 (2).

7. Datos tomados del Codenpe, citados por Raúl Llasag, "Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria", en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 351-55.

8. Véase sobre el tema Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad*.; Aníbal Quijano, "Colonialidad del poder y clasificación social", en *Journal* of World Systems Research, 6, No. 2, Special Issue: Feschist for Immanuel Wallerstein, Part I (Summer/Fall 2000), 342-86, ‹http://cisoupr.net/documents/jwsr-v6n2-quijano.pdf› (consulta: enero 2011).

a otro y lo despoja de todas sus potencialidades, de su historia, de su cultura, de su identidad. La colonialidad es un ejercicio de poder, que opera mediante múltiples mecanismos, que podrían sintetizarse en tres: 1. la diferenciación, 2. la jerarquización y 3. la dominación.

1. La diferenciación. La cultura occidental se basa en el establecimiento de dualismos y en la clasificación como forma de conocer el mundo. Para muestra, el postulado básico de la lógica simbólica: *q* y *no q*. De este postulado, se desprende el principio de identidad y el tercero excluyente: todo lo que no soy *yo*, es *otro*.
   Este primer paso, antes de dominar y como ejercicio del poder, consiste en establecer diferencias y clasificar: norte/sur, hombre/mujer, desarrollado/subdesarrollado, racional/emocional, intelectual/manual, urbano/rural, clase alta/baja, primer/último quintil, bueno/malo, caro/barato... La diferencia y la clasificación por esencia dividen, rompen, compartimentalizan la realidad. Los criterios para la diferenciación siempre son arbitrarios y terminan siendo funcionales al poder.
   Quien tiene el poder de clasificar, normalmente define y singulariza. Desde el género, por ejemplo, los hombres nos hemos diferenciado de las mujeres y hemos establecidos las características de cada uno.[9]

2. La jerarquización. La jerarquización implica una valoración que tendrá efectos posteriores en el ejercicio de derechos. Normalmente los dualismos van aparejados a la jerarquización. Los dualismos dividen al mundo y ponen a unos sobre otros. Las características de unos son positivas y merecen la pena desatacarlas, y las de los otros son negativas y hay que eliminarlas o invisibilizarlas.
   Así, por ejemplo, siguiendo con el género, que opera mediante la patriarcalización de las relaciones humanas, que es una forma potente y cotidiana de colonización, todas las características que se le atribuyen al hombre, las masculinas, son positivas, buenas, superiores, tales como la racionalidad, la actividad, la abstracción, la generalidad, el poder...; en cambio, las supuestas características esenciales de las mujeres, lo femenino, son negativas,

9. Frances Olsen, "El sexo del derecho", en Ávila Santamaría, Salgado y Valladares, comp., *El género*, 139.

malas, inferiores, tales como la sensibilidad, la pasividad, lo concreto, lo natural, lo particular, lo subjetivo...

Esto podemos visualizar en cada esfera de la vida. En lo laboral, se remunera con más dinero el trabajo racional, con menos el manual y con nada el dedicado al cuidado; en lo social, todos tienen que huir de la pobreza y aspirar a ser ricos; en lo espacial, se valora más lo urbano que lo rural; y así podríamos seguir con toda relación humana.

3. La consecuencia final es la dominación. Unos ejercen poder sobre otros de manera efectiva. Unos toman decisiones por otros. Unos son meros medios y sus fines son indiferentes y están destinados a cumplir los fines de otros. La dominación se ejerce por medio del disciplinamiento y del control. Por el disciplinamiento, las personas sutilmente cumplen con los roles predeterminados, sin ningún tipo de cuestionamiento y sacrificando sus libertades. Por el control, se utilizan mecanismos directos, como la coacción y la represión. La coacción se produce por mecanismos jurídicos que obligan a cumplir la voluntad de otro; la represión es el uso más violento de la coacción, que es el mecanismo penal: policía, prisión, condena, cárcel.

   La coincidencia de estos tres elementos produce la colonización. La colonización impide el ejercicio de derechos de un grupo humano, que se halla sometido a quienes tienen el control hegemónico de los mecanismos de poder: clasificar, jerarquizar y dominar.

   La interculturalidad es el reconocimiento de la realidad: nuestras sociedades son diversas y coloniales. Hay heterogeneidad y en esa diferencia unos oprimen a otros. Esta es la primera consecuencia del reconocimiento de la interculturalidad. La otra consecuencia es que, una vez reconocidas otras culturas en un mismo espacio territorial, estas tienen que relacionarse de forma horizontal.

2.2. El aprendizaje intercultural

El llamado del estado intercultural no es cambiar de una cultura hegemónica a otra ni tampoco de ser simplemente multiculturales. No se trata de que las culturas hoy subordinadas sean hegemónicas. Más de una vez he escuchado que

eso es lo que se pretende cuando la Constitución ha reconocido como un valor importante el sumak kawsay. Nunca se ha pensado, desde la perspectiva opuesta, cuando desde la primera Constitución se estableció que para tener representación política se debía ser ciudadano, que efectivamente fue una imposición occidental europea excluyente. El sumak kawsay es un valor y una forma de entender la vida que, bien comprendido, sin duda puede ser compartido por cualquier persona o colectividad. Así como la dignidad es un valor occidental que merece ser difundido y valorado, muchos valores que son promovidos por los movimientos indígenas tienen el mismo potencial.

La interculturalidad no es multiculturalidad. Como bien lo distingue Walsh,[10] la multiculturalidad es un término descriptivo, que hace referencia la existencia de varias culturas en una unidad territorial y que muchas veces conviven involuntariamente, como los inmigrantes. La noción de multiculturalidad es indiferente al tratamiento político de los grupos diversos y hasta permite y mantiene la colonialidad. Caben en un estado multicultural la promoción de una cultura hegemónica o la segregación de una cultura subordinada. Además, el término obvia la noción relacional: "oculta la permanencia de las desigualdades e iniquidades sociales que no permiten a todos los grupos relacionarse con equidad y participar activamente en la sociedad, dejando así intactas las estructuras e instituciones que privilegian a unos en relación a otros."[11] A esta forma de entender la interculturalidad Tubino la llamó "interculturalidad funcional".[12]

La interculturalidad significa "el contacto e intercambio *entre culturas* en términos equitativos; en condiciones de igualdad".[13] Toda cultura es una dimensión de la vida humana que se reproduce a sí misma.[14] No existen mejores culturas o una "alta cultura" y otra "baja", que por lo demás esta distinción no es otra cosa que el reflejo de sociedades jerarquizadas y con una fuerte presencia de una cultura hegemónica.[15] Toda cultura es susceptible de cambiar, mejorar y perfeccionarse, en el sentido de que puede ofrecer mejores posibilidades para un

10. Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad,* 42.
11. Ibíd., 43.
12. Fidel Tubino, "La interculturalidad crítica como proyecto ético-político", citado por Walsh, "Interculturalidad crítica", 7.
13. Walsh, *Interculturalidad crítica y pluralismo*, 41.
14. Echeverría, *Definición de la cultura*, 165.
15. Ibíd., 170.

"buen vivir". Esta "evolución" puede darse por autocrítica pero, sobremanera, por aprendizaje de otras culturas.

Más adelante, cuando analice el aprendizaje que podría producirse de parte del derecho estatal si dialogara en términos de igualdad con otras culturas, veremos el aspecto dialogal de la interculturalidad.

2.3. La transformación de la realidad

Reconocida la diversidad de culturas y la colonialidad, establecida la necesidad de relaciones horizontales entre las culturas, el siguiente paso es "sacarse las máscaras y tirarlas". Esto es mirarnos de frente y sin prejuicios. ¿Qué es lo que desenmascaramos? Sin duda veríamos, por la opresión, la cara de la colonialidad: dolor, sufrimiento, marginación, exclusión, violencia, discriminación. Una mirada franca y directa no toleraría que dos culturas, dos actores, sean tan diferentes y que la diferencia sea el podio de uno y el fracaso del otro.

En este punto, se eliminarían o se tomarían todas las acciones para combatir los mecanismos de colonización: 1. armonizar, 2. desjerarquizar y 3. cooperar.

1. La armonía significa la convivencia de varias características en una sola esencia. De esta forma se evitan los dualismos. Para el pensamiento occidental, por ejemplo, naturaleza no es lo mismo que ser humano; este tiene el mandato de dominar y distinguirse; el ser humano no es animal y vive sobre el mundo. En cambio, para el pensamiento andino, el ser humano es parte de la naturaleza, el ser humano es animal ni mejor ni superior a otros seres vivos, por tanto es uno y varios. En la lógica simbólica andina, *q* es *no q*; los hombres somos también mujeres, los ricos son pobres, lo bueno tiene su lado malo y todo viceversa.

2. La eliminación de la jerarquización implica la revalorización de toda manifestación de los seres vivos y de las culturas. Es tan importante, ni más ni menos, las labores de cuidado y reproducción como las de producción; el trabajo manual y el intelectual; lo rural y lo urbano... todos nos necesitamos y todos somos importantes.

3. Las relaciones opuestas a la dominación son aquellas que se basan en la solidaridad y en el principio de igualdad sustancial. La dominación se basa en la competencia y en el individualismo. Considera que la vida es como una carrera donde solo los mejores y los más fuertes llegarán a la meta. Este el sistema capitalista. En cambio, una organización social y unas relaciones humanas basadas en la solidaridad, se basan en el reconocimiento de que sin los otros no se puede desarrollar al máximo las potencialidades de un individuo o colectividad, y que los seres que comparten o colaboran son los que más resisten. La vida no es una carrera sino un camino en el que no hay metas fijas ni predeterminadas. Este es el sistema del Buen Vivir.

Combatiendo todas las formas como se ejerce el poder de dominación, se descoloniza una sociedad y se permite "la transformación y la construcción de condiciones de estar, ser, pensar, conocer, aprender, sentir, y vivir distintas".[16]

II. El mecanismo sancionatorio de la justicia penal estatal: la cárcel

Miremos y contrastemos, desde la lógica de la interculturalidad, como lo hemos entendido, dos realidades. Por un lado, el mecanismo sancionatorio de la justicia estatal, que se centra en el uso de la cárcel y en el encierro como solución única. La otra realidad es la justicia indígena. En esta parte me permito, por considerar pertinente, utilizar un texto que ha sido publicado en mi libro *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal.*[17] En un libro testimonial, un ciudadano francés al describir su primer día en la cárcel, manifiesta que penetró en la "antesala del infierno". La primera sensación que tuvo fue un olor repulsivo y unos ruidos atemorizantes. "Las imágenes que desfilan delante de mis ojos me cortan el aliento. Múltiples brazos se balancean ante las rejas de las puertas, los detenidos están con los torsos desnudos y parecen buscar el poco aire que pasa por estos delgados marcos. A pesar de la oscuridad, distingo la estrechez de las celdas en que está amontonado

16. Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad*, 6.

17. Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Edic. Legales / UASB-E, 2013), 138-44.

un número incalculable de personas, de pie, pegados unos contra otros. El calor es sofocante; el olor, insostenible. El pánico y el miedo me paralizan...".[18]

En el encierro se producen múltiples situaciones que conllevan profundas y reiteradas violaciones a los derechos humanos. Las más comunes son el hacinamiento, la violencia institucional contra el privado de libertad que produce muerte, tortura y tratos crueles e inhumanos, la falta de servicios públicos y condiciones de vida que degradan la dignidad del ser humano privado de libertad.

1. El hacinamiento

Basado en información proveniente de 28 países de América Latina y el Caribe, Elías Carranza concluye que la población penitenciaria viene creciendo de forma acelerada y que hay un uso generalizado de la prisión dentro del sistema penal.[19] Los niveles de sobrepoblación son mayores que el 120%, por lo que conviene calificar a la situación de gravísima.[20]

El hacinamiento, entendido como la existencia de más de una persona donde hay espacio solo para una, se agrava si se considera la falta de recursos humanos y también financieros. Han aumentado los presos, pero no el personal administrativo y peor la adecuación física.[21] Un dato que genera más decepción, es que la mayoría de las personas privadas de libertad no están cumpliendo condena sino que, bajo la presunción de inocencia, están encerradas mientras están siendo procesadas.[22]

Para graficar esta situación, según informe de un juez de ejecución de penas en Costa Rica, "el hacinamiento es terrible, por lo que los privados de libertad en ocasiones deben dormir encima y a la par de los servicios sanitarios, en los baños o en el suelo, sin cama; se producen robos de ropa y dinero, ultrajan y violan a los privados de libertad que recién ingresan, se vende droga, se matan, hieren y

18. Gilbert Dufour, *Sospechas en Ecuador: Infernal injusticia* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 74.
19. Elías Carranza, "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe", en Elías Carranza, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: Respuestas posibles* (México DF: Siglo XXI / ILANUD, 2007), 13.
20. Ibíd., 20.
21. Luis Paulino Mora, "Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos: La experiencia constitucional", en Carranza, coord., *Justicia penal*, 59.
22. Carranza, "Sobrepoblación penitenciaria", 28.

amenazan personas para que paguen protección, hay humedad en todo el Centro, la atención médica no es la adecuada ni alcanza para toda la población..."[23]

De igual modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su visita *in loco* a las cárceles de Jamaica, constató que "el problema de hacinamiento es aún más crítico en las celdas de detención policial, donde las personas arrestadas son encerradas junto con personas en detención preventiva en espacios completamente inadecuados... los detenidos se amontonan en celdas oscuras, sin ventilación y sucias... los detenidos viven en medio de la basura y la orina, sin consideración alguna por su dignidad..."[24]

En cada uno de los informes que la CIDH ha realizado a países de la región, existe un acápite sobre las personas privadas de libertad, y las constataciones realizadas en Jamaica son semejantes a las del resto de países de la región.

2. La violencia institucional

Hay muchas formas de manifestación de la violencia, por omisión y acción de las autoridades encargadas de proteger derechos dentro de las cárceles. La más dramática es la muerte por falta de prevención o por ejecuciones dentro del encierro.

Ilanud sostiene que las muertes por homicidio al interior de las cárceles son 25 veces más altas que la vida en libertad.[25] Muchas de esas muertes se producen entre compañeros por falta de prevención de parte de los guardias y otras por masacres propiciadas por el mismo estado. Así, por ejemplo, en el 2004 en la cárcel de Urso Branco, Brasil, murieron 9 personas y 160 fueron retenidas como rehenes; en el 2004, en el penal La Esperanza, El Salvador, murieron 30 personas y 23 fueron heridas; en el 2005, en la cárcel de Higüey, República Dominicana, murieron 100 personas; en el 2005, en la cárcel de Escuintla, Guatemala, 30 personas murieron y 80 fueron heridas; en el 2005, en la Penitenciaria de Magdalena, Argentina, murieron 32 personas por asfixia; en la cárcel de Uribana, en el 2007, Venezuela, murieron 16 personas y quedaron heridas 13...[26]

23. Mora, "Sobrepoblación penitenciaria", 68.
24. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comunicado de prensa 59/08, 2008.
25. Mauricio Benito Durá, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica: Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas* (Valencia: Tirant lo blanch, 2009), 199.
26. Durá, *Sistemas penitenciarios,* 200.

En las sentencias y resoluciones de los organismos internacionales de derechos humanos también se refleja y registra esta realidad, como muestra válida y evidente del funcionamiento inhumano de los sistemas penales. Así, por ejemplo, se mencionan las condiciones de vida en algunos casos. En el caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que murieron 42 internos, hirieron a 175, se afirma que 322 personas internas sufrieron tratos crueles, inhumanos y degradantes, tales como abusos sexuales a mujeres, "hacinamiento, aislamientos en celdas reducidas con falta de ventilación y luz natural, sin lecho para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, y la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas..."[27]

Creo que un caso que sintetiza y refleja la situación calamitosa de nuestras cárceles, que además ha sido construido en base a datos oficiales y periciales, es el conocido por la Corte Interamericana como el "Caso del Instituto de Reeducación del Menor", denominado "Panchito López", ubicado en Paraguay.

En este caso se consideró como hechos demostrados los siguientes: las personas estaban encerradas en un lugar destinado a ser casa de habitación y por tanto no tenía infraestructura adecuada; sus internos eran niños de sectores marginados; con una sobrepoblación del 50%, las celdas eran insalubres con escasas instalaciones higiénicas. Los internos estaban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no contaban con una atención médica acorde con sus necesidades especiales. Los internos contaban con pocas oportunidades de hacer ejercicio o de participar en actividades recreativas. Muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, con lo cual se vieron obligados a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros, o compartir camas y colchones; esta situación facilitó para que hubiera abusos sexuales entre los internos y riñas y peleas. Los programas ofrecidos sufrían serias deficiencias, ya que no contaban con un número adecuado de maestros ni con recursos suficientes.

Los guardias del Instituto recurrieron frecuentemente al uso de castigos violentos y crueles con el propósito de imponer disciplina en la población de internos; como métodos de castigo se utilizaron aislamiento, palizas, torturas,

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Penal Miguel Castro contra Perú, 2006, párr. 315.

y traslados a cárceles de adultos; además, los guardias vendían sustancias estupefacientes a los internos... los internos fueron sometidos a sufrimiento diario y, por tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos. En la última década se produjeron enfrentamientos con los guardias y varios incendios. Hubo varias muertes y múltiples heridos...[28]

3. La falta de servicios públicos

Una de las consecuencias obvias del hacinamiento, es la obstaculización del normal desempeño de las funciones de cualquier sistema penitenciario, tales como: salud, el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, el régimen de visitas, la educación, el trabajo, la recreación y la visita íntima.[29]

Por mencionar algunos datos, la incidencia de enfermedades prevenibles, como la tuberculosis o el sida, han adquirido en algunos centros penitenciarios proporciones de epidemia. "Por ello, las causas más frecuentes de muerte en nuestras cárceles son aún las enfermedades transmisibles y las patologías y lesiones que podrían prevenirse y curarse, respectivamente, de existir suficientes medios y adecuada infraestructura sanitaria y acceso a una pronta, adecuada y eficiente atención médica".[30]

Los baños suelen tener un mal estado estructural. "Los internos llegan a utilizar bolsas plásticas y otros envases para depositar sus materias fecales".[31] Los drenajes de las aguas servidas tampoco son funcionales.[32] La alimentación es escasa y deficiente, mal preservada y preparada. El presupuesto para alimentación varía entre 0,58 centavos de dólar y 1 dólar. El acceso al agua potable no es permanente ni óptimo. En algunos casos el agua es contaminada.[33]

---

28. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay, 2004, párr. 134.
29. Carranza, "Sobrepoblación penitenciaria", 22-3; Alejandra Ramm, *Imputados. Primerizos y reincidentes: un registro testimonial* (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2005), 58.
30. Morris Tidball-Binz, "Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria: Un problema de todos", en Carranza, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, 49.
31. Durá, *Sistemas penitenciarios*, 217.
32. Dufour, *Sospechas en Ecuador*, 169.
33. Durá, *Sistemas penintenciarios*, 218.

En cuanto a la educación, la ofrecida por los centros penitenciarios es considerada de mala calidad: escolaridad plagada de "desenganches" (separación de contenidos con la realidad de las personas), conflictividad, repitencias reiteradas, desconexión de la realidad. Además, se presentan expulsiones del sistema por indisciplina, repitencias, abandono, formación deficiente y elemental. "Si la educación y la escuela no pueden operar debidamente es obvio que las habilidades y destrezas para el desarrollo social y personal, en el proceso de socialización, son casi nulas y potencian el deterioro de los vínculos familiares, el poco valor de la vida, la nula participación social y el desinterés político, la evasión bajo el uso de drogas, el contagio del HIV, generando códigos sociales o de clase que operar como reafirmadores de la estigmatización o identidad de grupo social vulnerable olvidado o relegado por la sociedad y el estado".[34]

4. La degradación del ser humano privado de libertad

La privación de libertad, aun en cárcel de oro, suele causar perjuicios irreversibles en la personalidad humana, que suele ser peor mientras más larga. Múltiples estudios demuestran los efectos alienantes en cualquier lugar de encierro.[35] Zaffaroni sostiene que "uno de los resultados del sistema penal parece ser la neutralización por deterioro de la persona, acelerando o determinando un proceso de decadencia biosíquica de la misma...".[36]

La vida en la cárcel es dura de llevar, por las condiciones de precariedad en que ahí se vive. En un estudio cualitativo realizado por Alejandra Ramn, se recogen varias evidencias que demuestran el impacto del encierro en la vida de las personas. "Estar en la cárcel es sentirse súper vulnerado en un montón de derechos... el derecho a expresarse, a tener una atención de salud digna,... se les priva de un montón de cosas que no están castigadas... yo siento que hay mucho maltrato... el sistema fomenta fobia social por una serie de agresiones que ellos viven a diario...".[37] Las personas privadas de libertad sufren angustia por la convivencia con personas desconocidas y violentas. El ambiente agresivo degenera en miedo a los funcionarios penitenciarios y a los compañeros de celda. El temor

34. Ibíd., 234.
35. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 455.
36. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología: Aproximación desde el margen* (Bogotá: Temis, 1998), 205.
37. Ramm, *Imputados*, 60.

va desde la posibilidad del acoso, pasando por los insultos, robos, agresiones sexuales hasta a la muerte.[38] En definitiva, "condiciones precarias de subsistencia, hacinamiento, pérdida de libertad y autoestima, soledad y miedo, son elementos que configuran la experiencia cotidiana de las cárceles".[39] La vida y la experiencia en la cárcel son siempre dolorosas y traumáticas.

En las "presotecas",[40] como se seguirá afirmando a lo largo de este ensayo, la dignidad de las personas es vulnerada cotidiana y reiteradamente. Zaffaroni afirma, sintetizando todo lo que se ha dicho hasta el momento, que "no hay aberración imaginable que no hayan conocido ni padecido nuestros sistemas penales y que, lamentablemente, justo es confesarlo, no han podido ser erradicadas del todo..."[41]

III. La justicia "penal" indígena en clave intercultural

Entrando en materia del derecho penal, siempre se ha dicho que las propuestas de los abolicionistas, que sostuvieron la eliminación del encierro y la devolución del conflicto a la víctima, eran irrealizables porque implicaban una sociedad diferente. Pero resulta que en nuestras sociedades, con todos sus defectos, se aplican justicias muy parecidas a las propuestas por los abolicionistas. Estas justicias son las que "administran" las comunidades indígenas de forma ancestral, a pesar de la imposición oficial de un solo derecho y de más de 300 años de influencia colonial.[42]

En uno de los estudios más serios y recientes sobre la justicia indígena, publicadas en la Serie "Justicia Comunitaria en los Andes" (cuatro tomos),[43] se de-

38. Ibíd., 63.

39. Ibíd., 64.

40. Lucila Larrandart, "Política criminal y Estado de Derecho ¿Tolerancia cero?", en Elsie Rosales y Lolia Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y derechos humanos: La perspectiva crítica* (Caracas: Instituto de Ciencias Penales-Universidad Central de Venezuela, 2009), 174.

41. Eugenio Raúl Zaffaroni, "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la Ley Penal", en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo, edit., *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 110.

42. Catherine Walsh, "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico", en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: Aportes para el debate* (Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2006), 24.

43. Hans Jürgen Brandt y Rocío Franco Valdivia, comp., *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú* (Lima: Instituto de Defensa Legal, 2007).

muestra: 1. Que el estado no interviene, 2. Que las víctimas y las comunidades tienen la capacidad de resolver conflictos, que el método y el procedimiento de resolución de sus conflictos es la conciliación, y 3. Que el encierro no es considerado como una pena útil y que la mejor reacción ante las infracciones más graves (penales) es la reparación.

1. El estado no interviene

El estado no tiene la capacidad operativa ni técnica para intervenir en los conflictos suscitados en las comunidades indígenas. No resuelve los conflictos sociales con relevancia penal en las zonas urbanas, mucho menos en los territorios indígenas, a donde ni siquiera llegan autoridades estatales. En Ecuador, por ejemplo, solo se da respuesta al 2,61% de los casos que llegan a su conocimiento[44]; el fracaso sería mayor si sumaríamos los conflictos indígenas.

Sin embargo, cuando el estado interviene lo hace para desconocer la justicia indígena y para agravar los conflictos, bajo la premisa de que es justicia "salvaje" o "primitiva" y que viola los derechos humanos. En dos casos documentados, el uno en Guatemala en la comunidad de Chico[45] y otro en Ecuador, en la comunidad La Cocha,[46] se puede apreciar lo pernicioso de la intervención estatal. En los dos casos se resuelven los conflictos tanto en la justicia indígena como en la justicia ordinaria y se pueden constatar sus diferencias. En el caso de la comunidad Chico, se juzgó un robo de una camioneta (pick up) a un indígena que vivía del transporte de mercancías, los victimarios reconocieron su responsabilidad, pidieron disculpas, se obligaron a devolver lo robado y se los reinsertó en la comunidad. El acto de juzgamiento comunitario se consideró, por parte de los medios de comunicación, como un linchamiento. Cuando intervino la justicia ordinaria, encerraron a uno de los victimarios, que algunos años más tarde salió

44. Fernando Carrión, Jenny Pontón y Blanca Armijos, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana* (Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador / Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 2009), 55.

45. Guillermo Padilla, "La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena", en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales: Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (México DF: Honrad Adenauer Stiftung), 151.

46. Carlos Poveda, "La Cocha: 2002-2010, retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico", en *Novedades jurídicas* , año VII, No. 19 (Quito: Edic. Legales, 2010), 6.

de la cárcel sin sentencia y adicto a la base de cocaína, la víctima no pudo obtener lo que se le había prometido, el dinero que iba a ser utilizado para comprar la camioneta se destinó al pago de honorarios del abogado defensor y la víctima no pudo reinsertarse en la comunidad.[47] En Ecuador, en el caso de la Cocha, se juzgó a una persona que había dado muerte a otra, el victimario fue sancionado a recibir "ortigazos",[48] cargar una piedra alrededor de la comunidad, pedir perdón y pagar una suma de dinero a la madre de la víctima.

De igual modo, el acto de juzgamiento fue considerado como un linchamiento y el victimario fue presentado por los medios de comunicación como una víctima. A pretexto de violación de los derechos humanos del victimario, intervino la justicia ordinaria para liberarlo de los "salvajes" indígenas, desconocieron lo juzgado, encerraron tanto al victimario como a las autoridades indígenas y el caso se encuentra dentro de un procedimiento penal. Lo más seguro es que las personas saldrán después de algunos años sin condena, con todos los efectos que genera el "padecimiento" carcelario y el daño y reparación a las víctimas será completamente ignorado.

Estos dos casos son paradigmáticos en relación con la inutilidad y violencia del sistema penal ordinario. En la mayoría de los conflictos que se suceden en una de las 22 nacionalidades indígenas guatemaltecas o en alguna de las 16 nacionalidades indígenas ecuatorianas, afortunadamente, el estado no interviene porque no puede y porque no sabe lo que sucede.

Los conflictos familiares, comunitarios y sociales se resuelven en aplicación de sus derechos ancestrales. Negar ese derecho resulta una ingenuidad y, al mismo tiempo, una prepotencia enorme. ¿Cómo arreglan los cuidados de los niños? ¿Qué normas se aplican para los matrimonios, las sucesiones de bienes, los incumplimientos de los acuerdos? ¿Cómo se juzgan los actos violentos? Sin duda, la respuesta no se va a encontrar en nuestros códigos civiles ni penales. Las normas, los procedimientos, las autoridades y las sanciones tienen como fuente el derecho ancestral.

47. Padilla, "La historia de Chico", 176.

48. La ortiga es una planta silvestre que crece de forma espontánea y al ser aplicada sobre la piel produce irritación. Tiene efectos curativos por la cantidad de nutrientes que posee; en la cultura andina se la utiliza dentro del ritual de purificación. Ya que se considera que las plantas son fuentes de vida y limpian no solo física sino espiritualmente, devolviéndo a la persona el equilibrio. En Bolivia se lo conoce como "chicotazo".

2. La conciliación y la purificación

La justicia es percibida por las comunidades y por las autoridades como "un proceso orientado a la resolución de un conflicto. El objetivo principal es superar el problema mediante la reflexión y el entendimiento de las partes y lograr una conciliación o reconciliación".[49] En una comunidad de Cajamarca, Perú, se afirmó que "todos los problemas se concilian y todos entran por igual y primero por la base y que hay que trabajar mucho y no se hace presión".[50] En términos sociales se restablecen y fortalecen los vínculos rotos por el cometimiento de una infracción, y en términos personales el infractor se purifica, se limpia, por ello la pena no tiene como "finalidad causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo... [El proceso es] un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y restablecer la armonía".[51]

3. La reparación

La convivencia en el mundo indígena se basa, pues, en la idea de armonía y equilibrio. Cuando se comete una infracción, se rompe la armonía. La intervención de las autoridades y de la comunidad se encamina a restablecer el equilibrio roto.[52] El equilibrio se logra mediante la inclusión (reintegración social) del infractor y la satisfacción de la víctima, que además fortalece los vínculos comunitarios.[53]

Una decisión se considera justa, desde la perspectiva indígena, cuando se logra reparar el daño causado a la víctima.[54] "Un aspecto del derecho indígena es devolver la armonía quebrantada, recuperar las relaciones, y si es posible, la reconciliación."[55] En la gran mayoría de conflictos se resuelve con la conciliación.[56]

49. Brandt y Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes*, 79.
50. Ibíd., 80.
51. Corte Constitucional de Colombia (1997), Sentencia T-523.
52. Esterman, *Filosofía andina*, 116.
53. Brandt y Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes*, 143.
54. Ibíd., 90.
55. Jaime Vintimilla Saldaña, Milena Almeida y Remigia Saldaña, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades Kichwas del Ecuador* (Lima: IDL, 2007), 150.
56. Brandt y Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes*, 211.

Tanto el procedimiento como las sanciones tienen profundos significados comunitarios, encaminados a encontrar el equilibrio y la cohesión social: mantiene o restablece la paz comunal, garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad, los infractores rectifican su conducta (se comprometen a no volver a cometer el mismo error y piden disculpas), inclusión de las personas involucradas en el conflicto (salvo los casos de expulsión, en los que se considera que el infractor es incorregible), previenen y disuaden efectivamente.[57] Un ejemplo que refleja la idea del equilibrio e inclusión es el del caso de La Cocha en el año 2002. La persona que había dado muerte a un comunero, después de haber cumplido la pena dentro de la comunidad, 4 años más tarde fue elegida dirigente de la comuna.[58]

4. La privación de la libertad en el mundo indígena

En las comunidades indígenas, la privación de la libertad es una pena sin sentido porque rompe con el principio básico de convivencia que obliga a no ser ocioso.[59] Sin embargo, esta pena existe, es corta (no dura más de siete días) y es realmente excepcional.[60] En un caso conocido por la Corte Constitucional de Colombia, en el que la comunidad impuso una pena de privación de libertad de 8 años y luego la revisó e impuso la pena de 20 años, basada en estudios antropológicos, la Corte constató el hecho de que "en la cárcel... no se ve a la familia y se fuma marihuana, bazuco, se aprende de homosexual, se aprende fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de cárcel no corrige, antes daña..."[61] y se estableció que la comunidad había impuesto una sanción ajena a sus normas ancestrales, que preveía, para hechos similares, 3 años de trabajos comunitarios y tiempos cortos de cepo.

Además, resulta interesante resaltar que en la justicia comunitaria no existe la lógica de sospechoso, procesado o condenado; la persona es parte de la comunidad y el problema es de la comunidad no exclusivamente de la persona

57. Ibíd., 148-50.
58. Ibíd., 92.
59. Padilla, "La historia de Chico", 172.
60. Brandt y Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes*, 147.
61. Corte Constitucional de Colombia (1996), Sentencia T-349.

victimaria[62] la persona que comete una infracción "distorsiona severamente el orden socioeconómico, ritual y celebrativo, y por tanto el orden holístico".[63] Luego, el conflicto de la víctima y del victimario es de toda la comunidad. Por ello, la privación de libertad como castigo retribucionista no tiene sentido ni tampoco como pena rehabilitadora. La justicia indígena tiene problemas como cualquier administración de justicia. Uno de ellos, son los excesos con relación a violación de derechos humanos, cuando ya no hay significados de purificación en el ejercicio de la violencia o incluso en algunos linchamientos. Pero estos casos de violencia son apenas de un 4,1%[64] y se afirma que en el 90% no hay incompatibilidad con los estándares de derechos humanos.[65] Otro problema es el relacionado con la violencia intrafamiliar, que no es adecuadamente resuelto y de alguna manera es tolerado.[66]

IV. Los retos de la interculturalidad en el ámbito legal: aprender de la cultura históricamente subordinada

Me parece, sin dudar, que mucho hay que aprender del sistema jurídico indígena y este es un mandato en el estado intercultural. El reto está en mirar ese sistema jurídico y tomar las mejores prácticas que sean aplicables. Este aprendizaje de otra cultura requiere el cumplimiento de algunas condiciones:

¿La cultura hegemónica puede aprender algo de culturas subordinadas? ¿Las culturas subordinadas pueden aprender algo de la cultura hegemónica? Sin duda que sí y en muchos ámbitos. Por ejemplo, el individualismo y la competitividad fomentada por la cultura hegemónica global, que ha generado tantos índices de suicidio y de dependencia a fármacos en los países del norte, pueden aprender tanto de la vida comunitaria y solidaria de muchas comunidades indígenas. Nociones como las de democracia representativa pueden enriquecerse con las formas de obtener consensos en las democracias comunitarias de muchas par-

62. Brandt y Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes*, 197.

63. Estermann, *Filosofía andina*, 204.

64. Brandt y Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes*, 146.

65. Ibíd., 147.

66. Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Las mujeres en la justicia comunitaria: Víctimas, sujetos y actores* (Lima: IDL, 2009), 166.

tes de la región andina. Así mismo, culturas indígenas pueden aprender sobre las múltiples luchas y reflexiones que han hecho los movimientos feministas de occidente y revitalizar la participación y el respeto a la mujer. Aprender de la cultura históricamente subordinada es una forma de descolonizar.

Boaventura de Sousa Santos propone una metodología de diálogo, que la denomina "hermenéutica diatrópica", por la que propone una forma de conocimiento y enriquecimiento entre dos culturas. Desde ese encuentro, Santos concluye, por ejemplo, que existen nociones de respeto a las personas semejantes a lo que conocemos como dignidad. El encuentro entre culturas debe ser "mirándonos la cara, no es lo que yo llamo "estas juntos pero de espaldas, un auténtico diálogo de culturas. Una interlocución entre pares".[67]

La interculturalidad no es una propuesta simple y pacífica. Implica profundas transformaciones en todo orden, tanto individual privado como político estatal. La gestión de la interculturalidad requiere transformar todos esos espacios, discursos e instituciones que actualmente promueven una cultura hegemónica, una realidad, un modelo de vida. Imaginémonos, por un instante, cómo se configuraría una familia, una escuela, unos medios de comunicación, unos estados realmente interculturales. Las familias serían más interétnicas, se promoverían distintas formas de espiritualidad, las niñas también se vestirían de azul, de vez en cuando cultivaríamos la tierra; en las escuelas existirían indígenas y afrodescendientes, aprenderían kichwa, comerían cocadas en los recreos; en los hospitales encontraríamos shamanes, nos darían más agüitas de hierbas en lugar de pastillas, nos escucharían más en lugar de ver exámenes médicos; los medios de comunicación nos mostrarían poesía, mitos, paisajes distintos, voces y vidas inimaginables, nos promoverían el buen vivir además del consumismo; quizá no existiría cárcel y todas las sanciones serían reparatorias... La vida, sin duda, sería menos rutinaria, más interesante y retadora.

Estamos en tiempos de reformas penales. La mirada, como siempre desde que fuimos históricamente colonizados, miramos hacia el norte o hacia países que han aprendido bien y adaptado de forma eficiente el derecho y las prácticas del norte. Así, por ejemplo, vamos a adoptar la necedad más grande de los Estados Unidos: mayor represión, más cárceles, más policías, más eficientismo,

67. Luis Macas, "Construyendo desde la historia:resistencia del movimiento indígena en el Ecuador", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, edit., *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad* (Quito: Abya-Yala, 2009), 93.

mayor divorcio entre las víctimas y los victimarios, mejores técnicas policíacas. También, seguramente, miraremos a Chile y su modelo de juicio adversarial, que es una máquina de producción de sentencias y de multiplicación de condenados.

¿No será que podemos aprender de nuestros indígenas y mirarnos a nosotros mismos? ¿Será que hay algo diferente al sistema penal basado en la cárcel?

Requerimos, pues, tomar en serio la interculturalidad, dialogar en términos de igualdad con quienes aplican otros sistemas jurídicos, ser más humildes e imaginarnos que en lugar de grandes consultores internacionales podemos aprender de una autoridad indígena y lejos de una oficina o escritorio. Este reto implica, si uno ve desde lo científico, desarrollar muchas metodologías que han desarrollado las ciencias sociales, como la antropología o la sociología, para aprender desde nuestro saber occidental; o tal vez, simplemente aprender a escuchar y mirar libre de ataduras científicas al otro, siempre que exista esta apertura cultural hacia lo que ha sido considerado marginal y subordinado.

Al fin, no solo que aprenderíamos para el derecho penal, sino teniendo esa posibilidad de aprender de las otras culturas, además miraríamos esa realidad de exclusión, marginación, discriminación que no queremos ver. En un estado intercultural la opresión y la pobreza no podrían ocultarse ni tolerarse. El estado intercultural no es, pues, una palabra inocente o novelera más. La propuesta no podrá limitarse a una reforma legal, a la incorporación de una materia en la escuela, a la creación de un ministerio, a un reportaje en la televisión pública. El estado intercultural tiene un rol central en la construcción de una sociedad diferente y emancipadora. La interculturalidad no puede ser impuesta desde arriba, sino que debe ser un "proceso dinámico y proyecto de creación y construcción desde la gente, que reconoce y enfrenta los legados coloniales aún vivos e incita al diálogo entre lógicas, racionalidades, saberes, seres, formas de vivir y mundos, que tienen derecho a ser distintos".[68]

Estamos en tiempos de reformas integrales al sistema penal estatal. La mirada está puesta en las leyes, las doctrinas y las prácticas de países que promueven la eficiencia y el uso intensivo de las cárceles. La interculturalidad, mandato constitucional, nos invita y nos obliga a mirar y a aprender de otros sistemas jurídicos, que los tenemos en nuestro propio Ecuador y de los cuales, con un poco de inteligencia, de trabajo empírico y de humildad, podemos aprender y, desde estos, debemos corregir la justicia estatal.

68. Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad*, 59.

La cárcel como problema global y la justicia indígena como alternativa local

El caso La Cocha

SUMARIO

Introducción. **I.** La prisión como "solución" y como problema global. **1.** Aproximación histórica a la prisión. **2.** Aproximación sociológica a la prisión: los efectos. **II.** Alternativas conservadoras a la prisión. **III.** Alternativa radical a la prisión: la justicia indígena. **1.** Los casos de La Cocha. **2.** "Prefiero la justicia que me saque libre". **3.** "La víctima se siente sumamente más bien protegida por las autoridades comunitarias". **4.** "El objetivo central es el de buscar la paz". **5.** "Tienen presunta participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial conocido como asesinato". **6.** ¿La cárcel o la reparación? Esa es la cuestión. **7.** El neocolonialismo jurisprudencial constitucional.

Introducción

El agua está "encerrada" en una botella. Cuando era niño, hace ya algunas décadas, no era usual tener agua embotellada. Ahora el agua se compra y es parte de los bienes del mercado. Tampoco hace algunos años se me hubiera ocurrido decir que el agua está "encerrada", si no fuera porque el Ecuador ha reconocido los derechos de la naturaleza en su Constitución, y me ha hecho repensar muchos aspectos de la vida cotidiana. Si la naturaleza tiene derechos, entonces el agua, uno de sus componentes importantes, no se la podría vender

ni tampoco "encerrar". Pero no solo el agua se "encierra" y se vende, sino también los seres humanos. Así como millones de litros de agua están encerrados, también millones de seres humanos.

El "encierro" del agua y de los seres humanos tiene en común que nos parece normal. "Encerrar" no es un problema y más bien se considera una necesidad y una solución. Además, el "encierro", cualquiera este fuere, es un gran negocio y se trata de un asunto más propio del mercado. Y de esto trata esta tesis, de problematizar el "encierro", de deconstruir el discurso que legitima el encierro, y de establecer una alternativa viable al encierro. Cuando me refiero al encierro, hablaré indistintamente de cárcel, prisión, detención, prisión preventiva, condena, sabiendo que técnicamente podrían tener cada una de estas palabras significados distintos. Lo que nos interesa es la privación de libertad, cualquiera fuere su forma o manifestación jurídica.

Se ha escrito e investigado bastante sobre la prisión. Parecería que nada original podría decirse. El problema de la cárcel está sobrediagnosticado. Conocemos su origen, sus mecanismos de operación, sus formalidades jurídicas, sus efectos negativos en las personas y en la sociedad. Si esto es verdad ¿para qué escribir más sobre el mismo tema? Simplemente porque el problema sigue existiendo. Parecería que todo lo que se ha dicho desde la academia, desde la criminología crítica, desde las investigaciones empíricas, no ha tenido impacto en la formulación y aplicación de políticas criminales. El estado y la sociedad, como demostraré más adelante, siguen apostando a la cárcel como forma privilegiada de castigo. Mientras persista el problema, nunca será en vano seguir escribiendo y difundiendo los efectos de la cárcel. La cárcel es como una roca dura, y los discursos críticos como una gota de agua. Poco a poco se espera resquebrajarla.

Los discursos que legitiman la cárcel están llenos de mitos. En la primera parte de esta tesis abordaré esos mitos y, con información empírica secundaria, se los deconstuirán. "La cárcel es un problema global" será la conclusión de este primer abordamiento. En la segunda parte, trataré el tema de las alternativas planteadas al problema carcelario. El primer bloque de alternativas son las que se derivan del mismo derecho penal y poder punitivo. A estas alternativas las denominaré conservadoras. Como se podrá apreciar de la información empírica secundaria, las alternativas a la prisión legitiman la existencia de la cárcel. Tanto la prisión como sus alternativas son parte del problema. Finalmente, en la tercera parte, planteo la siguiente pregunta: ¿Podemos imaginar un mundo sin prisión? Y este

es precisamente el aspecto central de la tesis. Las alternativas existen y no son las que nos ofrece el estado, el derecho penal ni el sentido común. Esas alternativas son prácticas de justicia cotidianas de muchos pueblos indígenas alrededor del mundo.

En el capítulo final analizo el caso de la comunidad indígena ecuatoriana La Cocha. En esta comunidad se han juzgado varios hechos considerados delictivos y analizaré con detalles el caso de una muerte sucedida en el año 2010. Este caso tiene la particularidad de haber sido juzgado tanto por la justicia indígena como por la justicia penal, y me permitirá comparar ambas justicias desde la experiencia y voces de víctimas, acusados y miembros de la comunidad, y desde los registros comunitarios y penales. Para construir este caso se ha recurrido a varias fuentes. En primer lugar, efectué entrevistas a una de las víctimas y a las cinco personas acusadas de la muerte. En segundo lugar, tuve acceso a varios testimonios tomados a personas que viven en la comunidad entre el año 2011 y 2013. En tercer lugar, revisé con detenimiento el libro de actas de la comunidad La Cocha y el expediente judicial. Finalmente, recurrí a varios estudios realizados sobre la comunidad.[1]

En Ecuador, entonces, existen dos formas de abordar el tema de los crímenes, delitos o infracciones graves al derecho. Una es la estatal, que prevé la cárcel como solución a los conflictos con relevancia penal; otra es la practicada por ciertas nacionalidades indígenas, y que prevé la restauración como forma de solución.

Frente a esta realidad, la investigación pretende responder algunas preguntas: ¿Puede resolverse legítimamente conflictos graves sin utilizar la cárcel? ¿Pueden compararse los efectos de la justicia estatal y de la justicia indígena?

El objetivo de esta investigación es demostrar, en un caso concreto, que la justicia reparadora practicada por ciertas nacionalidades indígenas puede resolver conflictos graves; y que la solución ofrecida por la justicia indígena, a pesar de tener múltiples defectos, es útil y provoca menos daños individuales y sociales, si se compara con la justicia penal estatal.

1. Agradezco a Raúl Llasag por compartir siete entrevistas a miembros de la comunidad La Cocha, tomadas en mayo de 2011, y por acompañar en las visitas y entrevistas a los involucrados en el caso; a Luis Fernando Molina por compartir su entrevista a un líder comunitario en La Cocha, en marzo 2013; a Carlos Poveda por facilitar el acceso al expediente del caso y el contacto con las personas procesadas.

I. La prisión como "solución" y como problema global

¿Qué es lo que piensa cualquier persona como sanción cuando se cometen delitos? Inmediatamente y sin reflexionar la cárcel aparece en nuestro imaginario. ¿Qué es lo que demanda cualquier víctima de delitos graves o violentos? Sin duda, la prisión es parte de nuestra cultura moderna y de nuestra cotidianidad. La idea del encierro cuando se ha cometido una infracción grave está tan arraigada en nuestra cultura, que resulta muy difícil pensar en otras soluciones. Nuestro imaginario está colonizado. Así como es difícil pensar en una alternativa al capitalismo, al mercado sin dinero, al desarrollo como progreso económico, resulta difícil pensar en una solución distinta a la cárcel. Alrededor de la cárcel hay algunos mitos que merecen ser destacados y discutidos. Su deconstrucción nos permite abrir nuestra imaginación. Se han destacado ciertos argumentos y hechos con relación a la cárcel, pero también se ha silenciado e invisibilizado muchos argumentos y hechos. Para deconstruir a la prisión, me aproximaré al tema desde dos perspectivas, una histórica y otra sociológica.

1. Aproximación histórica a la prisión

La prisión como sanción es relativamente nueva en la historia de la humanidad. Si se escribiera la historia de la prisión, distinguiríamos dos períodos con claridad. El primero iría hasta el siglo XVIII, que se caracterizaría por el uso de la prisión como una medida cautelar.[2] Esto es, se encierra a una persona con el único objetivo de garantizar su presencia para que se produzca el juicio y se efectivice la condena. Por ejemplo, como detalla Newman, la prisión cumplía un rol importante en el proceso durante la época de la Inquisición, ya que permitía la interrogación, la acusación y la ejecución de la condena cuando procedía.[3]

En el segundo período, que iría desde el siglo XIX hasta nuestros días, la prisión no solo es medida cautelar sino que es fundamentalmente la única forma de sanción. Esta manera de entender la prisión es una invención del iluminismo, en el siglo XVIII. Pensadores liberales, como Beccaria, inventaron el convincente

2. Jaime Peña, "Antecedentes de la prisión como pena privativa de la libertad en Europa hasta el siglo XVII", en Carlos García Valdéz, dir., *Historia de la prisión: Teorías economicistas* (Madrid: Edisofer, 1997), 63.

3. Graeme Newman, *The Punishment Response* (Albany: Harrow and Heston, 1985), 85.

mito, que pocos académicos han cuestionado, de que la prisión humanizó las penas. Efectivamente, Beccaria escribió en contra de la pena de muerte, la tortura y las penas indeterminadas.[4]

En nuestro imaginario, antes de la cárcel como pena, todo era crueldad. Los relatos de las formas crueles de sancionar son múltiples. Por ejemplo, Voltaire describe que en Inglaterra a los acusados de alta traición, se les abría el pecho, se le arrancaba el corazón y se arrojaba al fuego.[5] Incluso en nuestros tiempos, pensadores críticos han descrito y afirmado la crueldad en las sanciones en el *Ancient Régime* y en el siglo XVII y XVIII.[6] En algunas de nuestras ciudades (Lima y México D.F.) tenemos museos de la Inquisición que alimentan nuestra imaginación sobre las formas creativas que tuvieron en la inquisición para provocar dolor, vergüenza y daño cuando se castigaba por delitos. En este contexto, la prisión sin duda es más humana a una muerte lenta y cruel, a una mutilación, a una tortura reiterada.

Sin embargo, esta visión cuenta solo una parte de la historia. En primer lugar, cuenta la historia de Europa occidental. Lo que los pensadores liberales escribieron tiene que ser interpretado en su contexto espacial y político. ¿Qué es lo que estos pensadores dejaron de contar, simplemente porque no lo sabían? En el siglo XVIII el mundo no solo era Europa. Por un lado teníamos gran parte del mundo colonizado por potencias europeas; por otro lado, tenemos muchas naciones que ni siquiera eran influenciadas por Europa. ¿Se sancionaba con prisión en esos lugares? En muchos lugares sin duda no. En esos lugares no existía el derecho penal como lo conocemos ahora ni tampoco las cárceles como lugar de encierro y sanción.

En segundo lugar, las sanciones crueles no eran lo usual en Europa occidental. De acuerdo con Newman, contrario a la opinión de la mayoría de historiadores de la pena, la mayoría de las penas hasta el siglo XVII eran de carácter económico:

4. Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 30.
5. Françoise Voltaire, "Comentario sobre el libro De los delitos y de las penas por un abogado de provincias" [1766], en Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (Madrid: Alianza Editorial, 2002), 129.
6. Michael Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (Nueva York: Vintage Books, 1995), 3. Ver también David Garland, *Punishment and Modern Society* (Oxford: Clarendon Press, 1990), 231.

multa, confiscación y restitución del bien lesionado.[7] Las penas crueles están asociadas con las infracciones contra la religión y contra las altas autoridades estatales. Efectivamente las monarquías y la iglesia practicaron formas crueles de pena. Pero en el resto de infracciones, que eran la mayoría, se aplicaba la justicia restaurativa. Por tanto, cuando se afirma que la prisión humanizó las penas hay que ser precisos. "Humanizó" las penas en Europa occidental y en aquellos delitos en los que estaban involucrados los intereses de la monarquía o de la iglesia. Y pongo la palabra entre comillas porque, como presentaré más adelante, los daños y el dolor provocados por la cárcel pueden ser considerados como graves e inhumanos.

La idea de lo que pasa en los espacios desde donde se ejerce el poder es lo que pasa en el mundo, es lo que Santos ha denominado un "localismo globalizado", que quiere decir que un proceso que es local tiene la apariencia de global.[8] La cárcel se inventó como sanción y se la justificó en Francia. Sin embargo, no se puede negar que la difusión de la cárcel, y también de muchas otras instituciones liberales como el estado de derecho, la división de poderes, la democracia representativa, la soberanía y los derechos fundamentales, en pocos años se convirtieron en fenómenos globales. Como sostiene Anderson, los franceses tuvieron el coraje de considerar su propia cultura como un modelo válido e impusieron su visión en el resto de Europa y el mundo.[9]

Para ejemplificar el proceso globalizador de la cárcel como sanción, tomaré tres de sus aspectos: arquitectónico, legal y la finalidad. Jeremy Bentham diseño un centro arquitectónico para la prisión al que denominó *Panopticon.* La idea fue construir un lugar que pueda garantizar la mayor vigilancia con el menor esfuerzo. En el panóptico, desde un lugar central se observa a todos los encerrados, y sirve para muchos propósitos: seguridad, custodia, encierro, aislamiento, trabajo forzado, instrucción. Este modelo ideológicamente se convirtió en la sanción por excelencia.[10] La idea del *panopticon* se volvió real cuando se inauguró, en 1790, la penitenciaría de Walnut Street, en Filadelfia. De ahí en adelante, se encuentran panópticos alrededor de todo el mundo: Berlín, Madrid, Bogotá, Tasmania, Quito.

7. Newman, *The Punishment Response*, 123.
8. Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition* (Nueva York: Routledge, 1995), 263.
9. Benedict Anderson, *Imagined Communities* (Nueva York: Verso, 1991), 68.
10. Foucault, *Discipline and Punish*, 200-6.

De la mano de lo arquitectónico, el aspecto legal fue también un fenómeno que se expandió rápidamente. El Código Penal de Napoleón, que estableció la prisión como pena exclusiva y medida en unidades de tiempo, y que definió la función de sancionar como una potestad estatal, se difundió rápidamente por toda Europa y el mundo con influencia occidental.[11] Finalmente, el discurso sobre los fines de la prisión también se globalizó, aunque siempre ha sido debatido y ha cambiado con el tiempo. Siguiendo a Garland,[12] el sentido dado a la finalidad de la prisión como pena ha cambiado y ha estado en estrecha relación con el sistema político, económico y cultural. Se pueden distinguir tres claras concepciones: a) La prisión como un lugar de corrección; b) la prisión como un lugar para rehabilitar personas; c) la prisión como un lugar de exclusión.

a) La prisión como un lugar de corrección comienza al final del siglo XVIII y se extiende hasta el siglo XIX. En esta fase, fuertemente influenciada por la idea religiosa de la penitencia y del aislamiento para la meditación, se puso énfasis en el trabajo obligatorio en talleres. Se corregía a las personas para evitar que vuelvan a cometer crímenes, entrenar para el trabajo y restaurar la virtud.[13] En suma, las personas son "normalizadas" y se pretende "ligar al individuo al proceso de producción en función de una determinada norma".[14] La secularización y el desarrollo industrial debilitaron esta forma de entender la pena.

b) La prisión como un lugar para rehabilitar estuvo estrechamente vinculada con el estado de bienestar en Europa y con el positivismo criminológico. Los profesionales y su saber científico tenían como finalidad cambiar la vida de la gente y reintegrarlas a la sociedad. Atrás de la pena en el estado de bienestar estaban ideas fuertes como la solidaridad, la ciudadanía universal y el compromiso con disposiciones sociales.[15]

11. Ibíd., 231.
12. David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001).
13. Foucault, *Discipline and Punish*, 126,
14. Michael Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona: Gedisa, 2003), 135.
15. Garland, *The Culture of Control,* 35.

En los años 70, la criminología crítica[16] y el abolicionismo penal[17] demostraron el incumplimiento de los fines rehabilitadores de la pena de prisión, la ineficiencia de la burocracia penitenciaria, los perversos efectos de la cárcel en la vida de las personas, y el impacto social en determinados grupos sociales. El efecto esperado en relación con la denuncia en contra de la cárcel nunca se produjo.

La cárcel no solo no desapareció sino que su uso se intensificó. Si bien, como reconoce Garland, los proyectos radicales en contra de la cárcel (abolicionismo, descriminalización, desinstitucionalización) capturaron la imaginación de investigadores y académicos, tuvieron muy poco impacto en la política criminal estatal.[18] La crítica lo que logró fue despojar a la cárcel de finalidad filosófica y científica.

c) El tercer período, que es el que actualmente atravesamos, se lo podría denominar como "segregación punitiva".[19] Desde los años 80, el énfasis ha sido el control social y en sintonía con las libertades privadas del mercado.[20] La finalidad de la pena es simplemente excluir o eliminar a quien ha cometido delitos.[21] No es casual entonces que las penas sean más duras, se incremente el número de años de privación de libertad incluso por infracciones leves ("three strikes out"), se restrinja la libertad condicional, se multipliquen los tipos penales, se construyan más cárceles, aumente la población carcelaria, y una larga lista de medidas que giran alrededor de la prisión como pena.[22]

Para demostrar que la segregación punitiva es un hecho, Garland hace un estudio de casos y compara la situación de los Estados Unidos y Reino Unido. Lo que caracteriza Garland, sin embargo, no es un problema solo de esos países. Wacquant demuestra con información empírica que todas las medidas descritas como "segregación punitiva" se están manifestando

16. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal* (México DF: Siglo XXI, 1986).
17. Thomas Mathiesen, *Prison On Trial* (Winchester: Waterside Press, 2000).
18. Garland, *The Culture of Control*, 104.
19. Ibíd., 140.
20. Ibíd., 194.
21. Ibíd., 178.
22. Ibíd., 142.

en muchos países de Europa, Latinoamérica, África y Asia.[23] Es decir, la cárcel como un lugar de exclusión social es un problema global. Corresponde ahora analizar si lo que denunciaron los criminólogos críticos y los abolicionistas en relación con la cárcel en los años 70, sigue siendo válido. Más aún, corresponde demostrar si la hipótesis iluminista, de que la cárcel humanizó las penas, es cierta.

2. Aproximación sociológica a la prisión: los efectos

En este apartado, de la mano de algunos criminólogos clásicos, describiré los hallazgos en relación con ciertos efectos de la cárcel, que se han investigado desde los años 70, y luego, en el capítulo final, lo contrastaré con lo que pasa en una cárcel del Ecuador. Los efectos de la cárcel pueden mirarse desde dos perspectivas diferentes. Una es la personal y otra es la social.

Graham Sykes, uno de los autores clásicos en analizar el impacto de la cárcel en la vida de las personas, ha sintetizado los efectos personales en lo que él ha llamado "padecimiento".[24] De acuerdo con Sykes, el encierro causa cinco padecimientos.

El primer padecimiento es la privación de libertad en sentido amplio y profundo. Cuando la sociedad, las víctimas o los operadores de justicia demandan o privan de la libertad a una persona, fácilmente se olvida lo que significa la libertad. La libertad de movimiento se restringe severamente. Los metros cuadrados donde uno puede movilizarse son extremadamente limitados. La regla es la prohibición. Los contactos sociales y las relaciones familiares también son restringidos. Las personas encerradas pierden vínculos afectivos, sienten la soledad, el aburrimiento y el rechazo de la comunidad "libre". Las personas encerradas no pueden escoger lo que pueden hacer o no hacer, con quién vivir, con quién socializar, ni las formas de manifestar sus convicciones.

El segundo padecimiento es la privación de bienes y servicios. Qué comer y beber, cómo curarse, dónde evacuar, qué leer, qué jugar, qué hacer con el "tiempo libre", son actividades que requieren de servicios públicos disponibles fuera de la cárcel para parte de la población. Dentro de la cárcel, los servicios son harto deficientes. Las personas encerradas están obligadas a vivir en una degradante

23. Garland, *Punishment and Modern Society*, 22.

24. Grahan Sykes, *The society of Captives* (Nueva Jersey: Princeton University, 2007), 65.

pobreza. La sistemática privación de bienes y servicios dentro de la cárcel constituye una grave amenaza a la dignidad humana.[25]

El tercer padecimiento es la privación de relaciones heterosexuales. ¿Qué sucede en la personalidad de una persona, criada en una sociedad patriarcal, que es forzada a tener relaciones sociales y afectivas homosexuales? En uno de los libros de Stephen King, *Rita Hayworth and The Shawshank Redemption* (que fue llevado al cine), trata sobre un exitoso banquero, condenado a cadena perpetua por haber supuestamente asesinado a su esposa, se puede apreciar los padecimientos de la cárcel y en particular el relacionado al tema sexual. En la cárcel existe un grupo de presos a los que se les denomina "las hermanas", que se dedican a violar a los presos.[26] En varias escenas se puede apreciar las formas homosexuales violentas de relaciones sexuales y el impacto en la vida de los privados de libertad. Las relaciones sexuales violentas son una demostración de poder y son duras sanciones internas.[27] Según algunos datos empíricos, se produce un serio daño, amenaza la autoimagen del privado de libertad, y genera ansiedad sobre la masculinidad de los presos.[28] El abuso sexual es sin duda un aspecto consustancial y rutinario de la vida en la cárcel.

El cuarto padecimiento es la privación de la autonomía individual. Vivimos una sociedad que nos empuja a ser individualistas y autónomos. Sin embargo, en la cárcel, las reglas de conducta, la burocracia y las formas de sociabilidad impiden que las personas encerradas tengan control sobre sus cuerpos y sus vidas. Todo está minuciosamente regulado: los espacios, los tiempos, los hábitos, las posibilidades. El preso, al no tomar decisiones, se convierte en una persona débil, necesitada, dependiente, como si fuera un infante.[29] Garland afirma que el deterioro de las habilidades cognitivas y sociales frecuentemente resultan en una angustia emocional para la persona y su familia.[30]

25. Mathiesen, *Prison On Trial*, 133.
26. Stephen King, *Rita Haywort and The Shawshank Redemption* (1982), 71, ebook ‹http://filmandliterature.edublogs.org/files/2010/08/Rita-Hayworth-And-The-Shawshank-Redemption2.pdf› (consulta: febrero 2013).
27. Tomer Einat, "'Soldiers", "Sausages" and "Deep Sea Diving": Language, Culture and Coping in Israeli Prisons", en Alison Liebling y Shadd Maruna, edit., *The Effects of Imprisonment* (Oregon: Willan Publishing, 2005), 294.
28. Mathiesen, *Prison On Trial*, 133; ver Einat, "'Soldiers", "sausages", 293; ver además Sykes, *The society of Captives*, 71.
29. Mathiesen, *Prison On Trial*, 133.
30. Garland, *Punishment and Modern Society*, 242.

El último padecimiento mencionado por Sykes es la privación de seguridad. El ser humano, como cualquier animal encerrado, vive en un ambiente intensamente violento. El riesgo de sufrir lesiones, maltratos emocionales, extorsiones y hasta la muerte provoca ansiedad. Lacey sostiene que el hacinamiento, la violación y las agresiones por parte del personal penitenciario y de las otras personas encerradas son endémicas de la cárcel.[31]

Un buen ejemplo sobre este aspecto es el resultado del experimento realizado por Zimbardo y su "simulacro de prisión", en el que se encerró por varios días a personas escogidas por ser estables y "normales", y se les predeterminó roles de guardianes y de presos. Tanto los unos como los otros ejercieron y padecieron la arbitrariedad, el abuso de poder y la violencia.[32]

En suma, el encierro produce agudos e irreversibles efectos físicos, mentales y sicológicos tanto para la persona como para la familia. El impacto depende del contexto social y cultural y del tiempo de encierro.[33] De cualquier forma, los criminólogos coinciden en que los efectos de la cárcel son siempre negativos y que la cárcel debe ser vista como un fenómeno degradante, que en lugar de curar, corregir o rehabilitar, lo que hace es generar problemas y patologías.[34]

Los efectos sociales también pueden ser vistos y analizados desde distintas perspectivas. Por el momento, me voy a centrar en el fenómeno de la exclusión. Siguiendo a Wacquant, se podría afirmar que el estado, mediante el uso del sistema penal, clasifica, segrega y termina excluyendo. El sistema penal está atravesado por la necesidad de marcar la simbólica línea divisoria entre "blancos" y "negros", pobres y ricos, peligrosos y normales, yo y el "otro".[35] Algo parecido han sostenido los criminólogos de tradición marxista. Según Rusche y Kirchheimer, por ejemplo, la verdadera función de la sanción penal es fortalecer los intereses de una clase social sobre otra.[36] De igual manera, Pashukanis consi-

31. Nicola Lacey, *The Prisioners'. Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 31.

32. Liebling A. and Maruna. "Introduction: the effects of imprisonment revisited", en Liebling A. and Maruna, *The Effects of Imprisonment* (Oregon: Willan Publishing, 2005). Véase la película *Das experiment*.

33. Garland, *Punishment and Modern Society*, 254; ver también Lois Wacquant, *Les prison de la misère* (París: Éditions Raisons D'agir, 1999), 142.

34. Lacey, The *Prisioners*', 32; ver Garland, *The Culture of Control*, 197.

35. Lois Wacquant, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity* (Durham: Duke University Press, 2009), 45.

36. Garland, *Punishment and Modern Society*, 92; ver también Baratta, *Criminología crítica*, 200.

dera que el sistema de justicia refuerza el sistema capitalista y, en consecuencia, la inequidad, la falta de libertad y la exclusión; sin el cual no podría funcionar apropiadamente.[37] Uno podría sostener que esta aproximación es ideológica. Sin embargo, otros criminólogos han llegado, sin motivaciones ideológicas, a semejantes conclusiones.

Lacey, por ejemplo, sostiene que existe una estrecha relación entre economía de mercado y sistema penal. La economía de mercado está orientada a la flexibilidad y a la movilidad humana, y el sistema penal inevitablemente está encaminado a encerrar como un mecanismo para poder manejar a la población excluida por el mercado laboral.[38] Esto es, la cárcel segrega a aquellas personas que no pueden ser incluidas por la sociedad. Entre estas personas, están los marginados y los inmigrantes.[39]

Pero la exclusión no solo es económica, también es racial. En Estados Unidos, por ejemplo, que es donde quizá más estudios existen, la población negra y latina es sobrerrepresentada en las cárceles.[40] Lo mismo sucede en todos los países en relación con quienes son vistos como "el otro". La cárcel es el mecanismo más fácil para deshacerse de la persona indeseable y que molesta. La cárcel incapacita, excluye de la sociedad, contiene a las personas que causan problemas.[41]

Si uno se detiene en las cifras relacionadas con la población carcelaria, se puede apreciar la dimensión del problema. La cuarta ciudad-metrópoli más grande de Estados Unidos, si se agrupara a todas las personas encerradas, sería la cárcel, con 1.931.850 presos,[42] que equivale a la población de Washington DC y Quito. Actualmente en el mundo existen 10,75 millones de personas encerradas en cárceles.[43] Es decir, estamos hablando de un problema global que ocasionan efectos desastrosos parecidos al calentamiento global, al hambre o las guerras.

La exclusión no termina con el encierro. Continúa con la vida fuera de la cárcel. La historia de Jean Valjean de *Los Miserables* no es solo fantasía. Los ex –

37. Garland, *Punishment and Modern Society*, 113.
38. Lacey, *The Prisioners'*, 109.
39. Newman, *The Punishment Response*, 130.
40. Ibíd., 124.
41. Garland, *Punishment and Modern Society*, 289.
42. Wacquant, *Punishing the Poor*, 114.
43. Roy Walmsley, *World Prison Population List, 9a. ed.*, 2011, ‹http://www.prisonstudies.org/news/all/140-more-than-ten-million-prisoners-in-the-world,-new-report-shows.html› (consulta: 21 de febrero de 2013).

presos no pueden reintegrarse fácilmente a la sociedad. Las dificultades vienen del lado del sistema penal, que incrementa la vigilancia después de la cárcel o no ofrece programas efectivos de reinserción, como de la misma sociedad que discrimina y estigmatiza a quien ha estado preso.[44]

Concluyo este acápite con dos reflexiones importantes. La una es basada en un paralelismo, sugerido por Zaffaroni, entre la segregación sucedida en el régimen fascista alemán, de *apartheid* de Sudáfrica y el sistema penal. El primer paso para llegar a un genocidio es segregar individualmente, como hace la cárcel en la actualidad; el segundo es hacerlo en contra de grandes sectores de la población (*apartheid*) y el tercero es la eliminación de los excluidos.[45] Cuando uno piensa numéricamente entre el campo de concentración y la población carcelaria norteamericana, parecería que la comparación no es muy lejana. La otra reflexión tiene que ver con una metáfora realizada por Garland. La imposición de penas severas como la cárcel o la pena de muerte a muchos ciudadanos se parece a una guerra civil en miniatura, en la que se presenta a una sociedad comprometida en una lucha consigo misma.[46] La guerra como la cárcel produce padecimiento, violencia y muerte. Si los estados contemporáneos, como sugiere Wacquant, están siguiendo el modelo segregador del sistema penal norteamericano, estamos dando un paso firme hacia una guerra civil y un genocidio por goteo. Toda la evidencia apunta en ese sentido: el uso de la cárcel se intensifica, parece no existir alternativas, a pesar de que existe pleno conocimiento de que la cárcel no es útil para nada más que no sea excluir y eliminar.[47]

¿Por qué los estados siguen apostando por la cárcel como sanción? Porque simplemente es funcional al poder, al mantenimiento del statu quo, y persiste gracias al apoyo tanto de políticos interesados como de la sociedad, que ha logrado incorporar a la cárcel como parte de la cultura cotidiana y hasta forma parte de ese velado instinto de venganza.[48]

---

44. B. Arrigo y D. Milovanovic, *Revolution in Penology. Rethinking the Society of Captive* (Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010), ix.
45. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Crímenes de masa* (Buenos Aires: Madres de la Plaza de Mayo, 2010).
46. Garland, *Punishment and Modern Society*, 292.
47. Peter Raynor, *Rehabilitative and reintegrative approaches* En Anthony Bottoms, S. Rex y G. Robinson, edit., *Alternatives to Prison. Options for an Insecure Society* (Oregon: Willan Publishing, 2004), 197; ver también Maeve McMahon, *The Persistent Prison? Rethinking Decarceration and Penal Reform* (Toronto: University of Toronto Press, 1992), 10. Ver además David Garland, *Peculiar Institution. America's death penalti in an age of abolition* (Nueva York: Oxford University Press, 2010).
48. Newman, *The Punishment Response*, 286; ver también Garland, *Punishment and Modern Society*, 198.

Sin embargo, no existen excusas para, desde una perspectiva crítica, mirar la realidad y pensar en alternativas, en particular si estamos comprometidos con la vida, con la democracia constitucional y con la búsqueda de una mejor sociedad. La exclusión, la segregación y la muerte nunca serán aceptables desde una perspectiva liberadora y emancipadora. Como afirma categóricamente Bondeson, la privación de libertad como sanción debe ser reemplazada.[49] Voy a explorar las alternativas aceptables al sistema, a las que llamaré alternativas conservadoras a la prisión, que son realmente parte del problema, y las alternativas radicales, que tienen que ser buscadas fuera del sistema penal estatal.

II. Alternativas conservadoras a la prisión

El discurso sobre las alternativas a la prisión no es nuevo. De hecho, casi todos los códigos penales modernos prevén alternativas a la prisión. Sin embargo, por los resultados, podría afirmar que las alternativas han rectificado el discurso de la cárcel y, además, no solo no ha disminuido el número de personas privadas de libertad sino que ha aumentado el número de personas sujetas a control penal. Por esta razón, las alternativas estatales a la prisión conservan la realidad de la cárcel y mantienen vigentes todas las críticas realizadas.

El discurso dominante sobre las alternativas a la cárcel está enmarcado dentro del sistema de justicia penal. Se reconoce que la cárcel es un problema y se considera que las alternativas son una solución. Las alternativas son la libertad condicional (*parole, probation*) y los programas correccionales comunitarios. De acuerdo con Vass, "las alternativas son aquellas penas que permiten al condenado a pasar parte o la totalidad del tiempo de condena fuera de los establecimientos penitenciarios".[50]

Pero esta solución tiene severas restricciones. No caben las alternativas para los crímenes considerados graves, para los delitos cometidos por adultos y, si se incumplen, procede la privación de libertad.[51] Es decir, la prisión como institu-

49. Ulla Bondenson, *Alternatives to Imprisonment. Intentions and Reality* (Colorado: Westview Press, 1994), 239.

50. Anthony Vass, *Alternatives to Prison. Punishment, Custody and the Community* (Londres: Sage Publications, 1990), 2.

51. Gill McIvor, "Reparative and restorative approaches", en Bottoms, Rex y Robinson, edit., *Alternatives to Prison*, 167.

ción es intocada. La sombra de la cárcel está detrás de cada medida alternativa. Es decir, la cárcel sigue siendo la principal y la definitiva forma de sancionar penalmente.

De acuerdo con los defensores de las alternativas a la prisión, estas se basan en tres principios: solidaridad cívica, sanciones positivas y mínima intervención. La solidaridad cívica implica la relación entre el condenado y la comunidad, bajo la premisa de que los primeros necesitan recursos sociales más que otra gente; las sanciones positivas son un estímulo a la conducta y refuerzan el buen comportamiento; y la mínima intervención garantiza que los efectos perniciosos de la cárcel no se produzcan.[52] Este discurso comenzó en los años 60 y ha ido evolucionando.

En estos años, Europa experimentaba el auge del estado de bienestar, que pretendía incluir a la clase obrera en la estructura social. La libertad condicional permitía efectivamente reincorporar a la persona condenada a la sociedad. En los años 70, se entendió que las alternativas permitían evitar daños e incluso ahorrar recursos. En estos años se desarrollaron las medidas de cumplimiento de sentencias en la comunidad y la suspensión de sentencias. En los años 90, la idea fue hacer cumplir una pena fuera de la cárcel, y se desarrollaron dispositivos técnicos de control y uso de manejo de riesgo para maximizar la efectividad de la pena.[53] Entre las medidas desarrolladas últimamente se encuentra el monitoreo electrónico, que es un dispositivo electrónico que se coloca al condenado y que emite señales hacia centros de supervisión de condena. Algunos criminólogos sostienen que, de esta forma, se consiguen efectos educacionales, de comportamiento y hasta de reparación, que causan más efectividad en la prevención del crimen y evitan el daño de la cárcel.[54]

Existen estudios en los que se demuestra que las alternativas estatales a la prisión no han resuelto el problema del crimen ni el de la cárcel. Al contrario, las alternativas han expandido el sistema penal de una manera geométrica. El control penal ha salido de la cárcel y está en la sociedad. Además, la efectividad de las medidas requiere mayores inversiones económicas para contar con el personal suficiente y capacitado, con comunidades entrenadas para que incluyan a perso-

52. Bondenson, *Alternatives to Imprisonment*, 215.

53. Bottoms, Rex y Robinson, edit., *Alternatives to Prison*, 1-12; ver Vass, *Alternatives to Prison*, 3-13.

54. Mike Nellis, "Electronic monitoring and the community supervision of offenders", en Bottoms Rex y Robinson, edit., *Alternatives to Prison*, 241.

nas condenas y para convencer a los condenados para que cumplan con las sentencias.[55] Las alternativas a la cárcel van de la mano de otros actores protagónicos del sistema penal, como los fiscales, los jueces y la Policía, que hace que los problemas de estigma, incertidumbre, abuso de poder, estén siempre presentes.

Bondeson ha analizado información cualitativa y cuantitativa en relación con las alternativas a la prisión. Algunos de sus hallazgos: las alternativas estigmatizan en igual medida que la prisión tanto por operadores de justicia como por miembros de la sociedad; los supuestos beneficiarios de las alternativas no sienten que son apoyados sino más bien reprimidos por la sociedad y el estado; los altos índices de reincidencia demuestran que la inclusión no se produce; las medidas alternativas han creado subculturas criminales; las alternativas han criminalizado no solo a los beneficiarios sino a su familia, y han provocado severos daños psicológicos; al igual que la cárcel, mientras más tiempo duran las medidas alternativas, mayor daño ocasionan; las alternativas degradan, infantilizan; las necesidades de los condenados no coinciden con lo que ofrece la comunidad. En suma, las alternativas a la prisión no incluyen socialmente y causan los mismos daños, en menor intensidad, que la prisión.[56] Por otro lado, desde la lógica de la política criminal, no existe evidencia empírica que demuestre que las alternativas estatales a la prisión hayan reducido la tasa de criminalidad.[57]

Ante este desolador panorama, ¿tiene sentido seguir pensando en alternativas dentro del sistema penal? Algunos criminólogos insisten en que lo que hay que hacer es seguir apostando por las alternativas a la prisión, pero corrigiendo sus defectos. Se propone, entonces, medidas tales como disminuir el control administrativo, restringir el tiempo de las medidas alternativas, aumentar los mecanismos de asistencia social en lugar de la supervisión policial, eliminar la amenaza de la cárcel.

También se propone expandir creativamente las alternativas a la prisión, estableciendo medidas como entrevistas disciplinarias, llamados de atención por parte de una autoridad no penal, visitas domiciliarias.[58] También se sostiene que las alternativas solo funcionarán en el contexto de un fuerte estado de bienestar,

55. Peter Raynor, *Rehabilitative and reintegrative approaches*, en Bottoms, Rex y Robinson, edit., *Alternatives to Prison*, 215.

56. Bondenson, *Alternatives to Imprisonment*, 194-206.

57. Bottoms, Rex y Robinson, edit., *Alternatives to Prison*, 71.

58. Vass, *Alternatives to Prison*, 120-6.

en el que se acompañen las sanciones con medidas del tipo educativas, laborales, vivienda y de seguridad social.[59] Pero no hay que olvidar que el estado de bienestar está en crisis debido a la globalización capitalista, que las cifras hablan de un incremento de la inequidad global,[60] y que la criminalidad no solo se produce por parte de aquellos que no han sido beneficiarios del estado de bienestar.[61]

¿Las alternativas a la cárcel ofrecidas por el sistema penal son realmente alternativas? Se trata de una alternativa que mantiene latente la cárcel y más bien la rectifica. Si una alternativa plantea una opción entre dos posibilidades, la alternativa a la prisión no es realmente una. En primer lugar, siempre se impone una sanción de prisión; en segundo lugar, la prisión acaba siendo la sanción ya sea porque se la cumple por la reincidencia o porque se amenaza con su uso; en tercer lugar, si la prisión y la alternativa es control penal estatal realmente las diferencias son de grado e intensidad. Por otro lado, existe evidencia de que las "alternativas" han sido el primer paso para que las personas condenadas cometan infracciones graves y acaben estando en la cárcel.[62] Una alternativa que no disminuya el uso de la cárcel, sino más bien que vaya de la mano con el incremento del uso de la prisión tampoco puede ser considerada alternativa.[63] Hay un argumento más, que es un defecto estructural de los sistemas penales: el rol de las víctimas y el compromiso de la sociedad civil. Aunque se podría considerar que las víctimas pierden control sobre su conflicto en beneficio de una sociedad institucionalmente organizada para preservar la paz la seguridad,[64] considero que las víctimas son poco importantes y tienen un rol secundario en el sistema penal. Mientras el estado persista en la intención de aparecer como representantes del orden público y de la sociedad (usurpando el conflicto a las víctimas),[65] las alternativas a la prisión no tendrán una seria posibilidad de resolver los verdaderos daños ocasionados por el

59. Bondenson, *Alternatives to Imprisonment*, 239.

60. Ibíd., 241.

61. Baratta, *Criminología crítica*, 101.

62. Bottoms, Rex y Robinson, edit., *Alternatives to Prison*, 3, 112.

63. Christopher Lewis, "Trends in crime, victimization and punishment", en Bottoms, Rex y Robinson, edit., *Alternatives to Prison*, 39; ver también Maeve McMahon, *The Persistent Prison?*, 124; además ver Wacquant, *Punishing the Poor*, 113.

64. Joxerramon Bengoetxea, "Ultima Ratio and Judicial Application of Law". *Oñati Socio-legal Series* 3(1), 107-124, 2013, ‹http://ssrn.com› (consulta: junio de 2013), 113-14.

65. De acuerdo con Foucault, la confiscación del conflicto de la víctima fue un mecanismo de consolidación del poder estatal, que además fue un mecanismo de enriquecimiento e incremento de la propiedad de quienes tenían poder, mediante la aplicación de sanciones del tipo multa

delito. Parecería que nunca hubo la intención de mejorar el sistema de sanciones o atender las necesidades de las víctimas.[66] Por otro lado, en la coyuntura actual, en la que la sociedad admite y promueve el uso de la cárcel, hay que pensar que la sociedad civil no está preparada para incluir personas condenadas. Hay grupos sociales terriblemente punitivos, intolerantes, violentos, disfuncionales, en los que la aplicación de alternativas puede ser contraproducente.[67]

Si las alternativas conservadoras a la prisión reifican la cárcel, no han prevenido la delincuencia y ofrecen los mismos problemas que el encierro, ¿es posible imaginar otras alternativas radicalmente distintas a las soluciones ofrecidas por la justicia penal estatal? Bengoetxea, analizando el principio de *ultima ratio* del derecho penal, también se pregunta si se pueden usar otras respuestas para tratar el tema del delito y el control social. Efectivamente, una posibilidad dentro del sistema de justicia estatal es la descriminalización, buscando soluciones en otras esferas legales, como la civil y la administrativa; otra es la prevención mediante políticas propias del estado de bienestar; y una tercera es desregular o desjuridificar, dejando el conflicto en el dominio de la moral privada, clarificando, en todos los casos, que no se trata de dejar impune los hechos que causan daño, sino de dar otras respuestas a la penal. "En nuestras sociedades multiculturales, estas alternativas normativas valen la pena tomar en cuenta".[68] En esa línea, parecería que en la práctica de la justicia indígena podríamos encontrar otras posibilidades, que nos permitan descolonizar nuestro imaginario y la praxis punitiva dominante.

III. Alternativa radical a la prisión: la justicia indígena

La alternativa a la cárcel como solución de conflictos sociales graves se la puede encontrar fuera del sistema estatal de administración de justicia. El solo enunciado de esta posibilidad causaría más de una crítica. Por mencionar una que viene desde un gran teórico del derecho penal garantista. Ferrajoli la calificaría como

o confiscación. En adelante el conflicto nunca volverá a ser entre dos partes iguales (víctima y victimario), sino entre una parte con poder (estado/fiscalía) y otra sin poder (victimario) (2003: 80).

66. Vass, *Alternatives to Prison*, 39.

67. Ibíd., 73.

68. Bengoetxea, "Ultima Ratio and Judicial Application of Law", 115.

una propuesta abolicionista, que significaría un retorno a modelos arcaicos de justicia penal, en la que predominaría el interés y la voluntad del más fuerte. Sin sistema penal estatal, la violencia, connatural al ser humano, se desbordaría y la venganza privada sería la regla.[69] Sin embargo, la alternativa existe y no se produce el desborde ni la venganza privada.

La justicia indígena es parte de lo que se conoce como "justicia restauradora". La justicia restauradora es una forma de resolver los conflictos sociales, que tiene una base comunitaria, concibe a la víctima y al victimario como miembros de una comunidad, considera al "delito" como un problema que rompe la armonía comunitaria, que se tiene que afrontar y resolver, utilizando la vergüenza como herramienta de prevención del delito. Braithwaite reconoce que hay dos tipos de vergüenza, una que desintegra, divide y estigmatiza, y otra que incluye, refuerza a la comunidad y sana.[70]

Rupert Rose, encargado de administrar justicia estatal en las comunidades indígenas de Canadá, después de haber visitado gran parte de su vida comunidades indígenas, inspirado en los Oji-Cree, escribió un libro que sintetiza la diferencia entre la justicia indígena, que es restaurativa, y la estatal, que es adversarial. Las dos formas de hacer justicia son, por los fundamentos, los procedimientos y los resultados diametralmente opuestas. La justicia indígena se enfoca en la vida de las personas y la comunidad (holística), en el futuro, considera al victimario como miembro de la comunidad que necesita ayuda, a la víctima como un actor importante y a la comunidad como un espacio que debe recuperar la armonía, el conflicto es un problema que tiene que resolverse y una oportunidad para mejorar la vida personal y comunitaria. El procedimiento tiene ritualidades y dimensiones espirituales. La justicia adversarial, en cambio, aisla el conflicto, a la persona y a la víctima. El conflicto se reduce a un hecho a ser investigado, que se centra en el pasado, la víctima es objeto de prueba. La finalidad es sancionar y encerrar al responsable, y se puede prescindir de la víctima. El procedimiento es burocrático, lento, profesional, sin emociones (1992, 189-211).

La justicia indígena en La Cocha, como detallaré a continuación, se basa en la vergüenza integradora y es una justicia restauradora.

69. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 251.

70. John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1984), 4-12; ver también Elmar Weitekamp, "Reparative justice. Toward a Victim Oriented System", en *European Journal in Criminal Policy and Reaserch* (1993), 69.

1. Los casos de La Cocha

La Cocha es una comunidad indígena kichwa que tiene ocho mil habitantes aproximadamente, ubicada a 3.400 metros sobre el nivel del mar, en la Cordillera de los Andes, región de la Sierra central del Ecuador, provincia de Cotopaxi. La comunidad vive de la agricultura (cebada, habas y papas) y de la ganadería. Tienen escasos y deficientes servicios públicos.[71]

La Cocha es conocida en Ecuador por dos casos que han puesto a prueba la declaración del Ecuador como un estado plurinacional e intercultural. El primer caso sucedió en el año 2002 y el segundo en el 2010. En el 2002, tres jóvenes, bajo el efecto del alcohol y después de haber discutido con un anciano en la comunidad, le golpean con un destornillador, un tubo y una piedra. Al poco tiempo, el anciano perdió la conciencia. Horas más tarde el hombre murió. Inmediatamente las autoridades indígenas, el *Cabildo*, se juntaron para resolver el caso. Cuando lograron contar con las tres personas que provocaron la muerte del anciano, el *Cabildo* convocó a las comunidades de La Cocha y sus alrededores a una *Asamblea* para conocer y resolver el caso. Quince días después de sucedido el hecho, el juzgamiento tuvo lugar. Alrededor de cinco mil personas se reunieron ese día. Después de escuchar y discutir sobre el caso, durante varias horas, se resolvió el caso. Los tres jóvenes fueron considerados responsables por la muerte del anciano; la viuda fue compensada por la pérdida del marido (6.000 dólares); los jóvenes recibieron consejos y pidieron disculpas; los jóvenes recibieron 13 latigazos, fueron purificados con ortiga y baños en agua helada; finalmente fueron expulsados de la comunidad por varios días. Después de firmar el acta, el caso se cerró y, según constatan algunos investigadores, la armonía se recuperó. Actualmente, uno de los victimarios es un miembro políticamente activo en la comunidad.[72] El actual dirigente de la comunidad recuerda:

> Hicimos una indemnización a sus hijos, a ese señor liberamos, quedamos ahí en paz, en la asamblea hay que pedir perdón y la asamblea ya le perdona también

71. Llasag, "Justicia indígena: ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha", 324.

72. Irene Caselli, "Ecuador's indigenous justice system on trial", en BBC *News*, 2010, ‹http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-10683003› (consulta: 11 de febrero de 2012); ver también Mark Thomas, *Legal pluralism and interlegality in Ecuador: The La Cocha murder case* (Amsterdam: CEDLA, 2009), 50.

> y les da algunas orientaciones y ya con eso tranquilamente ya lo entienden (Ricardo Chaluisa).

El segundo caso sucedió en mayo de 2010, durante las celebraciones de una fiesta comunitaria. El cadáver de un hombre, que vivía cerca de la comunidad La Cocha, apareció muerto en el parque de Zumbahua. Horas antes, de acuerdo con el testimonio de algunas personas, el hombre había peleado con cinco jóvenes "rockeros", que pertenecían a la comunidad de Guantopolo. Según una de las autoridades indígenas que juzgó el caso, los jóvenes dijeron:

> Llegué a Zumbahua a la una y no encontré a nadie, me puse a tomar a eso de las dos con ese grupo de cinco. A las tres nos comenzamos a relajar, yo me di cuenta que mental y espiritualmente estaba mal. A las siete nos fuimos al parque. Ahí llega el joven MO, que estaba tomado, y les dice a los jóvenes: "esos rockeros, vergas". Uno de los jóvenes se levanta y le dice: "haber que pasa con mi gente", ahí es donde se paran los cinco y le comienzan a pegar, un joven le da un golpe en la boca del estómago y le deja tendido. Cuando se queda tendido nosotros pensamos en que no le matamos, de repente uno le saca la correa y le amarra a la altura del hombro. Luego le llevan por una calle hasta la puerta de la iglesia y ahí le dejan amarrando. Ahí es donde le dejan ahorcando (José Chaluisa).

La *Asamblea* determinó que los jóvenes eran culpables y decidió sancionarles de manera semejante que el año 2002 y que se detalla más adelante.

Los medios de comunicación trasmitieron algunas imágenes de la ejecución de la sanción de forma alarmante, proyectando una imagen de salvajismo. Los jóvenes afirmaron que habían sido víctimas de torturas y tratos crueles. Las autoridades estatales reaccionaron de inmediato. Incluso el presidente afirmó que se trataba de una monstruosidad y barbaridad.[73] Pocos días después, el fiscal general y el ministro del interior "rescataron" a los jóvenes sancionados, les llevaron a una cárcel y les procesaron penalmente. De igual modo, procesaron a las autoridades indígenas por secuestro y tratos crueles.

Los dos casos tratan sobre la compleja relación entre la justicia indígena y la justicia estatal. En los dos casos, el objeto de juzgamiento fue un homicidio, hubo juicio y resolución en la comunidad, y la justicia ordinaria penal recla-

73. Ibíd.

mó competencia. Además, en ambos casos hubo interferencia de los medios de comunicación, que llamaron la atención sobre la forma cómo la justicia indígena procedía. En el caso del año 2002, no con pocos problemas, el juez penal consideró que la comunidad tenía competencia para juzgar el hecho criminal. En el caso del año 2010, en cambio, después de que la comunidad resolvió el caso y se cumplió parte de lo resuelto, agentes del sistema penal intervinieron y desconocieron lo actuado por la justicia indígena, se inició un proceso penal, bajo la premisa de que las autoridades indígenas no tenían competencia material para conocer delitos graves como el asesinato.[74] La Cocha 2010 es un caso único porque el mismo hecho y los mismos involucrados en el conflicto experimentan las dos formas de justicia. El estudio de este caso me permite comparar no solo los efectos de las dos formas de justicia, sino también algunos aspectos procedimentales y teóricos que han sido destacados en esta investigación. Voy a describir lo dicho en las entrevistas a víctima y victimario, y los expedientes de los casos, para luego analizarlos comparativamente.

2. "Prefiero la justicia que me saque libre"[75]

Conversé con los jóvenes condenados por la justicia indígena y aún procesados por la justicia penal en junio de 2013. Ellos se presentan todos los viernes ante el Tribunal Penal de Cotopaxi y el fiscal de Latacunga en virtud de una medida alternativa a la prisión preventiva. Siguen esperando ser juzgados y su juicio se encuentra suspendido hasta que la Corte Constitucional resuelva si la justicia indígena tiene competencia para resolver delitos graves y si se aplica el principio de *ne bis in idem*. En lo que viene presentaré su vivencia en ambas justicias.

Los jóvenes insisten que son inocentes, que estuvieron en la fiesta, que vieron a la persona muerta, pero que no le provocaron la muerte. Creen que les acusaron por el solo hecho de ser indígenas rockeros. De alguna manera, están

74. Carlos Poveda, "La Cocha: 2002-2010, retrocesos en un estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico", en *Novedades jurídicas*, año VII, No. 19 (Quito: Edic. Legales, 2010); ver también Thomas, "Legal Pluralism and the Continuing Quest for Legal Certainty in Ecuador"; *Oñati Sociolegal Series*, ‹http://ssrn.com› (consulta: 11 de febrero de 2012).

75. Entrevista realizada a las cinco personas acusadas por la muerte, realizada por Ramiro Ávila Santamaría, Fernando García (antropólogo jurídico), Raúl Llasag (activista por los derechos de los pueblos indígenas). Las cinco personas son indígenas, hombres, tienen entre 21 y 25 años.

cansados de contar su historia. Lo han hecho ante la comunidad, al fiscal, a los abogados defensores, al juez y a múltiples periodistas. Les informo que no me interesa lo sucedido aquel día de la muerte, y lo que quiero saber es cómo han sentido los dos juzgamientos y qué piensan sobre la justicia indígena y penal.

Comienzan recordando el primer día de cárcel. Ninguno de ellos había estado antes preso. Tenían mucho miedo. Una de las frases que más les impactó es aquella de que "carne fresca paga piso", que quiere decir que van a ser violados. Decidieron estar siempre juntos para evitar que abusen de ellos. Las primeras semanas pasaron en un lugar en el que observan su peligrosidad. Luego les ubicaron en celdas.

La cárcel tiene una rutina monótona. A las seis de la mañana les despiertan para constatar que todos están. Luego desayunan un chocolate aguado con un pan. A mediodía tienen el almuerzo. La comida es una migaja. "Dan comida como sobra para perros que les dan un hueso". Entre las comidas, "no pasa nada. No hay nada que hacer más que pensar en su caso". Uno adentro, además, piensa: "ahora cuando salga voy a vengarme, voy a cobrarme". Las noches también son largas y no se puede dormir bien. Uno se vuelve loco de tanto pensar. El tiempo es lento. "Los minutos son como un año".

La cárcel es rara y otro mundo, comentan. La califican como "un infierno en vivo, en donde habita el diablo". Estar en la cárcel es estar como muertos en vida. Muchos presos son racistas y les dicen despectivamente que son "indios" y "runas". Recuerdan haberse dado golpes seis veces para defenderse o para no dejarse humillar. Consideran que los guías con corruptos, al igual que la ley y también los abogados.

Una de las cuestiones más duras fue no poder estar con su familia. Dicen que sus familias sufrieron mucho y les costaba dinero y tiempo irles a visitar. Pero no les abandonaron. Sienten que su familia y su comunidad les creen y les apoyaron. Cuentan que el suplicio aún sigue y que sus madres lloran con frecuencia. Para la familia "la cárcel fue *full* llanto".

Al salir de la cárcel sienten que salieron enfermos, ensimismados, violentos, que les costó ser "normales". Más o menos en cinco meses no pudieron adaptarse. Dicen que estar en la cárcel fue como estar en la obscuridad, en un túnel, y que salir fue como volver a una luz intensa, en la que no pueden abrir los ojos. Poco a poco fueron retomando sus vidas. Ahora trabajan unos y otros estudian

en la universidad. Ninguno volvió a vivir en la comunidad, en parte por vergüenza y en parte para superar este capítulo de sus vidas.

Cuando comparan la justicia indígena con la ordinaria, todos sin excepción prefieren la indígena. Consideran que la justicia indígena maltrata, que no investiga de forma adecuada, que no fueron escuchados y que tienen tanta presión que les tocó admitir la responsabilidad. Pero el dolor que sintieron pasó pronto, y el dolor físico se olvida. Creen que, aun siendo inocentes, si es que se cumplía la resolución indígena todo habría pasado ya y no tendrían más problemas en sus comunidades. Sin embargo, la justicia penal es mucho peor. La gente es autoritaria, se está lejos de la comunidad, el tiempo pasa lento y no se hace nada, nadie dice la verdad. El fiscal es mojigato, el rato menos pensado te saca el puñal (hacen referencia a la acusación por asesinato y a una posible pena de 12 a 16 años). "No hay nada bueno en la cárcel. Uno afuera aprende a volar, adentro de la cárcel le cortan las alas."

Si habría que cambiar algo de la justicia indígena es que deben investigar más antes de sentenciar y buscar a los verdaderos culpables. En la justicia ordinaria, en cambio, no hay como cambiar nada y siempre será corrupta. "Pueden cambiar los edificios, el color de las paredes, pero es la misma pendejada, la misma huevada. Hablan, hablan, hablan y llegan siempre al mismo punto."

Ambas justicias son salvajes, concluyen. La justicia indígena hace daño físico, pero uno se cura y se olvida pronto, explican. En cambio, la justicia ordinaria es más lenta y deja un daño psicológico que nunca se olvida. "En la justicia indígena uno vuelve enseguida a la vida normal. En la justicia ordinaria te dañan para siempre. La cárcel es algo duro y hasta dan ganas de llorar solo recordando..."

3. "La víctima se siente sumamente más bien protegida por las autoridades comunitarias"[76]

J., víctima, se desempeña como fiscal y forma parte de la justicia penal estatal. Nos recibe en su oficina y nos cuenta sobre su experiencia en la justicia indígena y en la justicia ordinaria. El mismo día en que le entrevistamos, habíamos visitado la comunidad indígena y caminamos por el centro comunal. Podía imaginarme la

76. J., hombre, indígena, mayor de edad, hermano de la persona muerta. Entrevista 23 de mayo 2013, en Pujilí, pueblo cabecera cantonal del lugar donde se produjeron los hechos, realizada por Ramiro Ávila Santamaría y Raúl Llasag.

diferencia entre el escenario donde se realiza la justicia indígena y esa oficina de la justicia estatal. El primer lugar está rodeado por una montaña verde con muchas rocas. Sopla el viento, hace frío, el cielo es azul y el paisaje es hermoso. En cambio, en la oficina hay cuatro paredes, un escritorio, una ventana y un foco prendido: ladrillo, cemento, escritorio de metal y una computadora de plástico.

J. tampoco no está completamente satisfecho con la justicia indígena, pero mucho menos con la justicia penal. A pesar de ello, prefiere la justicia indígena.

> La víctima dentro de la cosmovisión indígena se siente sumamente más bien protegida por las autoridades comunitarias, porque las autoridades comunitarias lo que tratan es la reparación a la víctima. El problema de la justicia indígena es que las autoridades comunitarias no hagan cumplir, y no se hagan efectivo las decisiones de las autoridades indígenas, y de que estos autores de la muerte de mi hermano a lo mejor se burlarían tanto de la familia como de los dirigentes.

Por otro lado, al contrastar con su participación y sus expectativas en la justicia ordinaria:

> En la justicia penal nuestra participación ya no es importante, nosotros podemos no formar parte de este proceso penal. En la justicia indígena por lo menos se logró denunciar, se logró establecer quiénes eran los responsables de la muerte de mi hermano, se podría decir que en algo había ya una tranquilidad.

Cuando se le pregunta qué más le gustaría haber obtenido de la justicia indígena, menciona que "para siempre, ellos tienen que estar en la memoria colectiva de las comunidades, de que ellos fueron los autores de la muerte de mi hermano." Sin embargo, desea que "algún día me gustaría verles profesionales."

Parte de las sanciones establecidas por la comunidad fue el pedir perdón. ¿Fueron perdonados por las víctimas? J. es claro en afirmar que "no están para perdonar. Pero tampoco estamos para hacer daño ni desear el mal."

J., su madre y sus hermanos estuvieron presentes en el juzgamiento. Considera que hubo diálogo, que hubo investigación, que pudieron preguntar cuando sentían la necesidad para sacar toda la información sobre lo sucedido. Los familiares de las personas acusadas propusieron un arreglo económico.

> Nosotros, los hermanos, totalmente rechazamos esa propuesta. La razón fundamental de nosotros creo que fue es que una vida humana es invalorable, el cariño de mi hermano no se podía compensar en dinero. Y lógicamente de plano rechazamos, y donamos a la comunidad.

Una de las virtudes que se resalta de la justicia indígena es que restaura la armonía en la comunidad. A nivel familiar J. sostiene que:

> No en mi familia no. No se ha recuperado por cuanto no se hizo efectivo las condiciones y las sanciones impuestas. Y conocemos y sabemos por fuentes de otras personas, que ellos siguen yendo a las fiestas, ellos siguen yendo a esas reuniones sociales de diversión.

Por esta circunstancia, las relaciones entre las personas sancionadas, sus familias y las de la víctima no son armónicas. "Con ellos prácticamente es una relación de respeto pero sin palabras. No nos ofendemos ni nos ofenden." Cree que no se cumplió la sanción porque "Los familiares como garante de estos infractores, ellos debían hacer seguimiento y decir miren ustedes ya no pueden llegar allá, porque ustedes están así, hemos hecho así." Parte del problema fue que la justicia penal interrumpió el acontecer comunitario. J. cree por el hecho de estar ya en libertad seguramente "ellos creen que están eximidos de culpa y, por tanto, se dicen 'nosotros no vamos a cumplir'". Con la intervención de la justicia penal, "hay ciertas familias que de manera de ciega trataron de desvirtuar diciendo que no eran." Antes de intervenir, las autoridades de la justicia penal, de acuerdo con J., "tienen que saber que en las decisiones de las autoridades, el fin último es alcanzar la armonía y la paz de la comunidad." Si bien no se han cumplido las sanciones de la justicia indígena, ¿no podría considerarse un año de cárcel como una sanción por la muerte de su hermano?, le preguntamos, y además si es que sería conveniente introducirla en la cosmovisión indígena.

> Yo creo que la cárcel en sí, en las comunidades indígenas, yo creo que jamás van a existir. Porque naturalmente la cárcel para las comunidades indígenas es un encierro donde el infractor va a juntarse con delincuentes más profesionales, y al momento que ellos salen de la cárcel van a venir con venganza. En la cárcel hay

ruptura familiar, ruptura con el entorno, se pierde el vínculo con la comunidad. En la cárcel se aíslan de la vida.

4. "El objetivo central es el de buscar la paz"[77]

El procedimiento de la justicia indígena se recoge en un acta. El acta es manuscrita y la escribe la secretaria de la comunidad. Tiene varias partes. Comienza con un encabezado, en el que consta la fecha, las comunidades que están reunidas y el número de personas. En él se manifiesta que el 16 de mayo de 2010, se reunieron seis mil personas y dirigentes de 12 comunas, y el 23 de mayo de 2010, comparecieron cuatro mil personas y dirigentes de 24 comunas (Comunidad La Cocha, 2010).

Le sigue una parte, que podría llamar de antecedentes, en los que constan la convocatoria a las comunidades mediante altoparlante, la bienvenida que da el presidente a los asistentes, el conocimiento de la muerte violenta, a la que llaman "desgracia", y la designación de una comisión de la comunidad para investigar el hecho.

Finalmente, se describe lo sucedido en el día del juzgamiento, que tiene tres partes: la investigación, la discusión sobre la responsabilidad y la sanción, y la ejecución de la sanción.

El acta recoge el fin del juzgamiento y la fase investigativa: "el objetivo central es el de buscar la paz, la tranquilidad y resolver entre nosotros. En la investigación:

> Primero conversamos con los jóvenes que cualquier delito hayan cometido. Tiene que decir las verdades, ahí llegan los pastores, el cura párroco, entonces no pueden ni deben mentir. En esta primera conversación ya reflexionan y en la segunda y tercera conversación ya informan claramente lo que ha pasado. Entonces separamos a cada muchacho. Uno estaba aquí en la casa comunal, otro en la casa de al lado, otro en la casa frente a la iglesia y otro en la casa que se encuentra en la entrada de la comuna y el principal implicado está en una casa al otro lado del patio. Entonces los cinco declararon "nosotros fuimos, nosotros somos culpables, pero por favor que no queremos que nos manden a la cárcel si

77. Libro de Actas, Comunidad La Cocha.

> no que se nos aplique la justicia indígena, porque nosotros sabemos que hemos errado (José Chalosa).

Luego, la brigada comunitaria rinde su informe en público,[78] en el que se cuenta el hecho, la forma cómo se lo conoció, las personas que contaron sus versiones sobre lo sucedido y también sugieren ya la responsabilidad. La víctima interviene varias veces y hace preguntas a las personas sospechosas.

Las personas proponen y discuten las penas. El siguiente listado recoge, de acuerdo con el orden de propuesta, las sanciones sugeridas: hacer cargar un quintal de ripio; que camine desde donde mató hacia la comuna La Cocha; caminar desnudo haciendo cargar piedra de cascajo; hacer baños con agua con ortiga "y eso es remedio para que cure las enfermedades"; mande al penal; "desde lugar donde está detenido llegará caminando y cargando un qq de tierra; dar la vuelta en la cancha; públicamente pedirá perdón al público; látigos a cada uno de los involucrados; indemnizar a la parte doliente; expulsar de la comunidad; hacer trabajos comunitarios; pago de 5000 dólares; prohibir el ingreso a las fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua; expulsión durante 2 años; familiares responsabilizarse de la rehabilitación; baño de agua con ortiga por el tiempo de 30 minutos; cargar tierra y desnudo dar la vuelta la plaza central de la comunidad; "recibirá un castigo por cada uno de los dirigentes de la comunidad y que esto sea visible ante la asamblea; perdón público ante la asamblea. Aunque alguien mencionó la posibilidad de la cárcel, en el acta consta que la cárcel no es una sanción de la justicia indígena.

Al final, "luego de las deliberaciones, debates de todo lo ocurrido, la asamblea adopta": 1. Aplicar la justicia indígena, de acuerdo con las normas y procedimientos propios. 2. Declarar a los involucrados como partícipes de la muerte del joven M. 3. Indemnizar con 5.000 dólares que la parte ofendida dona a la organización. 4. Prohibir el ingreso de estos jóvenes e involucrados en el asesinato, a las fiestas sociales y culturales a la parroquia de Zumbahua durante 2 años. 5. Dar una vuelta a la plaza pública cargando un qq de tierra desnudo. 6. Pedir perdón a los familiares y a la Asamblea. 7. Bañar con agua y ortiga a lapso de

78. "Dentro de esa Brigada también hay Presidente, Vicepresidente, Tesorero, Secretario. Ahí hacen unas investigaciones, con esas investigaciones nos vienen a informar, recibimos esa información y verificamos nosotros también a ver si es cierto o no es cierto. Siempre se va a verificar, comprobar. En esa comprobación nosotros también tenemos que entrar para hacer esa pregunta, ese proceso de indagación" (Ricardo Chaluisa).

40 minutos. 8. Recibir castigo por cada uno de los dirigentes "en la presencia de toda la asamblea, seguido de consejos por parte de los dirigentes". 9. Realizar trabajo comunitario por el tiempo de 5 años. También se decide el seguimiento y evaluación del trabajo comunitario por parte de los dirigentes de las 24 comunidades y los dirigentes de Guantopolo. Los garantes de la resolución son los mismos juzgados y sus familiares: "Las partes involucradas y los familiares se comprometen a respetar y acatar fielmente lo resuelto." Finalmente, se declara terminada la asamblea, firman las autoridades indígenas el acta, que tiene, en total, tiene 23 páginas, y se desprende que dan cuenta de 10 horas de duración.

5. "Tienen presunta participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial conocido como asesinato"[79]

El expediente penal tiene 10 cuerpos (diez cuadernos) y, al momento, 2.504 páginas (cada semana, por la certificación de presentación de los acusados, aumenta diez páginas). El expediente está ordenado de forma cronológica, en función de los escritos que van acumulándose.

En las primeras páginas del expediente consta el "parte" policial, los informes de peritos sobre la autopsia y el reconocimiento del lugar. El primer acto procesal judicial, es la audiencia de formulación de cargos (28 de mayo de 2010). En esta audiencia, el fiscal considera que hay una muerte por estrangulación y que existen indicios para considerar que las personas privadas de libertad son presuntamente responsables del delito de asesinato. Además, no menos importante y sin que exista aún sanción, se ordena la cárcel durante el procedimiento (prisión preventiva). El abogado defensor solicita que "por seguridad personal de ellos he de solicitar sean transferidos a otra provincia". El juez acepta la petición, "para que se les brinde mayores seguridades, por cuanto, su vida se encuentra en peligro y riesgo", y ordena que las personas sean trasladadas a una cárcel en Quito.

Durante la investigación, el fiscal recoge varias versiones de vecinos de la comunidad y del hermano de la víctima (ninguno afirma haber visto la muerte, sino que narran haberle visto a ellos y a la persona fallecida horas antes); del policía que estuvo presente en la comunidad el día de la muerte; de los procesados, que afirman que son inocentes y que fueron torturados en la comunidad indígena. Los abogados defensores se limitan a pedir la libertad, a denostar como

79. Tribunal Penal de Cotopaxi, expediente judicial.

"salvaje" y "primitiva" a la justicia indígena y presentan certificados de buena conducta de las personas procesadas.

En la justicia penal, a pesar de la presunción de inocencia, no creen en la versión de los acusados. El juzgador manifiesta que sus afirmaciones de inocencia "hace presumir que posiblemente estarían encubriéndose unos a otros y formaron una coartada para evadir su participación en los hechos que persigue la fiscalía". Los recursos que plantean para obtener la libertad durante el proceso se niegan porque presumen que se van a fugar, así que les tratan como culpables. La víctima no tiene un rol importante, es más, salvo su versión, se prescinde de él, bajo la premisa de que "el Fiscal es representante de la sociedad y de la acción pública". El 21 de septiembre de 2010 el fiscal presenta su escrito de acusación y acusa a los procesados por asesinato.

El 24 de septiembre de 2010, el juez dicta el Auto de llamamiento a juicio. En el acta consta la acusación fiscal, las afirmaciones de uno de los abogados defensores que manifiesta que en la justicia indígena se presentan "actos de salvajismo, actos aberrantes para la sociedad". En el acta consta la prueba fundamental y también un hecho que destaca el juez, que confirma su creencia de culpabilidad: la versión policial y el hecho de ser los acusados rockeros. En cuanto a la versión policial: "versión que resulta verosímil y convincente, al tratarse de un miembro activo de la Policía Nacional y que se encontraba precisamente actuando como agente investigador, lo cual le asigna y le atribuye un alto grado de credibilidad." En lo de ser rockeros, el juez destaca que hubo un detalle que le llamó la atención: en la cédula de identidad de uno de ellos consta en la firma la palabra "metalrock O". Acepta la petición del fiscal y llama a audiencia de juicio por asesinato. En el mes de diciembre 2010, las personas procesadas cambian de abogados, quienes sostienen que el Tribunal no puede juzgar porque ya lo fueron por la justicia indígena. El Tribunal suspende el juicio y envía a consulta a la Corte Constitucional, que no ha resuelto aún al momento de escribir esta investigación.

6. ¿La cárcel o la reparación? Esa es la cuestión

La máxima autoridad de la Función Judicial en Ecuador ha declarado públicamente que el debate sobre la justicia indígena no es sobre cuál es la mejor justicia

sino sobre cuál es la competencia de ambas justicias.[80] La autoridad estatal asume que en ciertas infracciones hay un interés nacional y que hay mejores capacidades en la justicia ordinaria para conocer y resolver delitos graves y complejos. Sin embargo, en un estado intercultural, se trata precisamente de comparar: ¿cuál sistema causa mayor daño individual y social?

La diferencia entre cárcel y las diferentes formas de sanción indígena no es menor, y este debate no se debe evadir. La cárcel para los acusados es como un túnel y genera un trauma psicológico que nunca se olvida, además te separa de la comunidad, aísla, hay violencia sexual y física, se come mal, no se duerme. En suma, se padece de igual manera como describe Sykes. En la justicia indígena, el dolor es físico y se olvida en semanas, las comunidades perdonan y reintegran.

Como se ha visto en el caso de estudio, la cárcel no resuelve problema alguno sino que lo aumenta. Al final, la cárcel es violencia y a veces con peores efectos que el mismo delito. Tanto las personas procesadas y la víctima, como los miembros de la comunidad sostienen que "en la cárcel vienen peor, aprendiendo malas cosas, salen y vienen con más venganza a la comunidad" (César Taquiza).

En la comprensión indígena hay dos argumentos muy fuertes en contra de la justicia penal basada en la cárcel como sanción, basado en los principios de no mentir, *ama llulla,* y el no ser ocioso, *ama killa*. En lo de la mentira, una estrategia de la justicia penal es, por la presunción de inocencia y la carga de la prueba, no admitir responsabilidad. Según Tibán, "en la justicia ordinaria el abogado hasta el último dice "dile que no hiciste". Claro, la persona termina creyendo que no lo hizo. Termina creyendo que lo que violó no era violación, que lo que mató no era matar." El otro principio es el "no ser ocioso", enfatiza Tibán, "es el fundamento para no mandar a la cárcel. Porque la cárcel es ociosidad."

Lo más importante en la justicia indígena es el consejo y la reparación del daño. Tibán sostiene que "aconsejar, significa decirle con el alma lo que no te puedo dar con el chirlazo." Junto al consejo, tal como afirma Braithwaite, está la vergüenza integradora. Sin duda, admitir responsabilidad ante una comunidad genera una vergüenza enorme. "No sé qué duele más –cuenta Tibán– o pasar 25 años en cárcel, o pasar la vergüenza pública, sea por dos horas, sea por dos días, sea por media hora, pero lo que es más, es eso de que le cura al ciudadano,

80. Gustavo Jalkh, presidente del Consejo de la Judicatura, entrevistado Diego Oquendo, en Radio Visión, 91.7 FM, Quito, 3 de junio de 2013.

ese dar la cara al público y decir 'yo hice, y no lo volveré a hacer porque ha sido malo'".

En cuanto al tratamiento de las víctimas, en la justicia indígena se supone que el fiscal defiende los intereses de la sociedad y el estado. La víctima es prescindible, es una versión más y no se obtiene beneficio alguno. En la justicia indígena el conflicto es de las partes y de la comunidad. La sanción en la justicia indígena no pudo ejecutarse por la intervención de la justicia penal, lo cual frustró a la víctima. Miembros de la comunidad destacan:

> "Ellos –los victimarios– pueden robar y no les hacen nada, no les pagan nada. Toca ir donde un abogado, toca gastar donde la abogada y ahí quedan. No pueden hacer nada. Ahora vuelta aquí en las comunidades, si tienen que devolver, toca calcular cuánto valen los borregos. Eso le arreglan aquí." (Fabiola Chaluisa)

> "Hay un ladrón de ganado, se va a la cárcel. El dueño del ganado tiene que coger abogado para hacer la denuncia. El ladrón tiene derecho al defensor público, y nadie le respalda al dueño del ganado. Aparte de que perdió el ganado tiene que pagar pasajes, escrito, abogado, hasta huevos para el abogado, gallinita, cebolla, cebada... Nosotros tenemos justicia en la propia comunidad. Ahí sí es gratuita. Para mí es muy grave el tema violación y muerte. Y más difícil la violación. Porque el muerto está muerto, pero a la violada cómo le restituimos la integridad. ¿Mandando a la cárcel le restituimos la integridad?" (Lourdes Tibán).

> "En una muerte en 1995 hicimos una indemnización a sus hijos, en una mesa pusimos el dinero y les entregamos, ahí fue la primera vez que yo participe en la justicia indígena, yo era secretario. La tercera parte del dinero se entregó a la familia, con la otra parte de dinero les dejamos comprando el terreno. Y a la persona que le mató se le expulsó de la comunidad por 5 años. Esta sentencia fue planteada por la asamblea no por nosotros los dirigentes. Después el señor que se fue regreso a los 5 años y pidió perdón y ahora es pastor y luego fue dirigente de aquí de la comuna, por lo que decimos que eso es un ejemplo." (José Chaluisa).

El tiempo de solución del conflicto no es menor. En el caso estudiado la justicia indígena tardó semanas, en la justicia ordinaria años y aún no termina.

> En la ordinaria es solamente con abogado, se necesita mucha plata y también el tiempo. En la comunidad se soluciona no más que en dos días, un día y noche se arregla en la comunidad, pero en la justicia ordinaria no lo sabemos. Tampoco sabemos qué es lo que está ocurriendo adentro, sale favorable a veces, no sale favorable. Es muy peligroso para nosotros, porque si tienen dinero pueden salir bien; los que no tienen, no pueden salir bien (Olga Pilalumbo).

La forma de investigación es una diferencia notable. En la justicia penal los acusados no entienden lo que hablan los abogados, a los que se considera que mienten, traicionan y son corruptos, que trabajan en un lado y castigan en otro lado. En cambio:

> Nosotros aplicamos la Justicia Indígena y realizamos averiguaciones en las casas de las familias afectadas. Los jueces y fiscales no suben a las comunidades a investigar los hechos, sino que resuelven desde el escritorio los conflictos. La justicia estatal no funciona, tardan 5, 10, 15 años en resolver un problema, mientras tanto las familiares, los animalitos, la casa la comunidad sufren (José Chaluisa).

En el lado de la reparación del daño, se cuentan varios testimonios. Tibán cuenta un caso resuelto por la justicia indígena, que sin duda se trata de un delito. Se trata de un hecho que la justicia penal denominaría "abandono de menor", que es reprimido con 3 a 6 años de cárcel. En la justicia penal, la situación de la niña abandonada es importante en tanto es una prueba, pero su destino es indiferente. En cambio, en la justicia indígena, ese caso se resolvió en un día:

> Cuando una vez encontramos cinco de la mañana un guaguito llorando en la chacra, envolvimos a la guagua, llamamos al presidente de la comunidad, y ahora sí vamos a buscar a la mamá. Le buscamos y ahí estaba borracha. Esperemos que pase la chuma, seis de la tarde, se reúna la comunidad. Haber venga, qué está pasando. Le dan cuatro o cinco azotes. Hoy es una señora muy respetada, va a las mingas, trabaja. Lo otro hubiera sido llamar a la Policía, mandarlo a Latacunga a la cárcel. ¿Y la cárcel? No mandarán también violando a la señora desde la cárcel (Lourdes Tibán).

En los casos de robo, en la justicia penal las penas van de 1 a 5 años de cárcel. En la indígena es la reparación:

> Cogimos a ese que robó. Tiene que devolver todo lo que ha llevado. Tienen que devolver. Devuelven y quedan ya amigos como que no ha pasado nada. Pero siempre tienen que dar unos consejos serios, hay que poner serios compromisos, ya para otra vez no cometen los mismos errores. En la Justicia Ordinaria todos terminan peleados y en la cárcel aprenden a ser vagos (Ricardo Chiquisá).

En estos caso, graves como la muerte o leves como el robo, se puede apreciar que el control social es comunitario. Los miembros de la comunidad juzgan, investigan, sancionan y solucionan las infracciones.

Hemos dicho que el encierro como medida para asegurar la presencia en el juzgamiento y para garantizar el cumplimiento de una pena, siempre ha existido. En las comunidades indígenas no es la excepción. Pero tiene ciertas características que le hace peculiar: su administración es comunitaria y se produce en el domicilio de un miembro de la comunidad.

> Aquí no existe cárcel en la comuna, sino es un prendario. Tiene que estar en una casa particular que nadie tiene que ver a ese. Entonces ahí tiene que estar bien protegido ese señor. Tenemos que pasar la comida, tenemos que pasar las cobijas y tenemos que sacar afuera, tienen que estar calentando (Ricardo Chaluisa).

En el caso La Cocha 2002, la persona juzgada es actualmente un actor político. Hay múltiples testimonios en el sentido de que las personas sancionadas por la justicia indígena no vuelven a cometer la misma falta. En cambio, en la justicia penal la mayoría de la población carcelaria es reincidente por el factor de la criminalización analizado anteriormente. Pero el daño tiene relevancia en relación con el efecto de la sanción y el tratamiento a la víctima.

La consideración del hecho que causa el problema es abismal. Para la justicia penal es un delito, para la justicia indígena es considerado como tristeza o desgracia, *llaki*.[81]

81. Llasag, "Justicia indígena", 331.

La persona es un delincuente, en la una, y en la otra, es una persona que adolece de una enfermedad. El sujeto está "enflaquecido", tiene que fortalecerse y sanarse, para superar su fragilidad. Los procedimientos por eso a veces son fuertes.

Sánchez compara el latigazo, la ortiga o el baño con agua fría con los choques eléctricos o la quimioterapia, que resultan eventos traumáticos pero necesarios. Medicina y justicia están estrechamente vinculadas. La justicia previene y cura. Dado que el objetivo es sanarse e incorporarse a la comunidad, la justicia es breve y sumaria.[82] En el acta del juzgamiento de La Cocha consta que "la ortiga es un remedio para evitar las enfermedades, el concejo es muy importante para el respeto de nuestra pacha mama (sic)." La ortiga y el agua fría limpian, curan, dan fortaleza:

> Eso tiene que limpiar a la persona que ha hecho maldad, que ha tenido problema. Son plantas medicinales que dan energía a la persona. Nuestros papacitos han dicho "el cuerpo ya está con maldad y entonces la maldad tiene que sacar con unas plantas medicinales y con agua" (Ricardo Chaluiza).

La sanción es un ritual. Cada elemento y acción tienen un significado. El agua que se usa, por ejemplo, tiene que ser de la conjunción de dos vertientes, que provienen de las montañas. "No es cualquier agua. Es una agua sana, es una agua que da más energía positiva" (Jaime Cuhiparte en Sánchez: 26). De ahí que tenga sentido la *chikquhi yazca*, que es el proceso de limpieza o purificación, el arrepentimiento y la pedida de perdón público, y la recuperación del equilibrio que fue alterado por el sujeto en la colectividad.[83] Mientras que en la justicia penal, de acuerdo con Sykes, lo que existe es un proceso de degradación.

¿Puede la justicia indígena juzgar delitos graves? Escogí precisamente el caso La Cocha porque se trata de hechos de muerte. En estos casos se demuestran que para los indígenas todo hecho, por grave que fuere, tiene una solución. Para la justicia penal hay casos, como la muerte, que no tiene solución y por lo tanto procede la cárcel. No permitir juzgar estos problemas sería no solo usurpar el conflicto a las víctimas, sino también usurpar el conflicto a las comunidades. No comprender este aspecto, de acuerdo con Sánchez, solo se explica "desde una

82. Esther Sánchez Botero, "*Peritaje en antropología jurídica*", presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Inédito (2011), 30-6.

83. Ibíd., 26.

visión racista y etnocéntrica contraria a los principios Constitucionales que rigen al Ecuador y a los derechos humanos de los pueblos indígenas".[84] Los pueblos indígenas tienen, pues, derecho a aplicar justicia en todas las materias. Además, como sostiene Zaffaroni, frente al funcionamiento del sistema penal estatal, "no tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican".[85]

Los tradicionales argumentos en contra de la justicia indígena son que es impredecible, informal, inconsistente, injusta y desproporcional. Al analizar los casos de La Cocha observo que hay ciertos patrones de procedimientos y sanciones, que, en general, coinciden con los parámetros de la justicia restaurativa. En ambos casos se siguen formalidades y procedimientos. Según Llasag la justicia indígena cumple con los siguientes pasos: *willachina* o ruego, *tupuykuna* o investigación, *nawichina* o contraste de información, *paktachina* o resolución, y *chikiyashka* o ejecución de la resolución.[86] Esos mismos pasos constan en el acta analizada. En cuanto a la justicia, los procedimientos procuran conocer la verdad, declarar la culpabilidad y reparar. Sin embargo, los victimarios consideran que no hubo investigación suficiente y que fueron acusados injustamente.

La percepción de desproporcionalidad es provocada por los medios de comunicación y por los políticos, que consideran que linchamiento es sinónimo de justicia indígena. Más de una vez he visto en los medios de comunicación personas incineradas por robar una vaca, personas muertas a golpes por robo de electrodomésticos. El equívoco es doble. Por un lado, cuando sucede en zonas rurales aun cuando la población no es indígena, se comunica como si fuera justicia indígena. Por otro, el linchamiento no cumple con todos los requisitos para considerar justicia indígena: no es dirigido por una autoridad, no tiene procedimientos tampoco tiene sanciones encaminadas a recuperar la armonía. Tibán,[87] asambleísta indígena, ha sido enfática en considerar que en el linchamiento:

> No hay diálogo, no hay control, hay brutalidad. En la justicia indígena se dialoga. Después de una gran asamblea, un día, dos días, diez horas, ahí se llega a una

84. Ibíd., 38.

85. Zaffaroni, "Consideraciones acerca del reconocimiento...", 110.

86. Llasag, "Justicia indígena", 338.

87. Lourdes Tibán, asambleísta, líder indígena kichwa, originaria de la misma región donde se produjeron los hechos de La Cocha. De hecho, participó como secretaria en el juzgamiento del año 2002, entrevistada por Diego Oquendo, en Radio Visión, 91.7 FM, Quito, 31 de mayo de 2013.

> conclusión, y se dice, bueno, esto ha pasado y vamos a sancionar de esta manera, pero en un linchamiento lo que te cae es gasolina, lo que te cae es golpes, lo que te cae es fósforo.

Un líder comunitario de la comunidad testifica que en 45 años ha habido un solo caso de linchamiento en La Cocha.[88] Los supuestos responsables manifiestan que son inocentes. En la justicia indígena dicen que les obligaron a reconocer y en la justicia ordinaria, simplemente, no les creen. Suponiendo que efectivamente son inocentes, la pregunta es ¿en cuál justicia el error judicial tiene peores impactos? Los acusados manifiestan que prefieren la justicia indígena comparando las sanciones en la comunidad con el año que estuvieron presos. Seguro, después de 16 años de cárcel, si les condenan, será mucho peor su percepción, y el error será absolutamente irremediable, considerando lo que he afirmado sobre los efectos de la cárcel.

En el siguiente cuadro se sintetizan las diferencias entre las dos justicias:

	Justicia estatal	Justicia indígena
Fin de la pena	Retribución	Restauración
	Segregación punitiva	Paz/armonía
Resultado	Sentencia	Aconseja
Control social	Sistema penal represivo	Sistema comunitario
Concepción conflicto	Delito	Dolor/desgracia
	Falla individual	Armonía rota
Pena	Cárcel solución	Restitución/limpieza
	Adversarial	Problema comunitario
Efecto en el conflicto	Suspende y crea más problemas	Se intenta resolver el conflicto
Efecto en la persona	Degrada	Sana
	Daño psicológico permanente	Dolor físico
Efecto en la sociedad	Proceso de etiquetamiento	Proceso de sanamiento

88. Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, 40.

	Justicia estatal	Justicia indígena
Relación autoridad - actores conflicto	No hay vínculo con las autoridades	Proceso participativo. Juzgador parte de la comunidad
Procedimiento	Adversarial	Dialógico
	Burocrático	Comunitario

Del contraste entre las dos justicias, resulta claro que menos daño y mayores posibilidades de afrontar y solucionar el conflicto derivado del hecho delictivo, se lo encuentra en la justicia indígena. Si a esto le agregamos la comparación entre los dos procedimientos, derivados del registro:

	Justicia estatal	Justicia indígena
Tipo de registro	Expediente	Acta manuscrita
Número de páginas	2504 páginas (aún no terminado)	23 páginas
Objetivo	Condenar / "rehabilitar"	Paz/armonía/curar
Hecho conflictivo	Asesinato	Desgracia
Publicidad	30 personas	6.000 personas
Autoridad juzgadora	Tribunal penal (tres personas)	Dirigentes de 24 comunas (24 personas)
Víctima	Irrelevante	Actor importante
Fiscal	Representa sociedad / acusador	Vigila respeto DD. HH.
Investigación	Policía Nacional y fiscalía	Comisión comunitaria
Prueba determinante	Informe policial	Testimonio de autoinculpación
Solución	Cárcel	23 alternativas discutidas
Garantes ejecución	Policía y guías penitenciarios	Juzgados y sus familiares
Duración	3 años (no termina)	14 días

Puedo concluir que la justicia indígena es rápida, accesible, eficaz.

Hay una pregunta más que quisiera intentar responder. ¿Se puede replicar el modelo en sociedades no comunitarias como las ciudades modernas? Se dice que la justicia indígena solo podría funcionar en contextos donde existen vínculos comunitarios, en sociedades rurales y pequeñas, como es el caso de La Cocha.

Parecería que en sociedades comunitarias y con mayores responsabilidades tienen más seguridad. La vergüenza es efectiva en la justicia indígena, mientras que en la justicia penal el juicio no es moral ni tampoco hay consejos. La proclamación de libertad y la autonomía individual tiene como efecto la disolución simbólica de la comunidad. Por la libertad se tolera y se reprime. De ahí que las sociedades individualistas descansan en la idea de estados fuertes, con un aparato policial enorme. En las sociedades comunitarias, en cambio, no se requiere de policía y se sustenta en una comunidad integrada.[89]

Efectivamente, la urbanización, la movilidad social en las grandes ciudades, la profesionalización, el individualismo y la secularización de la sociedad son un obstáculo, pero no insalvable. Las personas son seres sociales y no pueden subsistir solas. Se quiera o no, los seres humanos tenemos relaciones sociales de interdependencia y los lazos comunitarios aún subsisten. Las comunidades se construyen, se consolidan o desaparecen.

La sociedad actual promueve el consumismo y el individualismo. ¿Podría promover otros valores? Braithwaite sostiene que lo que se debe hacer es acordar en ciertos valores centrales y realizar contratos comunitarios.[90] Al final, las comunidades se imaginan y luego se realizan, como bien analiza Anderson en la construcción del estado nación. De igual modo, se pueden construir a escala local, en la ciudad y en el mundo moderno.

El decidir si seguir fortaleciendo el sistema penal y la cárcel o aprender y practicar la justicia indígena es una opción política. ¿Dónde están los mayores índices de criminalidad y cuál sistema causa mayor daño individual y social? Las sociedades individualistas tienen mayor tasa de criminalidad que en las comunidades. Parecería, entonces, que sociedades comunitarias y con mayores responsabilidades tienen más seguridad. La vergüenza es efectiva en las segundas, mientras que en la primera simplemente no se juzga moralmente. La clave está

89. John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), 171.

90. Ibíd., 154.

en realizar compromisos comunitarios/ciudadanos y reforzar los vínculos comunitarios en las ciudades.[91] Se trata de pasar de una cultura represiva a una integradora.

Cambiar la cultura es alterar las formas de aprendizaje y de valores. Seguro podríamos aceptar formas reparadoras de solución de conflictos graves si, por ejemplo, el cuento de la Caperucita Roja tuviera otro final. En la tradición japonesa, donde se practica intensamente la justicia restauradora, el lobo feroz no acaba destripado después de sacarle a la abuela y a la Caperuza de sus entrañas, o huyendo temeroso de la sed de venganza del cazador. No. Al final, como cuenta Braithwaite,[92] el lobo cae a los pies de la caperucita, con lágrimas pide perdón y enmienda su error. En los casos de La Cocha se puede encontrar elementos de la justicia restaurativa, descrita por Braithwaite y Ross. La justicia se logró mediante un proceso comunitario ritual de limpieza, la víctima fue compensada, se excluyó temporalmente de la comunidad a los victimarios, se recuperó la armonía comunitaria, aunque en La Cocha 2010 se interrumpió la ejecución de la resolución indígena por la intervención de la justicia penal. En ambos casos, de todos modos, nunca se pensó ni utilizó la cárcel como sanción. A pesar de los errores que tiene todo sistema de justicia, como señalan los actores en La Cocha, la justicia indígena es más "justa". Insistimos, el decidir si seguir fortaleciendo el sistema penal o aprender y practicar la justicia indígena es una opción política y, en el caso ecuatoriano, un mandato constitucional.

Si la cárcel es un problema global, la justicia indígena, sin duda alguna, es una solución local.

7. El neocolonialismo jurisprudencial constitucional

El 30 de julio de 2014 la Corte Constitucional del Ecuador resolvió el caso La Cocha.[93] La Corte decidió que "la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa panzaleo, cuando conoció el caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto

91. Ibíd., 55.
92. Ibíd., 62.
93. Corte Constitucional, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, caso N. 0731-10-CC.

grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que, por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis in ídem* o doble juzgamiento." Más adelante, la Corte sostiene que conocer sobre los delitos que atentan contra la vida "es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario" aun si dichas infracciones se cometen dentro de las comunidades indígenas.

Para llegar a esta conclusión, que restringe por la materia la jurisdicción indígena, la Corte acude a algunas fuentes curiosas. Una de ellas es a la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen para determinar el concepto de autoridad que sería aplicado al mundo indígena. En la Constitución está muy claro que las autoridades, los procedimientos, las sanciones son parte del derecho propio. Poco puede decir Kelsen sobre lo que le compete a una comunidad indígena. Otro argumento curioso, es la invocación a un documento colonial expedido por el Rey de España en el que se comunica a oidores y el presidente de la Real Audiencia de Quito que "en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios" y que se guarden sus usos y costumbres siempre que "no siendo claramente injustas". Este invocación a un texto colonial que supedita la justicia indígena a la justicia colonial, se tornó en una especie de precedente. Así como el reino de España, el estado ecuatoriano sospecha de la justicia indígena y la condiciona a que sea acorde a los valores de la justicia colonial; la Corte Constitucional considera que la vida en el mundo indígena está subordinado al concepto vida del derecho penal estatal. Sin duda, un acto de neocolonialismo que la sola invocación de la Corte a una norma colonial lo ratifica. El tercer argumento curioso es la invocación a la teoría del bien jurídico.

La teoría del bien jurídico es una de las muchas teorías que se maneja en dogmática penal. No es la única y tampoco es pacífica su aceptación. El bien jurídico puede ser entendida, como lo hace Bustos y Hormazábal, como una relación entre seres humanos. También puede ser entendido como un derecho fundamental reconocido que da sustento a la legitimidad penal para intervenir si hay un conflicto grave. Para mi modo de ver, quien decide cuál es el daño y su intensidad es el titular del bien jurídico. El estado, desde mi perspectiva, no es titular del bien jurídico lesionado para el derecho penal. Sin embargo, la sentencia de la Corte asume una teoría conservadora y autoritaria del bien jurídico: el

titular es el estado y el único que puede tutelar el bien jurídico es el estado. Por un lado, se desplaza a la víctima y, por otro, suspende el conflicto al apostar a la cárcel como una forma de solución. Finalmente, considera que la comunidad indígena no tiene la noción de bien jurídico y que, por tanto, no protege la vida. Con este razonamiento, se considera "incivilizados" a los indígenas y también como incapaces de resolver problemas graves que, de más está decirlo, tradicionalmente, sin presencia del estado, lo han venido resolviendo. Para muestra, el caso La Cocha I.

En la sentencia consta que hay dos peritajes. Uno realizado por un sacerdote, que se llama Pedro Torres, y otro realizado por una antropóloga jurídica, Esther Sánchez Botero, que ha jugado un rol histórico y científico importante en la destacable jurisprudencia sobre justicia indígena que ha desarrollado la Corte Constitucional de Colombia. Los dos peritajes llegan a soluciones diversas. El del sacerdote considera que el valor vida "no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es partícipe de la familia (ayllu) o comunidad." Con esta afirmación, la Corte sostendrá que la justicia estatal juzga desde la perspectiva individual, y la justicia indígena desde la perspectiva comunitaria. Como no se juzgó desde lo que hace la justicia estatal, luego el juicio indígena fue incompleto. No solo que hay una inadecuada y perversa intromisión en los valores comunitarios, sino que la Corte está imponiendo el valor "individualismo", que es propio de Occidente, a una comunidad donde este valor es pernicioso y ajeno.

El peritaje de Esther Sánchez Botero, si uno lee la sentencia, parecería que apoya y sustenta las conclusiones de la Corte. Sin embargo, hay muchas partes del peritaje que no son consideradas, fundamentalmente las conclusiones de Sánchez. La perito sostiene, con claridad, después de haber visitado la comunidad, haber hecho con múltiples técnicas etnográficas e incluso de haber hecho análisis de discursos de prensa, teoría del derecho e instrumentos internacionales que:

> El encarcelamiento de los jóvenes para ser juzgados por los mismos hechos va en contra de lo establecido en la normatividad vigente. Con base en ese formalidad, sí efectivamente fueron ya juzgados y corregidos por autoridades indígenas debidamente registradas y con competencia jurisdiccional, los cinco jóvenes indígenas involucrados en la muerte del Sr. Marco Antonio Pallo. Es improcedente

> que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del Sr. Marco Antonio Pallo, que ya fueron juzgados por jueces indígenas pertenecientes a la Jurisdicción indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento bajo órdenes de la justicia ordinaria.

Con este fallo, se desconoció la competencia de la justicia indígena para conocer infracciones a la vida, como si la vida para una comunidad no fuere importante. Los jóvenes esperan audiencia de juzgamiento y son acusados por asesinato.

El 8 de octubre de 2014, la organización indígena Ecuarunari firmó una declaración de desobediencia civil al fallo de la Corte Constitucional, afirmando que, según la Constitución de Montecristi y de su derecho propio, tienen plena competencia para conocer cualquier conflicto que ocurra en sus comunidades.

Los retos para una nueva institucionalidad estatal plurinacional e intercultural
La alternativa al hiperpresidencialismo

SUMARIO

Introducción. **I.** Ideas preliminares. **1.** Elementos constitutivos de una nueva institucionalidad: los saberes, el derecho, los órganos. **2.** El proceso de construcción de institucionalidad. **3.** Los paradigmas de la institucionalidad. **II.** El paradigma liberal y neoliberal. **1.** El saber. **2.** El derecho. **3.** Los órganos. **III.** Las crisis del liberalismo. **IV.** El paradigma constitucional democrático en tiempos de globalización. **1.** El saber. **2.** Las normas. **3.** Los órganos. **V.** Retos: La construcción del estado plurinacional e intercultural. **VI.** La alternativa al hiperpresidencialismo en un estado plurinacional. **1.** Las formas de organizar el poder. **2.** El hiperpresidencialismo: descripción, origen y problemas. **3.** La alternativa.

Introducción

Los "Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos" serán abordados desde tres ideas preliminares: (a) la conceptualización de los elementos constitutivos de una institucionalidad, (b) el proceso de su construcción, y (c) los paradigmas históricos que la contextualizan, los cuales serán descritos en la primera parte de este ensayo.

En un segundo momento retrataré, con los elementos conceptuales determinados en la primera parte, la institucionalidad en el estado liberal o estado legal

de derecho. En la tercera parte, intentaré demostrar que la institucionalidad de lo que debería ser el estado social de derecho o estado constitucional democrático todavía no está a la altura de las exigencias que emanan de las promesas de los derechos humanos.

El objetivo de este ensayo es tratar de señalar algunas falencias que tiene la institucionalidad actual y sugerir algunas pistas para lograr una nueva que sea acorde con los derechos fundamentales. Sugeriré al final que, para asumir los retos de una nueva insti tucionalidad, no debemos descuidar el generar paradigmas conceptuales, bajo la premisa de que las ideas y la movilización social pueden generar cambios que alteren realidades opresoras y excluyentes.

I. Ideas preliminares

1. Elementos constitutivos de la nueva institucionalidad

La "institucionalidad" será entendida en este ensayo como un conjunto complejo e interrelacionado de tres elementos: 1. una ideología que sustenta y justifica un sistema normativo que, a su vez, crea una organicidad, que lo llamaré genéricamente "saber", 2. un sistema normativo, al cual denominaré "derecho", y que responde directamente a un "saber", y 3. la institucionalidad propiamente dicha, que es la estructura que se genera con el objeto de aplicar el derecho, a la cual denominaré genéricamente "órganos". En un estado de derecho no pueden existir órganos que no provengan de las normas, por el principio de legalidad, y no pueden existir normas sin un paradigma conceptual. En otras palabras, los saberes generan derecho, el derecho crea órganos, los órganos reproducen saberes y crean normas, y se genera un círculo de interacción entre estos tres elementos.

a) Los saberes

El objeto de cualquier área de interés y de investigación del ser humano solo es posible por las relaciones de poder y por las técnicas de conocimiento, que se apropian del objeto. Michael Foucault sostuvo insistentemente que "los saberes" (*knowledge)* crean poder y que el poder no puede sostenerse sino es mediante

el "saber". Foucault pone como ejemplo el control del cuerpo de un niño, que está sujeto a varios saberes y disciplinas tales como la pedagogía, la pediatría y la criminología positivista. Las personas adultas ejercemos poder sobre las niñas y los niños.

Por el saber, entonces se ejerce poder.[1] En el plano de lo político-social, no es casual que los centros de poder, en cualquier momento histórico, tengan relación directa con la acumulación y la reproducción del conocimiento. El discurso del poder "no sólo persigue escribir papeles y decir palabras sino que tiene una misión política [...] todo acto discursivo (toda forma de conocimiento) es un acto de poder".[2] Actualmente, por ejemplo, nadie podría dudar de que Estados Unidos sea la principal potencia mundial[3] y que tenga las universidades mejor dotadas en profesores e infraestructura. En la Edad Media, y de esto testifican los escritos de Umberto Eco,[4] se concentró el conocimiento en las bibliotecas de los conventos religiosos, cuando el poder de la iglesia católica era inmenso. En la Edad Antigua, la quema de la biblioteca de Alejandría no fue solo la quema de un edificio, fue la quema de una fuente del poder.[5] Igual sucedió en la quema de libros en la Alemania nazi,[6] y

1. Véase Michael Foucault, *The History of Sexuality, An introduction,* vol. I (Nueva York: Vintage Books, 1990), 98.
2. Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos* (Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2006), 5.
3. Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad* (Madrid: Trotta, 2006), 112.
4. En el libro de Umberto Eco, *El nombre de la Rosa*, el tema central del libro gira alrededor del acceso al conocimiento, que se concentra en una biblioteca medieval.
5. "Todo cambiaría cuando en el año 643 los árabes tomen Alejandría, quemando la famosa biblioteca con buena parte de la sabiduría helenística". Véase Enrique Dussel, *Política de la liberación, historia mundial y crítica* (Madrid: Trotta, 2007), 84.
6. "[...] las sedes de los partidos comunistas fueron atacadas y sus bibliotecas destruidas, como así también el Reichstag (parlamento alemán), que fue incendiado junto con todos sus archivos. Pocos días después de esto, el partido envió a las organizaciones estudiantiles nazis un memorando que proponía la destrucción de todos aquellos libros peligrosos que estuvieran en las bibliotecas de Alemania. Así fue como la noche del 10 de mayo de 1933, estudiantes de la Universidad Friedrich-Wilhelm, de Berlín, llegaron a la Plaza Bebelplatz en camiones donde transportaban miles de libros obtenidos de la purga realizada en las bibliotecas públicas y de la misma universidad. Se trataba en su mayoría de obras escritas por autores judíos o considerados de ideología subversiva, como Marx, Freud, Bretch y Zweig, incluidos en las listas negras nazis por ser "contrarios al espíritu alemán". Una vez en la plaza, se levantaron hogueras donde se arrojó los libros, mientras una muchedumbre entusiasta vitoreaba a los manifestantes", en Educyt, "10 de mayo de 1933 - Grupos nazis queman en Berlín libros considerados subversivos", año 6, No. 224, 3a. Sección, 9 de mayo de 2003, ‹http://web.fcen.uba.ar/prensa/educyt/2003/ed224c.htm› (consulta: 2 de julio de 2008).

fue la misma idea que motivó toda la persecución en la época de la Inquisición por tener libros prohibidos.

Paulo Freire, uno de los más grandes pedagogos de nuestro continente, sostenía en su paradigma dialógico de liberación, que la investigación y la acción son indisociables. Para Freire, el activismo sin conocimiento es tan inútil (dar palos de ciego, decía él) como el conocimiento sin activismo. La conjunción del saber con la acción da como resultado el acto creador que libera al oprimido.[7]

Latinoamérica ha sido reproductora de conocimiento y nos ha costado crear conocimiento que pueda llegar a considerarse como poder. Nuestro conocimiento ancestral no ha podido ser sistematizado y socializado. Nuestras investigaciones académicas no son rigurosas, y las que existen son pocas. Sobre el trabajo académico, el filósofo argentino Enrique Dussel ha sostenido que la práctica ha sido la elaboración de un discurso "necesariamente ideológico, encubridor, justificante de la dominación".[8] Nuestro interés y nuestra mirada científica ha sido dirigida hacia el centro y no hacia Latinoamérica. "Lo latinoamericano anda suelto, desborda su territorio, va a la deriva en rutas dispersas [...], lo latinoamericano no es una esencia, y más que una identidad es una tarea".[9]

Los saberes, las ideas, el conocimiento producen hechos, construyen, justifican, critican o movilizan realidades, determina institucionalidad. Uno de los productos de los saberes es el derecho.

b) El derecho

El derecho, cualquier derecho, es un conjunto de normas que tiene como objetivo regular las relaciones entre sujetos, y ser un mecanismo para ejercer control social sobre un grupo humano. El Derecho, siguiendo la línea de Foucault, es un instrumento más del poder. El saber "se organiza alrededor de la norma, establece qué es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué se debe o no hacer".[10]

7. Paulo Freire, "La teoría de la acción dialógica y sus características", en *Pedagogía del oprimido,* 53a. ed. (México DF: Siglo XXI, 2000).
8. Dussel, *Política de la liberación,* , 464.
9. Néstor García Canclini, *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo* (Buenos Aires, Paidós, 2002), 20-32.
10. Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona: Gedisa, 2003), 105.

El derecho, que tiene vigencia en Latinoamérica, tiene una fuerte inspiración continental-europea y lo que hemos hecho es adaptarlo a nuestras realidades, aunque, como sostiene Diego López, en esa adaptación existe originalidad y creatividad (aunque también distorsión entre lo producido y lo comprendido).[11]

Al Derecho, con mayúscula, lo entiendo no solo como la norma expedida por una autoridad estatal que tiene competencia para ello, sino como un componente importante de la institucionalidad que tiene relación directa con la cultura, con la política y con la moral dominante. En la famosa metodología de la investigación de Alda Facio, se propone esta interrelación constante entre el componente estructural, cultural-político y normativo del Derecho.[12] El Derecho, entonces, es algo vivo, creado, interrelacionado y modificable.

c) Los órganos

Los órganos son la materialización del derecho, que se encargan de su aplicación, y constituyen la institucionalidad propiamente dicha. Las ideas y el Derecho, para ser aplicadas eficazmente, requieren de una institucionalidad que las garantice. En un estado de derecho, este legitima a la autoridad, que encarna la institucionalidad, y la autoridad aplica el derecho.

Por órganos comprenderé no solo a las autoridades y personas que actúan representando al estado o con su aquiescencia, sino todo el aparato burocrático que tiene competencias, recursos y ejerce poder sobre las personas. Los órganos son, por ejemplo, las funciones del estado, los ministerios, las instancias públicas; en suma, los órganos son los componentes del estado que toman decisiones y actúan reforzando el *establishment* o alterándolo.[13] Los órganos tienen que tener una cualidad para ser considerados dentro de esta comprensión de la institucionalidad: deben estar vinculados por el derecho.

Los órganos están interrelacionados con los otros elementos enunciados: los órganos crean derecho y quienes los representan tienen saberes previos a ejercer autoridad.

---

11. Véase Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá: Legis, 2005).
12. Véase Alda Facio, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Alda Facio y Lorena Fries, edit., *Género y derecho* (México DF: American University, 2002).
13. La distinción entre órgano y organismo, propia del Derecho Administrativo, es irrelevante para efectos de la idea que desarrollo.

2. El proceso de construcción de institucionalidad

Elizabeth Badinter,[14] al describir al movimiento feminista en la historia, sugiere un proceso histórico que me permite utilizarlo para la construcción de institucionalidad. Este proceso lo sintetizo de la siguiente manera: 1. existe una realidad en la que objetivamente encontramos relaciones de sumisión-opresión; 2. la realidad es comprendida desde la experiencia y la razón, que es lo que podría denominarse conciencia; 3. la racionalización de la experiencia se manifiesta por medio de discursos y saberes; 4. los saberes, cuando son compartidos, movilizan social y políticamente; 5. la organización social canaliza el sentimiento de injusticia hacia la demanda al estado o a quien tiene poder, para alterar la realidad de opresión; 6. la demanda, cuando no puede resolverse mediante la institucionalidad, porque no hay respuestas en el saber oficial, no hay normas jurídicas o no hay órgano capaz de dar soluciones, genera crisis; 7. ante la crisis, dos alternativas: dar un paso atrás, fortalecer el discurso y la práctica hegemónica por medio de la represión o persuasión, o dar un salto hacia delante, que implica difundir el saber alternativo, crear nuevo derecho y nuevas instituciones. Por ejemplo, siguiendo a Badinter, coloquémonos en el siglo XVIII en Francia. La realidad de la época –como sucede aún en nuestro tiempo– fue la de una estructura social y política patriarcal: las mujeres eran excluidas y los hombres eran los únicos que ocupaban el espacio de lo público. La conciencia de exclusión se manifestó por medio de grupos de mujeres que se juntaron para hablar de sus experiencias comunes y hasta de un movimiento de hombres, que se los denominó "los preciosos", que surgió después de constatar que a los hombres les estaba vedado manifestar rasgos femeninos. Las formas de demanda se reflejaron tanto en la formulación de una Declaración de derechos de la mujer y en la feminización de hombres en espacios públicos. Sin duda, los comportamientos femeninos por parte de hombres y masculinos por parte de las mujeres debieron de haber generado más de una crítica. ¿Un paso adelante o uno hacia atrás? En 1804 se expide en Francia, un año antes de que Napoleón se corone a sí mismo como Emperador, el Código Civil. La regulación de las personas y de la familia será determinante en la resolución de la crisis. Los hombres son capaces y las mujeres están confinadas al espacio considerado privado. Es decir, Francia dio un paso atrás.

14. Elizabeth Badinter, "El enigma masculino (la gran X)", en *XY la identidad masculina* (Bogotá: Norma, 1993), 15-56.

En la historia de la humanidad, siempre que hay crisis, la primera opción de los grupos de poder es fortalecer el *establishment*. Sin embargo, y muy a pesar de quienes ejercen arbitrariamente cualquier poder, la humanidad también da saltos hacia adelante. La prueba está en la evolución del Derecho y del estado, en las conquistas de los derechos humanos por parte de las personas trabajadoras, mujeres, niños, niñas y adolescentes, indígenas, discapacitados. Las crisis generadas por los diversos movimientos de derechos humanos han logrado, sin duda alguna, importantes reformas normativas y jurisprudenciales en muchos países.

3. Los paradigmas de la institucionalidad

Todo paradigma conceptual y cualquier marco teórico son por esencia, cuando se aplica a la realidad, incompletos y relativos. Por el espacio y por el tiempo, la caracterización que a continuación haré de los paradigmas será caricaturesca. Espero, sin embargo, que tengan utilidad para reflexionar sobre la institucionalidad y los derechos humanos.

Los paradigmas que he escogido, y sobre los cuales existen esbozos en otros documentos previamente escritos,[15] son el paradigma liberal y neoliberal y el paradigma social o constitucional democrático (las palabras pueden tener distintas connotaciones, pero las uso con un mismo sentido). Al utilizar estos paradigmas se pretende ubicar el análisis en un contexto histórico y filosófico, y explicar los fundamentos que justifican la existencia de determinadas instituciones. Estos paradigmas serán descritos en los siguientes acápites. Me encantaría proponer un paradigma alternativo, basado en un saber alternativo y proveniente de la periferia. Sin embargo, no tengo los conocimientos para ello y, además, pecaría de ingenuo. Nadie podría dudar de que la estructura política de nuestros gobiernos y la base epistémica del pensamiento hegemónico en Latinoamérica es tributaria del pensamiento continental europeo, grecorromano. Por ello, creo necesario remontarme al pensamiento liberal clásico para tratar de entender cuál es la fuente de conocimiento que creó las normas jurídicas y las instituciones que aún perduran en la Latinoamérica del siglo XXI.

15. "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional* (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008); ver también "Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo: propuestas de Reforma a la constituyente", *Foro: Revista de derecho*, No. 7 (2007); ver también "Justicia constitucional y derechos humanos", *Foro: Revista de derecho*, No. 4 (2005).

II. El paradigma liberal y neoliberal

1. El saber

El liberalismo clásico es una construcción de pensamiento complejo. Como todo conjunto estructurado de ideas que ha incidido tan determinante en las sociedades, es un pensamiento que abarca todos los ámbitos de la vida. Los pensadores clásicos liberales (Montesquieu, Rousseau, Diderot, Voltaire, entre otros) generaron todo un saber que provocó la Revolución francesa.

La Revolución francesa es la máxima expresión de una crisis social y política, que se venía gestando muchísimos años atrás, y que definitivamente, al menos en el campo teórico, logró hacer indefendible las teorías que sustentaron al *Anciane Régime.*[16]

Siguiendo con el esquema sugerido por Badinter, el poder estaba concentrado en una sola voluntad o clase social, que eran los aristócratas (incluida en esta clase la iglesia católica). La monarquía concentraba todo el poder. Lo que ahora conocemos como la administración del estado, la justicia y el parlamento, como poderes autónomos e independientes, en aquella época no existía. La administración de justicia, por ejemplo, como cuenta Foucault su *Vigilar y castigar*, se ejercía por medio de la compra de títulos que emanaban de los monarcas.[17] El pensamiento que sustentaba el poder absoluto se basó en el iusnaturalismo teológico. La legitimidad del poder político y religioso, que estaba confundido en un solo poder, se explicaba por la determinación divina de los monarcas y papas.

Si uno utiliza, por ejemplo, el diagnóstico de aquella época sobre la monarquía, la fuente de todos los males proviene de la concentración del poder. La gran teoría de Rousseau será la racionalización del concepto de soberanía del estado. La soberanía radica en el pueblo y no en una clase social ni en Dios. La soberanía se va a expresar por medio de la voluntad general del pueblo, que se manifestará en la deliberación de las personas dotadas de cierta capacidad. Las personas consideradas capaces para determinar la voluntad general serán las ciudadanas. Estos tendrán legitimidad para crear leyes, someter a la autoridad ad-

16. Véase sobre el relato histórico, con detalle, Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y el Estado* (Madrid: Trotta, 2001).

17. Michel Foucault, *Surveiller et punir* (París: Gallimard, 2005 [1975]), 93.

ministrativa y determinar el resultado de los conflictos sometidos a los jueces.[18] El concepto de soberanía complementará la teoría liberal en el ámbito externo. Los estados podrán ejercer total control interno y ningún otro estado podrá meterse en sus decisiones. Finalmente, para completar el saber legitimador, ninguna idea mejor que el contrato social, que es un pacto hipotético entre las personas que habitan en una nación, y en el que todas ceden algo de su libertad para poder tener seguridad. Sin el contrato social, que caracteriza a una sociedad civil, la humanidad viviría en un estado de naturaleza, y en el que pueden suceder dos situaciones: los seres humanos son lobos entre sí (Hobbes) o reinará la arbitrariedad y la imposición de una clase que es la que puede ejercer sus libertades negando las de otros (Locke).

El iusnaturalismo, durante la Revolución francesa, continuó siendo el pensamiento dominante, pero basado ya en la racionalidad. La razón puede develar e interpretar las leyes de la naturaleza. Tal será la idolatría en la Francia revolucionaria, que las iglesias católicas se convertirían en templos de la razón.[19]

En cuanto a las ideas, que en ese momento eran subversivas (cabe recordar que la familia de Rousseau fue exiliada por motivos de persecución religiosa, la "Defensa del Espíritu de las leyes" de Montesquieu fue catalogado como libro prohibido por la Iglesia), el liberalismo sostendrá como pilares de su "saber" el principio de la libertad y el de la propiedad.

Los seres humanos nacen y son libres. En estado de naturaleza, afirmará Locke, todos somos libres.[20] El problema está en que, en el uso de la libertad, unos pueden oprimir a otros. Para evitar esta posibilidad surge el Derecho y surge la necesidad del estado. El liberalismo contemporáneo tendrá contundentes exponentes. Entre otros, Isahia Berlin[21] y Michael Ignatieff,[22] que desarrollarán la necesidad de proteger la libertad negativa y advertirán sobre los peligros de la intervención del estado. La consecuencia lógica de la premisa de la libertad, en términos de organización, será que el estado no puede entrometerse en la esfera

18. Véase Jean-Jaques Rousseau, *El contrato social* (Bogotá: Panamericana, 1996), 45-7 y 167-70.
19. La iglesia de Notre Dame dejó de ser iglesia católica para convertirse en un templo de la razón. La réplica latinoamericana se la encuentra en Guatemala. No puedo dejar de recordar un templo de la razón en un pueblo llamado Salamá, en una región de mayoría indígena Maya-Achí, construido por Ubico: un reflejo liberal francés en Latinoamérica.
20. Véase Arturo Andres Roig, "La dignidad humana", en *Ética del poder y moralidad"*, 53-70.
21. Isahia Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (España: Alianza, 2001), 43-65.
22. Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry* (Princeton: University Press, 2001), 137.

de ejercicio de la libertad. Las personas tienen inmunidad y el estado es gendarme, solo interviene cuando hay problemas entre las personas privadas. La esfera pública y la privada tienen una línea divisoria clara y definida. En la esfera privada, no entra el estado y el hombre adulto será el controlador. La esfera pública, en cambio, es propia del quehacer político y exclusivamente de los hombres.

La propiedad también es un derecho natural, inalienable y anterior al estado. Esta idea, también subversiva en el momento, es una reacción a la propiedad absoluta del estado y a la arbitrariedad en su manejo. El estado podía expropiar y pedir tributos sin justificación alguna. El estado en lugar de disponer de la propiedad, se va a encargar de protegerla.

El estado, como consecuencia, tiene que ser mínimo. Cualquier expansión del estado debe presumirse sospechosa. Locke y –300 años después– Nozick sostendrán que la única función del estado es la de proteger a los ciudadanos de la violencia, robo y fraude, y la de hacer cumplir los contratos.[23] El mercado será el espacio privilegiado para el ejercicio de la libertad. La libertad será la condición para que funcione la mano invisible del mercado, como ya lo enunciará Adam Smith en *La riqueza de las naciones*. Cualquier persona que persigue su interés personal contribuye a la consecución, sin saberlo, del bien común. La vida económica se autorregula y lo hace de manera automática a través del mercado.[24]

El principio que garantizará la soberanía, la libertad y la propiedad, será el de seguridad jurídica. La regulación de las situaciones problemáticas en el ejercicio de la libertad y en las formas de disponer la propiedad, deberá estar expresamente contemplado en reglas jurídicas. Las reglas jurídicas, por tal motivo, deben determinar con claridad las hipótesis que serán objeto de consecuencias jurídicas y las obligaciones o sanciones si se satisface, en la realidad, la hipótesis.

Finalmente, el golpe al autoritarismo del poder absoluto será el supremo derecho a la resistencia. Si la soberanía popular se viera amenazada por la soberanía de una persona o clase, las personas podrán rebelarse, como lo hicieron en la Revolución francesa. La consistencia teórica del liberalismo ha sido desarrollada y perfeccionada por el neoliberalismo. El estado y las relaciones internacionales todavía se basan en su matriz filosófica, aunque sus elementos teóricos son más complejos y actuales.

---

23. Véase Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Nueva York: Basic Books, 1974), 26.
24. Véase Dussel, *Política de la liberación*, 261-4.

La propiedad privada tiene múltiples derivaciones en la propiedad intelectual y en la protección de bienes intangibles, relacionadas con cuestiones tales como las finanzas y la inversión. Las personas jurídicas, que llegaban a tener capacidad dentro de las soberanías nacionales bajo la ficción de ser como personas naturales, ahora son multinacionales que están sobre los estados y que son actores importantes en las relaciones internacionales. La soberanía nacional se relativiza frente a los acuerdos de libre comercio en la comunidad de naciones. Los estados tienen que dejar de hacer actividades que pueden hacer los agentes particulares y tienen que seguir siendo mínimos.

Resumiendo, el pensamiento liberal es altamente atractivo y en su momento fue emancipador, aunque para una clase social. Las ideas que se desarrollan tienen relación con el estado, que es soberano, representativo y gendarme, con el derecho natural de la libertad y la propiedad, y con el desarrollo de instituciones que protejan lo concebido como derechos.

2. El derecho

Una de las expresiones jurídicas más representativas del derecho liberal clásico es la conocida *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,*[25] de 1789. El pensamiento liberal se plasmó jurídicamente en este texto, que después se convertiría en parte integrante de la Constitución.

Veamos. La Declaración proclama que "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común".[26] Claras ideas de Locke y del utilitarismo, que serán desarrolladas en su máxima expresión por Bentham. Enseguida se determinan con claridad los intereses de los burgueses, protagonistas y beneficiarios de la Revolución francesa, "la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".[27] Allí se evidencia el credo liberal. En la siguiente regulación se tiene el pensamiento de Rousseau, "el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo,

25. Véase Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones* (Madrid: Trotta, 2007), 139.

26. *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, art. 1.

27. Ibíd., art. 2.

ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella".[28] Luego, la Declaración desarrollará la libertad, sus alcances y sus límites,[29] la teoría de la ley como voluntad general y el concepto de ciudadanía,[30] la seguridad jurídica,[31] la propiedad.[32] Uno de los artículos mejor formulados y determinantes en la conformación del estado de derecho enuncia lo siguiente: "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".[33]

La Declaración, en Francia, se constitucionalizará pocos años más tarde. En Estados Unidos, de igual modo, los principios liberales de los derechos humanos pasarán a formar parte desde la incorporación de las primeras enmiendas de la Constitución.

Los principios de la Declaración del Hombre y del Ciudadano tendrán su máxima expresión normativa en tres cuerpos jurídicos: el Código Civil, la parte orgánica de las Constituciones liberales y el Código Penal.

El Código Civil se expide en 1804 en Francia que, efectivamente, regulará con harto detalle la autonomía de la voluntad y la propiedad, ambos en la esfera privada. La autonomía de la voluntad se podrá ejercer siempre que se tenga capacidad y no esté prohibida por el Código Penal. La capacidad, que en el ámbito público será el equivalente a la ciudadanía, permitirá que las personas puedan obligarse y ejercer derechos. La ley considerará capaces solamente a quienes aprecia como *optimo iure,* que son básicamente las personas adultas y de sexo masculino. Aunque no sea explícito, pero se puede fácilmente deducir, también se requiere ser propietario, de lo contrario no tendría sentido ser capaz. La capacidad permite ejercer la libertad. Por la capacidad soy sujeto de derechos subjetivos, puedo fundar y tener familia reconocida legalmente, puedo usar, gozar y disponer de los bienes, puedo determinar el destino de los bienes acumulados en vida después de la muerte, puedo hacer leyes en lo privado, que es el derecho de los contratos.

28. Ibíd., art. 3.
29. Ibíd., art. 4, 5, 10 y 11.
30. Ibíd., art. 6.
31. Ibíd., art. 8, 9, 14 y 15.
32. Ibíd., art. 2 y 17.
33. Ibíd., art. 16.

La propiedad será propiamente el objeto de preocupación y regulación del Código Civil. Todos los supuestos de lo que puede suceder a la propiedad de un burgués del siglo XIX estarán plasmados en el Código Civil. El libro sobre los bienes tiene todas las hipótesis de adquisición, pérdida o limitación de la propiedad, los derechos y las obligaciones correspondientes. La manifestación de las normas se las hará por medio de las reglas jurídicas, que serán consideradas como la única manifestación del Derecho, y que será –como ya he dicho– la forma de expresión de la seguridad jurídica. Las personas capaces saben con anterioridad, al realizar acciones o actos jurídicos, cuáles son las consecuencias y sus obligaciones.

El derecho constitucional decimonónico será eminentemente orgánico y procedimental. Las normas constitucionales establecerán el requisito fundamental para ejercer la libertad en el ámbito público: la ciudadanía. Serán ciudadanos las personas mayores de edad, hombres, propietarios que no trabajan en relación de dependencia y educados. Por supuesto que tales requisitos solo podrán tener, una vez más, los burgueses y estos serán quienes acceden a cargos de representación. En suma, los burgueses serán quienes ejercen la soberanía popular y expresarán, mediante leyes, la voluntad general. Este fenómeno en Francia ocurrirá en Inglaterra y también, por supuesto, en Latinoamérica. En Inglaterra, el enunciado de igualdad será "efectivo exclusivamente para los hombres varones que son propietarios virtuosos (excluyendo así a las mujeres, a los esclavos africanos, a los indios americanos y a los asiáticos, a los trabajadores ingleses asalariados)".[34] En nuestro continente, se entendía como "pueblo" "exclusivamente como el cuerpo civil de criollos ilustrados y poderosos, y excluía de la soberanía popular al pueblo ínfimo, criollos e indios iletrados[35] [...]. Las masas indígenas, los antiguos esclavos africanos, los mulatos y los zambos, los mestizos y los inmigrantes empobrecidos constituirán un pueblo de pobres excluidos de la ciudadanía real".[36]

La Constitución señalará dos cuestiones fundamentales para determinar la validez de las normas jurídicas. Por un lado, señalará las formas de designar las autoridades y, por el otro, el procedimiento que se debe seguir para expedir una norma jurídica. De esta forma, se establecerá la existencia de un solo sistema

34. Véase Dussell, *Política de la liberación*, 271.
35. Ibíd., 417.
36. Ibíd., 422.

normativo en una sola nación, que pretenderá uniformar los intereses de las personas.

Finalmente, para completar la trilogía normativa, el Código Penal será el último y más violento garante de los valores liberales. Todo lo que no esté tipificado en el Código Penal está permitido hacer a las personas. Lo tipificado va a hacer exactamente lo que molestará a los burgueses: obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de propiedad (robo y hurto), obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho a la libertad (privación arbitraria de la libertad), hacer en lo público lo que no esté expresamente autorizado (peculado, prevaricato), no hacer lo que se creía se debe hacer (vagancia).

El Derecho como ciencia autónoma se va desarrollando poco a poco hasta finalmente llegar a su punto culminante con *La teoría pura del Derecho* de Kelsen. Durante el siglo XIX, el derecho es parte de la filosofía, con fuertes vínculos con el derecho canónigo y el derecho romano. En el siglo XX la intención fue separar el derecho de las ciencias naturales, de las ciencias sociales (política, historia), de la moral, y convertirlo en un área del conocimiento autónomo.

La teoría del Derecho se resumirá magistralmente en los títulos preliminares de los códigos civiles. Ahí encuentra la definición de ley, la interpretación, la validez, las soluciones en casos de conflictos de leyes. En el derecho internacional, se consolida el concepto de soberanía con el acuerdo que estableció la paz de Westfalia (1616), y, en el siglo XX, con la Carta de Naciones Unidas (1945).

3. Los órganos

La división de poderes clásica, tan promovida por Montesquieu como la solución para la concentración de poder y la forma de evitar la arbitrariedad, se manifestará en teoría en un poder legislativo, uno judicial y otro administrativo. Cada poder tendrá un órgano, una función y múltiples funcionarios que lo componen. La composición y función son consecuentes y coherentes con el ideario liberal. Por la comprensión de la ciudadanía, solo los burgueses podrían conformar los tres órganos. El objetivo –como ha quedado dicho– está determinado por la realización de la libertad, la propiedad y la seguridad. El órgano legislativo se encargará de dictar leyes que desarrollen y regulen la libertad, propiedad y seguridad, que, como sabemos, es el Código Civil y el Código Penal, principalmente.

La libertad, recordemos, estará bajo la responsabilidad de las personas. El estado, gendarme, intervendrá exclusivamente cuando se presenten problemas de abuso entre particulares. La intervención puede ser policial o judicial. La policía prevendrá y ejecutará las sentencias de los jueces. La administración de justicia solo tendrá competencia para resolver conflictos en la aplicación de las leyes y siempre son conflictos horizontales, entre iguales, entre personas capaces.

La administración pública se encargará exclusivamente de la ejecución de las leyes y, por tanto, de la realización de los principios liberales. Se crearán instituciones que facilitarán el mercado y el comercio, tales como bancos, que se irán complejizando, hasta llegar a las bolsas de valores y a los sistemas financieros internacionales. La seguridad jurídica de la propiedad requerirá múltiples instituciones, tales como los registros de propiedad, las notarías o fedatarios públicos, los órganos de control y siempre, como uso de la fuerza en el ámbito interno, la Policía. En el ámbito internacional, el concepto de soberanía, que no admite intromisión externa, requerirá de la presencia de Fuerzas Armadas, como garantes de respeto a las naciones.

III. Las crisis del liberalismo

Alain Touraine ha sostenido que existen tres olas en el mundo moderno. La una, de carácter político, que es la Revolución francesa; la otra, de carácter económico, que fue la Evolución socialista; y la última, de carácter cultural, que es la que estamos atravesando.[37] Las olas se montan sobre las otras y no las eliminan. El liberalismo ha dado tanto a la humanidad que mal podemos estigmatizarla como una revolución burguesa que merece ser desterrada, aunque sí superada, corregida y aumentada. Hay conceptos liberales que se han ido adaptando a las luchas de emancipación, como el discurso de los derechos y el de la ciudadanía.

En la Revolución socialista, el modelo liberal tuvo su primera crisis. El *optimo iure* burgués compartió el poder con la clase obrera y la campesina. El saber crítico marxista logró generar movimientos de carácter internacional. El sistema liberal-capitalista se basó, según el discurso marxista, en la propiedad de los bienes de producción, en la acumulación de la riqueza y en la explotación de los obreros y campesinos. Se generó conciencia política y se promovió la lucha de clases. La

37. Véase Alain Touraine, *Un nouveau paradigme* (París: Libraire Artheme Fayard, 2005).

propuesta sin duda fue emancipadora y proponía la transformación de otra clase social no considerada por el Derecho y peor por la institucionalidad. Ante una crisis, ya sabemos, puede haber dos salidas: la reafirmación del sistema que se trata de cambiar, mediante la represión o renovación ideológica, o la transformación. Todo eso sucedió en el siglo XX. La represión se manifestó, por ejemplo, en la famosa persecución de MacCartur a los comunistas norteamericanos,[38] en los conflictos internos en todos los países periféricos; la transformación se dio en Europa con el pacto y la creación de la social democracia y, de forma radical, la revolución, como medio de cambio, se intentó en muchos países periféricos. La solución a la inconformidad, en la Europa continental, en el régimen liberal se llamó *Welfare State*. El estado de bienestar introdujo importantes innovaciones de carácter social, pero relacionadas directa y exclusivamente con la clase emergente. Las Constituciones incluyeron los derechos laborales, que regularon la seguridad social de las personas que trabajaban en relación de dependencia.

La otra crisis, que se produjo entre 1914-1919 y 1939-1945 tiene que ver con lo que se denominó en la historia occidental como guerras mundiales. Los conceptos de soberanía, ciudadanía, capacidad, sujetos de derechos, estado de derecho en suma, con los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, no pudieron prevenir, controlar ni reparar la muerte de millones de personas. Nada nuevo en el mundo, por cierto, pero sí nuevo en la cuna del saber occidental de la modernidad, la propia Europa.

Finalmente, una última crisis se produjo por el despertar de las identidades: el movimiento de derechos civiles de los negros en Norteamérica y de los derechos de las mujeres en los años 60, el movimiento de los derechos de los indígenas en los años 70, el movimiento de los GLBT (Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales), el movimiento de los derechos de los consumidores, de las personas discapacitadas. Todas las identidades no hegemónicas están en situación de invisibilidad, sumisión o exclusión. El saber dominante y las leyes vigentes a la época son insuficientes y hasta discriminatorias.

Las primeras transformaciones jurídicas se plasmaron en el ámbito constitucional[39] y luego en el ámbito internacional.[40] En lo que Bobbio describiría como

38. Véase George Clooney, director. *Good Night and Good Luck,* 2005.

39. Constitución de México, 1917; de Weimar, 1919; de la Unión Soviética, 1917.

40. Instrumentos jurídicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919); Instrumentos del sistema de Naciones Unidas (1945) y del sistema de estados Americanos (1948).

el proceso de positivización, generalización e internacionalización, que conduce a la especificación.[41]

Las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos serán como un escudo potente, al menos en teoría, y de movilización de las personas más débiles frente a los grupos de poder; y, en cuanto a la protección judicial efectiva, en instrumentos bastante débiles y hasta simplemente retóricos. El derecho de los derechos humanos tendrá un desarrollo impresionante, particularmente los derechos que se conocen como civiles y políticos. Las instituciones, sin embargo, poco cambian. Y los cambios lo hacen de forma lenta y hasta a veces de forma regresiva. En algunos casos, y esto sostendré en el siguiente acápite, los cambios son funcionales a la estructura liberal y no han logrado superar un estado protector casi exclusivo de la libertad y de la propiedad.

La crisis no ha sido superada. La crisis es una acumulación de crisis: económicas (la pobreza y la fragilidad macroeconómica del sistema financiero), políticas (más de 70 guerras nacionales e internacionales, democracias no representativas) y culturales (discriminación e intolerancia al extranjero y al diferente).

Estas crisis, a diferencia de la Revolución francesa y hasta la socialista, que tenían un contexto nacional y tanto víctimas como opresores eran determinables, tienen un contexto global y harto difuso. Capella denomina a esta época como el tiempo de "barbarie", en la que "una civilización entra en regresión y pierde algunos de sus rasgos estructurantes al poder afrontar los problemas generados por su propia dinámica y no disponer de instituciones o lógicas sociales adecuadas para ellos".[42] Urge un nuevo diseño paradigmático.

IV. El paradigma constitucional democrático en tiempos de globalización

1. El saber

Desde el siglo pasado vivimos la era de la información. Los saberes circulan con mayor velocidad y frecuencia. El saber hegemónico sigue imponiéndose a través

41. Véase Norberto Bobbio, *El tercero ausente* (Madrid: Cátedra, 1997), 170.
42. Capella, *Entrada en la barbarie*, 180.

de los grandes medios de comunicación y las cadenas de entretenimiento. El saber alternativo, a pesar de ello, también ha tenido más posibilidades de ser difundido. El flujo de información ha permitido reaccionar de forma inmediata frente a violaciones de derechos humanos y hasta ha permitido la organización simultánea de protesta.[43]

Ante las crisis, el modelo liberal, con el neoliberalismo, se ha reforzado y persiste en dar un paso atrás. Con este modelo conviven las propuestas para dar un paso hacia adelante, que en este ensayo las englobaremos en el paradigma constitucional democrático. Como siempre, los dos caminos existen y parecería que estamos recorriendo el modelo neoliberal con ropaje constitucional.

El modelo neoliberal intenta rescatar y renovar el ideal liberal decimonónico con algunos componentes que, al momento, no eran muy claros, como la democracia. El neoliberalismo, además, ha logrado incluir en el discurso conceptos de carácter emancipador, como los mismos derechos humanos, la participación, el acceso a la justicia y el género. Finalmente, el neoliberalismo, en lo internacional, propone una concepción de estado facilitador y menos rígido en cuanto a la soberanía decimonónica. Revisemos estos elementos.

La propiedad, que se basaba en algo tangible, como la tierra y los bienes de producción, pasa a ser un bien inmaterial, como las inversiones, la propiedad intelectual, las finanzas. Ambas formas de propiedad, tanto material como inmaterial, son la base de la seguridad y del desarrollo humano. Aunque se logra plasmar el concepto de propiedad con función social, este componente será el excepcional. Autores, como Nozick, consideran que toda función comunitaria y distribuidora del estado será usurpadora y sospechosa. Se propone una renovación de la propiedad privada, en contra de lo público que es fácilmente cuestionable, por medio de las privatizaciones.

La libertad seguirá siendo el discurso más utilizado en la retórica neoliberal. Escritores como Friedman crean que la mejor forma de estimular la economía es permitiendo la libre iniciativa de las personas. Se dice que el reto más grande, e incentivo al mismo tiempo, para incrementar la producción es la libre competencia y el acceso a mercados internacionales. En este sentido, el discurso de apertura y el libre comercio estará en la agenda pública internacional. Además, el

43. Piénsese, por ejemplo, en el mecanismo de acciones urgentes de Amnistía Internacional y en las marchas de los migrantes en varias ciudades de los Estados Unidos, o las convocatorias a los Foros Sociales Mundiales.

discurso de la libertad será el que justifique las guerras de agresión bajo el ropaje de la intervención humanitaria.

El discurso neoliberal ha ido adaptándose a los saberes alternativos. El discurso de los derechos humanos ha sido utilizado como la gran característica de las democracias liberales de este siglo; sin embargo, cuando se habla de derechos humanos la comprensión se limitará a los derechos civiles y políticos, y a las obligaciones que tienen carácter negativo (derechos de inmunidad). En el discurso de derechos humanos, además, existirán cláusulas de salvedad, que impondrán la suspensión o restricción de derechos en estados de excepción y por razones de orden público o bien común. En este sentido, se impusieron en los años 60 y 70 restricciones de derechos por la doctrina de la seguridad nacional. Por ejemplo, en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1986, que sería cambiada en 1991, una de las normas más invocadas y que tuvo real aplicación fue la del estado de excepción.[44] Por la teoría del bien común, el Banco Mundial en el año 73 restringirá los derechos humanos a cinco objetivos, que los llamó necesidades básicas, y creo una institucionalidad basada en el consenso de Washington, que promovió un equilibrio macroeconómico, un gobierno mínimo y eficiente, un sector privado en expansión y políticas destinadas a reducir la pobreza.[45]

La participación social y el género también fueron discursos incorporados a la teoría neoliberal. En la participación social, dentro de las prioridades determinadas por agencias internacionales, los beneficiarios pueden "escoger" entre las opciones presentadas. La participación legitimó la intervención externa y por medio de un discurso que se conoció como "desarrollo". De igual modo, el género como concepto se adoptó, aunque de manera formal, para legitimar formas renovadas de autoritarismo patriarcal.

Finalmente, la democracia será un concepto potente de legitimación del poder. Fukuyama es famoso en su *Fin de la historia* por sostener, al caer el muro de Berlín y el socialismo como modelo de gobierno, que la democracia liberal es la máxima expresión del proceso civilizatorio de la humanidad, aunque en un libro posterior sostendría que la historia no se detendrá mientras la ciencia siga avan-

44. Mauricio García Villegas, "Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, edit., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia,* t. I (Bogotá: Siglo del Hombre / Uniandes, 2004).

45. Germán Burgos, "El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial ¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998", en *El Otro Derecho, No. 24*, *La mano visible del mercado, derecho y economía* (Bogotá: ILSA, 2000), 55.

zando.[46] La democracia se basa en la división de poderes, en las elecciones libres, en la representación y en los procesos de deliberación. El modelo constitucional democrático es una evolución del modelo liberal. Los avances del modelo liberal son parte integral del modelo constitucional democrático. Pero este avanza sustancialmente en algunos aspectos: la libertad y los derechos se entienden de forma integral, se agregan otros principios: la dignidad, la igualdad sin discriminación, la solidaridad y la democracia sustancial.

La libertad se entiende desde la perspectiva también positiva. Amartya Sen en su *Libertad como compromiso social* desarrolla la idea propuesta por Berlín (y que parecía sospechosa) y le agrega la dimensión prestacional de la libertad.[47] Desde la doctrina de los derechos sociales –ahora parece obvio– para ejercer la libertad hay que tener las condiciones que faciliten su ejercicio. Solo podemos ser genuinamente libres si disponemos de información, alimentación, salud, educación. Es decir, el estado no solo deberá abstenerse de intervenir arbitrariamente en el ejercicio de la libertad de las personas particulares sino, también, deberá realizar acciones deliberadas para que efectivamente se pueda ejercer la libertad.

La igualdad dejará de ser simplemente formal. En el régimen liberal todos somos iguales ante la ley, a los iguales hay que tratarlos como iguales y a los diferentes como diferentes (el famoso *equal but separate* del constitucionalismo norteamericano antes del caso Brown contra el Board of Education). En el régimen constitucional, la diferencia tendrá también importancia. En la clásica fórmula de Santos, todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza. Entonces, estamos en una concepción de la igualdad sustancial.[48]

La dignidad entendida como la necesidad de que todas las personas sean consideradas y respetadas, y la proscripción de la instrumentalización del ser humano. La célebre fórmula kantiana de que nadie debe ser un medio para que otros cumplan sus fines salvo que sea medio y fin al mismo tiempo,[49] ha provocado que, a nivel jurídico, como describe Alexy, el artículo uno de la Ley Fundamental alemana que proclama que el estado tiene como fin realizar la dignidad, tenga más de 94 volúmenes de sen-

46. Véase Francis Fukuyama, *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution* (North Richland Hills: Picador, 2003a).

47. Véase Amartya Sen, *La libertad individual*, 33-55.

48. Véase De Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus*, 164.

49. Véase Kant, "The doctrine of virtue", 261-63.

tencias del Tribunal Constitucional Federal.[50] El principio de solidaridad es la fuente de las obligaciones. En sociedades complejas, la solidaridad es un principio que ayuda a cumplir las dimensiones prestacionales de la libertad, la igualdad sin discriminación por medio de las acciones afirmativas y hacer efectiva la dignidad. Kant derivaba su fórmula en lo que él llamaba el deber de beneficencia, que es su equivalente, y mediante el cual tengo un deber frente a las personas que necesitan para luego tener autoridad moral cuando yo lo necesite.[51] Por el principio de solidaridad, tiene sentido imponer labores de cuidado a los hombres, tributos en función de la capacidad contributiva, prestación de servicios sociales y hasta el servicio militar obligatorio.

Finalmente, en esta breve descripción de características que no son excluyentes de otras, tengo que mencionar a la democracia sustancial, como lo ha caracterizado Ferrajoli.[52] La democracia no solo es procedimental, y debe presumir que las mayorías piensan en el bienestar de todas las personas. La democracia también es sustancial: importa el contenido y el objeto del debate, y este tiene límites, que no son otros que los derechos humanos. De lo sustancial, se deriva el control de la constitucionalidad que hacen los jueces constitucionales en los casos que conocen, y el control que hacen las cortes constitucionales de las leyes, que tienen efectos generales. Una ley puede ser vigente, por seguir el trámite formal, pero inválida por no corresponder a la parte dogmática de la Constitución.

A pesar de estos avances, hay que admitir que existe un déficit de reflexión sobre el contenido y el alcance de derechos que no tienen relación con los civiles y políticos liberales. Los derechos sociales en los últimos años han provocado niveles de reflexión importantes aunque no lo suficientes para que sean estudiados y comprendidos por grandes públicos. De igual modo, el saber indígena todavía sigue siendo marginal y no es motivo de debates serios en espacios no indígenas.

2. Las normas

El desarrollo normativo neoliberal y constitucional democrático, en ciertos niveles, ha sido enorme. El neoliberalismo ha producido un nivel considerable de

50. Véase Robert Alexy, "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático", en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 45.

51. Véase Kant, "The doctrine of virtue", 263.

52. Véase Luigi Ferrajoli, "Derechos Fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 19-24.

detalle sobre la regulación de la propiedad, la inversión, las finanzas y la competencia, tanto en lo nacional como en lo internacional.

El constitucionalismo también logró desarrollar normas en el ámbito constitucional y en el ámbito de derecho internacional de los derechos humanos. Todas las Constituciones de Latinoamérica tienen un listado amplio de derechos, algunas reconociendo incluso a los derechos sociales como derechos fundamentales y de cumplimiento inmediato. A escala internacional, en 1948, se expidió la Declaración Universal de Derechos Humanos, el mismo año la Convención contra el Genocidio; en 1949 se actualizaron las normas del Derecho Internacional Humanitario que pretenderán humanizar los conflictos armados; en 1953 se expidió la Convención Europea de Derechos Humanos, y así sucesivamente, no cesaron de desarrollarse ni de innovarse las listas de derechos. De igual modo, se emitieron resoluciones y declaraciones frutos de eventos globales temáticos sobre derechos humanos. Sin embargo, estas normas siguen siendo harto ambiguas, particularmente las que tratan sobre derechos sociales, y no se desarrollaron de forma consistente en el ámbito legislativo.

Si una persona analiza el sistema jurídico de su país, podrá encontrar que las normas existentes tienen relación con la propiedad y la autonomía de la voluntad en diversas esferas y ámbitos. Las normas relacionadas con derechos humanos estarán meramente en la Constitución y en algunas normas secundarias.

La explicación de este fenómeno lo encontramos sin duda en la cultura jurídica. La enseñanza de los derechos humanos será excepcional en las facultades y, en las que la tienen, será marginal. La cultura jurídica es positivista, conservadora y civilista. Positivista porque la teoría jurídica se basa en la validez formal de la norma, en la concepción de un sistema jurídico completo y en la interpretación basada en la exégesis de las normas.[53] Conservadora porque rinde tributo a la historia y a la voluntad mítica de un legislador ancestral. Civilista porque la columna vertebral del estudio del derecho es el Código Civil que, como he afirmado, tiene como objeto de estudio la autonomía de la voluntad y la propiedad privada.

La cultura jurídica, reproducida principalmente por las facultades de derecho, forma abogados y abogadas que se ubican en la legislatura y en la judica-

53. Véase César [Estudio Preliminar], "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces", en Duncan Kennedy. *Libertad y restricción en la decisión judicial* (Bogotá: Uniandes, 1990), 17.

tura, que no pueden hacer otras cosas que leyes de carácter liberal y neoliberal. Muchos de los mejores abogados y abogadas son cooptados por los estudios jurídicos, que con eficacia lograrán llevar a dimensiones internacionales el conocimiento civilista. El derecho de la propiedad no solo que no permite un paso atrás, sino que se perfecciona[54]. El saber jurídico alternativo, en cambio, no tendrá espacios y sus gestores serán excepcionales y poco conocidos.

Uno de los avances sustanciales del constitucionalismo, en relación con la producción de normas, será la ruptura de la concepción de que las leyes son las únicas fuentes del derecho. La sociedad, el estado y las normas serán plurales. La ley dejará de ser "la reina" de las fuentes y pasará a ser una fuente más, que compite con normas como las que emanan del derecho indígena y con las que producen las cortes constitucionales y las cortes internacionales.

El constitucionalismo democrático ha logrado fundir en la Constitución dos escuelas antes irreconciliables: el iusnaturalismo y el positivismo, en una especie de eclecticismo teórico.[55] Una norma que establece un derecho humano en la Constitución es una norma positiva. Pero, por el enunciado harto general y ambiguo, requiere de interpretación moral. Por ejemplo, la dignidad y la prohibición de trato degradante. La consecuencia de esta constatación es que el legislador o constituyente creará una norma que para ser aplicada deberá ser interpretada. La interpretación desarrollará el contenido del principio y se convertirá, para casos análogos, en precedente general y obligatorio; o sea, las sentencias de la Corte Constitucional son fuente del derecho.

El fenómeno de la jurisprudencia constitucional como fuente de normas es nuevo en Latinoamérica. La creación de cortes constitucionales que aplican las normas que contienen derechos humanos y que crean precedentes comienza a partir los años 90.

En Colombia, a partir de 1991, la Corte Constitucional ha producido 16 979 sentencias sobre violaciones a derechos humanos (a 2007).[56] Ecuador, a

54. Hace algunos días, un miembro de la comisión de reforma a las leyes, organizada como encargo en el Consejo Nacional de Educación Superior (Conesup), comentaba la dificultad para conformar un grupo de trabajo para reformar el Código Civil. La razón –explicaba– era que todos los juristas consultados creían que el Código Civil es intocable.

55. Véase Santiago Sastre Ariza, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, 246.

56. Corte Constitucional de Colombia, <www.constitucional.gov.co/corte/> (consulta: 11 de julio de 2008).

partir de 1996, aunque de manera tímida, también ha producido centenares de sentencias. Los primeros tribunales constitucionales surgen en Europa en los años 40 y son de postguerra, no tienen más de 50 años, y en Latinoamérica menos de veinte. Este fenómeno, comparado con el desarrollo del derecho civil, que lo remontan sus estudiosos a la época de Justiniano (482-565) en Roma hace más de quince siglos, es evidentemente nuevo.

Necesitamos normas que no se basen exclusivamente en la propiedad y para ello necesitamos juristas que tengan la capacidad de hacerlo. De este modo, cambiaría el Derecho y, consecuentemente, la institucionalidad.

3. Los órganos

En la lógica que estoy siguiendo, si hay saber, hay normas, y si hay normas, hay órganos. He intentado demostrar que, en lo relativo al derecho social y público, que es la esfera innovadora de la universalidad de los derechos humanos, hay saberes incompletos, hay normas deficitarias y, consecuentemente, hay órganos inadecuados.

El estado sigue teniendo una estructura liberal. El poder administrativo o ejecutivo ha desarrollado y privilegiado órganos que tienen que ver con el manejo macroeconómico del estado para estabilizar la economía de sociedades inequitativas y excluyentes. Si se compara los presupuestos de los ministerios, y con ello se aprecia la voluntad política de un estado, entre las carteras o ministerios que se dedican a lo financiero y las que se dedican a lo social, se encuentra que las primeras tienen más recursos humanos, mejor sueldo y mayores montos para el cumplimiento de objetivos que los segundos. Otro ejemplo, si se compara el rol de las representaciones internacionales y la estructura de los ministerios de relaciones exteriores, se encontrará que las embajadas y los consulados privilegian los contactos y el trato preferente a los empresarios más que a los migrantes; importará más promover al país desde la consideración de ser un país digno a invertir, que un país que se esfuerza por promover y proteger la dignidad de las personas.

Para poner un ejemplo menos especulativo, en una investigación realizada por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador sobre la estructura de los jueces y sus competencias, se determinó que del 100% del tiempo que un juez civil dedica a resolver, 97% tiene que ver con la aplicación del Código Civil

y apenas un 3% sobre los derechos de las personas reconocidos en la Constitución. Del total de jueces de primera instancia, que son 678, solo el 21% de ellos se dedica a la Constitución, de manera marginal y excepcional.[57]

El aparato que protege la propiedad y las libertades es inmenso y caro.[58] Solo enumero la estructura institucional: cuando usted tiene un bien inmueble, como un departamento o un pedazo de tierra, los linderos están en un registro de la propiedad, tiene un municipio que le presta servicios, tiene un juez de lo civil que le va a otorgar derechos, tiene una policía que va a evitar que los sustraigan o eficazmente le va a desalojar, tiene notarías que van a certificar la titularidad de la tierra y garantizarán la promesa de venta o cualquier otra transacción, tiene bancos que le van a aceptar su pedazo de tierra como garantía; ahora piense que usted es un empresario exitoso, tendrá una superintendencia de compañías, un centro de propiedad intelectual para registrar sus productos, una cámara de comercio para defender los intereses gremiales, habrá una bolsa de valores para comerciar con sus acciones, existirán superintendencias de bancos para que usted se sienta seguro del depósito de su dinero y, por supuesto, los mismos jueces civiles le garantizarán el cumplimiento de los contratos.

Si usted hace transacciones a escala global, también encontrará organizaciones harto poderosas que facilitarán sus actividades. El Banco Mundial promoverá un acuerdo global (Consenso de Washington), en el que incluirá una agenda privatizadora y una reforma integral a la justicia para dar seguridad a la inversión extranjera. Como la justicia no es confiable, particularmente la de los países periféricos, se creará un mecanismo de confianza que es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi); de igual modo, siempre pensando que usted es un empresario exitoso, que seguramente ha invertido en las campañas electorales de sus presidentes, el estado, mediante las relaciones diplomáticas, garantizará sus inversiones y facilitará el acceso de sus productos a otros mercados, si es que no le ofrece un ministerio o exenciones fiscales. Finalmente, el recurso de la guerra, como mecanismo de protección de intereses económicos, ha sido utilizado en las últimas guerras tanto nacionales como internacionales. No es casual que donde hay guerra, hay disputa de re-

57. Ramiro Ávila Santamaría, "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional* (Quito: Tribunal Constitucional, 2008), 359-400.

58. El libro que mejor describe el costo de los derechos civiles es el escrito por Sthephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes* (Chicago: Norton, 2000).

cursos naturales. Por ejemplo, la agresión a Irak tiene que ver con el control del petróleo, la guerra en Afganistán por el gas, en Colombia hay guerra en zonas de petróleo, de producción de drogas y bosques. Las guerras son provocadas, además, por la gran industria armamentista, que está a la punta en tecnología e investigación científica.[59]

El constitucionalismo también tiene sus órganos. Desde los años 90, a escala nacional, por todo el mundo occidental, pulularon las defensorías de los pueblos, que pocos años más tarde se burocratizaron y tuvieron un funcionamiento deficiente; se crearon garantías judiciales a cargo de los jueces civiles, que tendrán un carácter residual (solo si los sistemas ordinario y civil no funcionen) o cautelar (solo cuando las violaciones a derechos humanos son graves y urgentes); en última instancia, se crearán cortes constitucionales que compitieran con la justicia ordinaria, que seguirá llamándose suprema; en los últimos años se crearon defensorías públicas particularmente para la defensa penal de los procesados.

A la organicidad liberal, se añadieron instituciones que pretendieran paliar las violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, particularmente los sociales. No conozco un solo país que haya hecho una transformación estructural en donde las instituciones respondan a la universalidad de los derechos. El esquema liberal siguió siendo la matriz. En el ámbito internacional, las Naciones Unidas (ONU) será el órgano que se estrena con la posguerra y que no ha dejado de funcionar, pero que adolecerá, desde la perspectiva de los derechos humanos, de "tener una estructura radicalmente imperfecta. Tal como lo conocemos, dicha sociedad [ONU] puede asemejarse a un edifico defectuoso que hunde sus cimientos en el derecho [...] el conjunto es un entramado inestable y falto de solidez, que carece de remaches de autoridad".[60]

La ONU no tendrá un mecanismo democrático de representación y de toma de decisiones, por el poder de veto de los cinco países vencedores de la Segunda Guerra Mundial; no tendrá una Corte de Justicia con jurisdicción obligatoria y que conozca demandas de individuos por violaciones a los derechos humanos; los órganos de protección de derechos humanos tendrán competencia cuasi contenciosa y los países podrán no aceptarla; no existirá un mecanismo para

59. La relación entre guerra y políticas energéticas, derecho y democracia, se puede encontrar en Linda Bimbi, *No en mi nombre: Guerra y derecho* (Madrid: Trotta, 2003).

60. Michael Waltzer, *Guerras justas e injustas: Un razonamiento moral con ejemplos históricos* (Madrid: Paidós, 2001), 98.

controlar la fuerza y, de hecho, sus resoluciones no son coercibles; la Corte Penal Internacional, que a primera vista será un triunfo para los derechos humanos, no será otra cosa que justicia de vencedores y focalizada en países periféricos, el ejemplo del fracaso fue el intento de judicializar el bombardeo a población civil provocada por la Organización del Tratado del Atlántico Norte en Kosovo, que reprodujo la impunidad de los bombardeos de los aliados en Berlín, en Nagazaki, en Hiroshima; el financiamiento, y por tanto el condicionamiento, de los organismos internacionales depende de la voluntad de los países hegemónicos.

V. Retos: La construcción del estado plurinacional e intercultural

En este panorama brevemente descrito, parecería que el balance es desalentador. Sin embargo, como sugiere Nino.[61] cuando trata sobre la brecha entre el saber y las promesas de las normas de derechos humanos y la realidad, nos volvemos insensibles y hasta cínicos, y hacemos como que nada pasa; o realmente ponemos las normas de derechos humanos en acción y alteramos la realidad. "Llevamos ya mucho retraso respecto de las grandes aspiraciones [...] tratemos no de aumentarlo con nuestra desconfianza, nuestra indolencia o nuestro escepticismo. No hay tiempo que perder".[62]

Éticamente parecería que no tenemos otra opción que alterar la situación en la que nos encontramos. En la matriz que he utilizado, los retos serían innumerables y mi reflexión desde la perspectiva es aún incipiente y estoy en deuda.

En cuanto al *saber*, tenemos la tarea, como siempre ha predicado el profesor Arturo Roig, de hacer un ejercicio de pensar fuerte o por lo menos con esas pretensiones.[63] No basta pensar, hay que pensar y fuerte. En la vida tenemos dos posibilidades (siempre dualistas, y eso también es un "pero" desde el género): somos reproductores o creadores de roles. Creo que históricamente hemos sido productores de roles. La academia repite y reproduce el pensamiento hegemónico. Roig reconoce que el pensamiento latinoamericano se ha planteado de modo constante la quiebra de totalidades opresivas y aclara que "por cierto no estamos

61. Véase Carlos Santiago Nino, "La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica", en *Ética y derechos humanos*, 20-5.

62. Bobbio, *El tercero ausente*, 173.

63. Roig, *Ética del poder y moralidad*, 54.

hablando del saber universitario, el que se ha caracterizado más por la repetición e imitación del saber europeo, que por lo creativo [...] la originalidad no fue expresamente buscada, sino que fue fruto del encuentro con lo único que nos hace originales, la realidad".[64] En este último sentido, pienso. Cuando Roig sugiere pensar fuerte significa que tenemos que conocer sobre lo hecho y dicho, pero tenemos que ir más allá.[65] En lo indígena, por ejemplo, el pensamiento existe pero es incomprensible desde la lógica hegemónica. El pensamiento fuerte además debe ser crítico. "El discurso crítico debe situarse desde su contexto real, desde las prácticas de los agentes históricos y desde el mismo filósofo como agente de una práctica particular".[66]

El saber tiene que ser interdisciplinario o, como lo llamaría Santos, tiene que haber una ecología de saberes. Esto es, se tiene que aprender tanto del pensamiento hegemónico como de la epistemología del sur. Es decir, de aquellos saberes que han sido despreciados, invisibilizados, destruidos. Estos saberes los encontramos en los pueblos indígenas, en los barrios marginales, y toda manifestación de saber no occidental hegemónico. Y se trata no solo de aprender de los estudios etnográficos, sino de escuchar de la gente que no tiene actualmente voz: los refugiados, los perseguidos, los opositores, los presos, los marginales, los "nadie".

En relación con los *derechos* nos movemos, a veces sin darnos cuenta, entre el discurso regulador y el discurso emancipador. Los derechos humanos "simbolizan la más alta conciencia emancipadora. Sin embargo, cualquier análisis superficial de los derechos humanos mostrará sin duda que fueron puestos al servicio de las necesidades reguladoras del estado".[67] Por eso, Santos sugiere siempre hacer un ejercicio de ser críticos y autocríticos con nosotros mismos. El paradigma racista, conservador y positivista nos traiciona y con harta frecuencia. Los desafíos que tenemos nos plantean que no debemos ni dirigir ni servir. "En

64. Ibíd., 56.

65. Algo así como sucede a los compositores de música –perdón por la comparación y por la distancia– si escuchamos la primera y la segunda sinfonía de Beethoven, veremos la influencia directa de Haydn y podríamos decir que Beethoven es un reproductor de roles, pero si escuchamos la sinfonía heroica hasta la sinfonía novena, no podríamos dudar que Beethoven es original y, por tanto, creador de saberes. Nos hace falta crear pensamiento.

66. Dussell, *Política de la liberación*, 464.

67. Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (UNC) / ILSA, 2002), 211-12.

vez de distancia crítica, proximidad crítica. En vez de compromiso orgánico, involucramiento libre. En vez de serenidad auto-complaciente, capacidad de asombro y revolución".[68] Críticos, desde la comprensión de Santos, y en esto coincide con Dussel, significa que tenemos que partir con y para los oprimidos y alterar su realidad.

Los derechos son muchos y no conviene seguir reconociéndolos, sugieren pensadores liberales, porque el costo de la "inflación de derechos" puede ser el desencanto y la imposibilidad de su protección.[69] Un llamado a la no innovación y a dejar las cosas como están, que nos parece que desvía la atención sobre la problemática de los derechos. Por otro lado, la cuestión no está en los derechos sino en las garantías, como siempre lo sostuvo Bobbio, cuando consideraba que la importancia de los derechos no está en la fundamentación sino en su garantía: "el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político".[70] En el plano de la protección o garantía, su inexistencia o imperfección de modo alguno invalida la existencia del derecho –como sostenía Kelsen–, sino que demanda de parte de quienes piensan y crean derecho la necesidad de satisfacer los requerimientos de los derechos violados: "la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar".[71] En otras palabras, el hecho de que los derechos no tengan garantías significa que el derecho es el que tiene el problema y no los derechos humanos. Quienes hacemos derecho estamos en deuda por no pensar en el contenido de los derechos ni en la eficacia de las garantías.

El reto es mayor cuando se reconoce que el estado es plurinacional e intercultural. En términos del derecho quiere decir que vivimos un pluralismo jurídico. Dejamos de reconocer una sola fuente de derecho válido, que es la estatal y su ley, y pasamos a integrar múltiples sistemas jurídicos. Cada sistema jurídico puede darnos infinidad de formas jurídicas e institucionales. Y este es un mundo para descubrir y para aprender.

---

68. Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia: Lo social y lo político en la posmodernidad* (Bogotá: Siglo del Hombre / Uniandes, 2006), 16.
69. Ignatieff, *Human rights*, 90.
70. Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz* (Barcelona: Gedisa, 2000), 128.
71. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 63.

Finalmente, en cuanto a los *órganos*, parecería que el estado es una forma de organización política de la que no podemos separarnos. Todos los esfuerzos autorreguladores siempre han fracasado; parecería que el egoísmo, como parte del individualismo recalcitrante, es parte constitutiva de la mayoría de las personas. El estado, para garantizar los derechos sociales y la democracia constitucional, tiene que ser fuerte, tan fuerte para poder ser, al interno, un agente distribuidor de riqueza y generador de capacidades para que todas las personas y los pueblos puedan ejercer los derechos; al externo, tiene que ser tan fuerte para que pueda tener voz y pueda ser un interlocutor válido.

El estado sin duda tiene una fuerte estructura liberal y ni siquiera compite con una propuesta de institucionalidad social que ni siquiera existe. La mayoría de gente requiere un estado solidario, democrático, participativo, transparente, responsable y todas esas palabras que constan en las Constituciones y que solo pueden ser efectivas si la sociedad civil y los movimientos sociales se organizan y lo controlan.

Pero el estado plurinacional e intercultural nos obliga a mirar otras formas de concebir la autoridad, de reconocer su legitimidad y de ejercer el poder. Una forma es la estatal y otra forma son las que se producen y reproducen en la sociedad.

El saber, el derecho y la institucionalidad alternativa podría llamarse plurinacionalidad. De esto, Ecuador poco ha desarrollado. Como ejemplo de los difíciles retos, puede verse en el siguiente acápite.

VI. La alternativa al hiperpresidencialismo en un estado plurinacional

1. Las formas de organizar el poder

Julio César Trujillo sostiene que hay dos formas básicas de organizar el poder horizontalmente: el sistema presidencial y el parlamentario.[72] De estas formas se derivan otras mixtas, tales como el semipresidencialismo y el semiparlamentarismo. Tres son los elementos que caracterizan los sistemas. 1. Los órganos o instituciones: en el presidencial son el congreso y el presidente, y en parlamenta-

72. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de derecho constitucional* (Quito: UASB-E / CEN, 2006), 377.

rio son el Parlamento, el jefe de estado, jefe de gobierno y consejo de ministros. 2. Las elecciones: en el presidencial el jefe de estado y los miembros del Parlamento son elegidos directamente por el pueblo; en cambio, en el parlamentario solo los miembros del Parlamento son elegidos y este decide a quién encarga la jefatura del gobierno (elección indirecta por parte del pueblo). 3. Las relaciones Legislativo-Ejecutivo: en el presidencialismo son completamente autónomas, el presidente nombra y dirige la integración del gobierno; mientras que en el parlamentario son complementarias y dependientes. El presidente rinde cuentas ante el pueblo directamente en el primer sistema y, en el parlamentarismo, ante el Legislativo. En el presidencialismo, la división de poderes es más nítida, el presidente se encarga de la función ejecutiva y de la administración del estado y el parlamento de la discusión y elaboración de leyes.[73]

Finalmente, el presidente tiene intervención en el procedimiento legislativo, mediante su facultad de veto.

En la realidad no existen modelos puros y las variaciones son tantas que no existen países que tengan idénticos sistemas. Sin embargo, las tendencias pueden ser cercanas al presidencialismo y parlamentarismo y se diferencian en grados. Entre ellas, el semipresidencialismo se caracteriza por la existencia de un jefe de estado que es elegido por el pueblo, quien nombra un jefe de gobierno que debe gozar de la confianza del parlamento y que, en consecuencia, puede censurarlo; existe división de funciones entre el jefe de estado y de gobierno y a veces responden a partidos políticos diversos, dependiendo de los resultados electorales en el parlamento. El semiparlamentarismo se caracteriza por la elección directa del primer ministro, la designación parlamentaria del jefe de estado, la repetición de elecciones si no hay acuerdo entre primer ministro y parlamento sobre la propuesta de formar el gobierno y la posibilidad de disolución del parlamento.

Pueden existir otros sistemas, que Trujillo los denomina mixtos, tales como los ocurridos en las democracias en transición de gobiernos socialistas a liberales, como los de Europa del Este, o de las democracias en transición de dictaduras a estados constitucionales, como las latinoamericanas.[74]

Pero hay un modelo que me interesa y que lleva a uno de los extremos en esta relación Parlamento-presidente. A este se le ha venido a conocer en Ecuador como hiperpresidencialismo presidencialismo.

73. Ibíd., 378-85.

74. Ibíd., 384-6.

2. El hiperpresidencialismo: descripción, origen y problemas

a) Descripción

En este acápite seguiré las reflexiones de Rafael Balda, quien califica el modelo presidencial ecuatoriano como "un presidencialismo sui géneris, estructurado con importantes variantes institucionales que los separan del canon tradicionalmente atribuido a esta forma de gobierno."[75]

El presidencialismo, según Balda, se caracteriza por 1) un presidente que concentra las funciones de jefe de estado y jefe de gobierno; 2) el presidente es elegido por voto popular; 3) el mandato del presidente está sujeto a período fijo; 4) el presidente designa y destituye libremente a sus ministros. Estas características, y además las anotadas por Trujillo, se presentan en el modelo ecuatoriano.

Como es sabido, la Constitución del año 2008 pretendía dar soluciones a una crisis institucional, que venía arrastrándose algunos años atrás: todo poder del estado, en varios períodos, ha terminado arbitrariamente irrespetado. Más de un Tribunal Constitucional, Corte Suprema, función electoral, Parlamento y presidente han dejado de cumplir sus funciones mediante formas inconstitucionales de ejercicio del poder.

La Constitución de Montecristi apostó por el mantenimiento del presidencialismo, pero en lugar de amenguarlo o de atenuar sus debilidades, lo incrementó y lo supervalorizó. De ahí el nombre común de "hiperpresidencialismo". Veamos sus características, que se alejan de su tradición institucional.

1. El presidente puede disolver la Asamblea.
2. El presidente puede tener competencia legislativa, en el evento de disolución de la Asamblea (decreto-ley).
3. El presidente tiene competencia reglamentaria de las leyes y puede dictar normas que no dependan de las leyes, que se llaman decretos.
4. En proyectos de urgencia, si el Parlamento no aprueba las leyes dentro del plazo legal, se convierten en ley por disposición normativa.
5. El presidente tiene iniciativa para convocar a referéndum y reformar normas jurídicas sin contar con el Parlamento.

75. Balda Santistevan, "Hacia un nuevo sistema de gobierno", 172.

6. El presidente puede convocar a una consulta popular para reformar la Constitución.
7. El presidente puede vetar todo proyecto de ley proveniente del Parlamento. El veto puede ser total y el proyecto debe ser archivado por un año. También puede ser parcial y obliga a que la Asamblea se pronuncie sobre la opinión del presidente. Si a estos poderes, en su relación con el Legislativo, les añadimos otras que tienen que ver con competencias del Ejecutivo, el poder se incrementa.
8. Formulación y aprobación del plan nacional de desarrollo.
9. Formulación y presentación al Legislativo del presupuesto general del estado. El Legislativo solo puede hacer observaciones y no puede alterar el monto del presupuesto.
10. Facultad exclusiva en la política monetaria, crediticia y bancaria.
11. Explotación excepcional de recursos naturales en áreas protegidas.

En suma, la función ejecutiva ejerce mucho poder y tiene la última palabra en el sistema político, a este poder otorgado por la Constitución lo podemos denominar con propiedad como "hiperpresidencialismo".

b) Origen

Varios hechos históricos y fenómenos políticos explican la existencia arraigada del presidencialismo en Latinoamérica: 1. el pensamiento bolivariano, 2. la tradición colonial, 3. la influencia del constitucionalismo norteamericano.

1. Quizá una de las bases históricas del presidencialismo se la encuentra en el pensamiento bolivariano. Simón Bolívar sumaba dos elementos para llegar a un presidencialismo: creía en algunos rasgos del sistema monárquico fuertes, como aquel de un presidente vitalicio, y tenía temor de la participación popular, "cuya presencia en la escena política se consideraba inconveniente y peligrosa".[76]

76. Enrique Ayala Mora, "Estudio introductorio", en Simón Bolívar, *Simón Bolívar. Estudio, selección y notas: Enrique Ayala Mora* (Quito: UASB-E / CEN / Campaña Nacional Eugenio Espejo por el Libro y la Lectura, 1997), 29.

En cuanto al primer elemento, el Ejecutivo debía ser el órgano más fuerte del estado por necesidad ya que todo conspira contra él: "el ímpetu del pueblo hacia la licencia, la propensión de los jueces y administradores hacia el abuso de las leyes... es en fin un atleta contra multitud de atletas".[77] De ahí que el presidente debe tener la autoridad suficiente para poder luchar contra todos los inconvenientes que se presentan en la administración de un gobierno y ser el centro del poder: "el presidente de la república viene a ser en nuestra Constitución, como el sol que, firme en su centro, da vida al universo";[78] "el gobierno [criticando a la Constitución de Colombia], que debería ser la fuente y el motor de la fuerza pública...".[79]

En relación al segundo elemento, Simón Bolívar, empeñado él en la construcción de un estado unitario y republicano poscolonial-español, considera que "generalmente hablando todavía nuestros conciudadanos no se hallan en aptitud de ejercer por sí mismos y ampliamente sus derechos, porque carecen de virtudes políticas que caracterizan al verdadero republicano";[80] Bolívar tampoco creía en la capacidad política del indígena: "el indio es de un carácter tan apacible, que sólo desea el reposo y la soledad, no aspira ni aun a acaudillar su tribu, mucho menos a dominar las extrañas... Esta parte de la población americana no pretende autoridad, ni se cree con aptitud para ejercerla...";[81] y, para rematar, consideraba que los blancos poseen las cualidades intelectuales para gobernar.

Si bien, como considera Ayala Mora,[82] Bolívar es un hombre de su tiempo y es ideólogo orgánico de una clase social usufructuaria de la Independencia, no cabe duda de que al ser uno de los primeros forjadores de nuestros estados modernos, su pensamiento presidencialista y temeroso de la participación social tiene aún influencia en nuestro diseño constitucional contemporáneo. Sin duda, Bolívar –como le calificó el doctor Trujillo en alguna conversación informal– era un gran militar pero un pésimo demócrata.

77. Simón Bolívar, "Discurso de Angostura (1819)", en UASB-E, 74.
78. Simón Bolívar, "Discurso de la constituyente de Bolivia (1825)", en UASB-E, 90.
79. Simón Bolívar, "Mensaje a la Convención de Ocaña (1828), en UASB-E, 109.
80. Simón Bolívar, "Manifiesto de Cartagena (1812)", en UASB-E, 40.
81. Simón Bolívar, "Segunda Carta de Jamaica (1815)", en UASB-E, 49.
82. Ayala Mora, "Estudio introductorio", 29.

2. Difícil negar la herencia colonial en nuestro diseño institucional. La Colonia incidió en la afirmación de una tradición política y administrativa centralizada y autoritaria. No podemos olvidar la fuerte relación militar y eclesiástica en la configuración del poder. Estas dos instituciones son fuertemente verticalizadas, autoritarias, patriarcales, que tienen cómo vértice del poder a una persona que toma las decisiones en última instancia; diríamos ahora, la máxima autoridad que se encarna en una persona es el órgano de cierre. Esta forma de concebir y ejercer el poder se ha constituido en nuestro medio como una tradición.[83]

3. Carpizo reconoce la influencia del constitucionalismo norteamericano, por la admiración que ganó al ser el primer país de América que alcanzó su independencia. Estados Unidos es pues el paradigma del presidencialismo. El presidencialismo norteamericano propugna un ejecutivo fuerte.[84] Tampoco existían modelos alternativos. Así como conocemos el parlamentarismo no existía en las primeras décadas del siglo XIX, como para poder contar con una influencia que pudiera haber incidido en la modelación de nuestras primeras formas de gobierno.

Por otro lado, la precaria situación política derivada de la independencia exigía un liderazgo fuerte. En la primera mitad del siglo XIX es difícil afirmar que existía un estado nación y que los nacientes estados ejercían soberanía.

Al final, una clase social, los criollos, fueron los que gobernaron en regiones altamente diversas y las guerras entre estados y grupos de poder fueron frecuentes y varias. Además, si a esto añadimos la falta de liderazgo y de reconocimiento de los poderes judicial y parlamentario, el panorama es más complejo. En estas circunstancias ¿podía haberse implantado un sistema político distinto al presidencialismo?

A diferencia del presidencialismo norteamericano, las atribuciones del Ejecutivo fueron mayores y se manifestaban en formas tales como atribuciones legislativas en ciertas circunstancias y en los estados de excepción.[85]

---

83. Hernández, "Estudios constitucionales, 55.

84. Carpizo, *Concepto de democracia*, 53.

85. Véase sobre el tema en el caso colombiano, Manuel Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Uniandes, 2010).

c) Problemas

Rafael Balda encuentra cuatro principales críticas al modelo presidencialista.[86] La doble legitimidad: tanto el presidente como los miembros del Parlamento son elegidos democráticamente. Cuando hay momentos de alta tensión política, ambos poderes reclaman la legitimidad de la representación popular. Esto genera "endémicas rupturas institucionales". Los períodos de ejercicio del poder generan rigidez sistémica que impiden a los presidencialismos lidiar con crisis, que acaban provocando salidas informales o antidemocráticas. El presidente al ganar las elecciones tiene el "premio más importante" y el resto de actores políticos, que han perdido las elecciones, tienen pocos incentivos para cooperar; el fracaso del gobernante de turno es la garantía de la oposición en las próximas elecciones, luego el bloqueo legislativo siempre será una opción necesaria. El presidencialismo tiende a generar inmovilismo, cuando tiene escaso apoyo del poder legislativo, que suele ser común por promover el mecanismo de la disociación del presidente con el Parlamento.

A estas críticas puedo seguir sumando otras. Una potente crítica es la concentración de poder en una persona. Es muy difícil, sostiene Arend Liphart, que el presidente comparta poder, cuestión que no sucede en el sistema parlamentario.[87] Si se echa una mirada a la realidad política del Ecuador en los últimos años hasta la actualidad, nos daremos cuenta de que esta afirmación no es disparatada.

Por la razón anterior, el presidencialismo es el mejor sistema para engendrar caudillos. El caudillo representa la personalización del poder, la subordinación de las formas de organización política a una persona (tanto en partidos políticos, organizaciones sociales como en el gobierno), el sometimiento de los poderes legislativo y judicial, la corrupción del poder y el ejercicio despótico, demagógico o paternalista del poder.[88]

¿La inestabilidad política que ha vivido Ecuador en estos últimos años de retorno a la democracia tiene que ver con el régimen presidencialista? Sin duda es difícil dar una respuesta categórica y deben existir muchos factores de carácter político que la expliquen. Sin embargo, como hipótesis de trabajo (que no estoy

86. Balda Santistevan, "Hacia un nuevo sistema de gobierno",174-6.

87. Arend Liphart, "Presidentialism and Mayoritarian Democracy. Theoretical Observations", citado por Carpizo, *Concepto de democracia*, 43.

88. Carpizo, *Concepto de democracia*, 68-70.

en condiciones de demostrar en este trabajo), conviene afirmar que el presidencialismo es una de las causas más importantes para la inestabilidad política.

¿Será casual que en más de 150 años de vida independiente en Latinoamérica hayamos tenido más de 227 Constituciones y Ecuador más de 20? Si miramos nuestro constitucionalismo, podremos darnos cuenta de que cada Constitución responde a un caudillo. Tenemos las Constituciones floreana, la garciana, la alfarista... me daría mucha pena pensar –y me resisto a hacerlo– que estamos ante la Constitución "correísta".

Dado el proceso político que ha existido en Ecuador desde el año 1990, cuando se tuvo la gran primera movilización indígena, hasta la Asamblea Constituyente de 2008, resulta difícil pensar que la Constitución fruto de esa Asamblea sea producto de un caudillo. Sin embargo, quizá producto de la tradición arraigada o quizá porque efectivamente ejercía el liderazgo más visible el economista Correa, nadie cuestionó que el modelo de organización del poder sea el presidencialista.

En el gobierno del presidente Correa, al igual que en los últimos gobiernos democráticos, hemos tenido todos los problemas que señala Balda: rupturas institucionales, rigidez sistémica, descrédito al poder legislativo e inmovilismo político. Y además el problema que es incompatible con un estado constitucional de derechos: acumulación de poder.

Pero hay un problema más que quiero destacar: las violaciones a los derechos humanos. Un sistema que promueve la acumulación de poder en una persona, tiende a ser autoritario. El autoritarismo se materializa en violaciones generalizadas a los derechos humanos. Los regímenes autoritarios-presidencialistas usan intensivamente el poder punitivo del estado. Piénsese, por ejemplo, el gobierno "democrático" de León Febres Cordero, Alberto Fujimori y Álvaro Uribe. Cada uno tiene en su gobierno miles de muertos.[89]

El poder normativo en un régimen presidencialista, mediante su competencia de dictar reglamentos, ha producido una cultura burocrática en la que no se hace nada si no hay reglamentos. El reglamento, no la ley ni tampoco la Constitución, es la pauta normativa que sigue la burocracia.

89. Sobre el caso ecuatoriano, en el que participó como miembro Julio César Trujillo, véase Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad, Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resumen ejecutivo* (Quito: Edicuatorial, 2010).

El presidencialismo no se lleva bien con la participación ciudadana. No hay nada más contraproducente que afirmar que un sistema es democrático y participativo y, al mismo tiempo, confiar en que la decisión política la toma una persona. La opinión de una sola persona vale mucho más que un debate parlamentario, una consulta previa o una asamblea de un movimiento social. El dilema está en tomar las decisiones colectivamente o confiar en que una persona lo haga. El presidencialismo resuelve el problema apostando por la segunda opción. Y esto no es lo más democrático ni lo más deseable.

Finalmente, el régimen presidencial no es la mejor opción en un sistema plurinacional. Si bien un liderazgo fuerte puede explicar la consolidación de un estado nacional dentro de una sociedad diversa y compleja, como fueron nuestras nacientes repúblicas; esto no es un justificativo racional para seguir manteniendo un esquema en una sociedad política que se reconoce expresamente como plurinacional y diversa. Una persona no puede representar en sí misma toda la complejidad social ni todas las diversidades existentes en nuestro país. De ahí que el presidencialismo no es la mejor opción para un estado plurinacional de derechos.

Podría seguir añadiendo argumentos en contra del presidencialismo. De igual modo, podríamos contra-argumentar y hasta afirmar que sin el presidencialismo no se hubiese consolidado el estado-nación, la vida política fuese peor y más caótica (no tengo evidencia para demostrar esto), no se habría forjado regímenes con democracia y estabilidad en la región,[90] y un gran etcétera. También hasta podría enumerar regímenes democráticos que han funcionado de forma adecuada en sistemas políticos presidencialistas.

Lo cierto es que nuestra historia demuestra que el régimen presidencial, junto con otras causas, no ha resuelto el problema de la exclusión, la pobreza y la discriminación. Tengo razones fuertes para pensar que el Ecuador debe transitar de un hiperpresidencialismo hacia otras formas de articulación del poder.

3. La alternativa

Las alternativas al sistema de organización de poder vigente pueden ser varias. A las alternativas indeseables las llamaré "tentaciones": variaciones al presidencialismo, parlamentarismo, variaciones del sistema tradicional, creación de un

90. Carpizo, *Concepto de democracia*, 67.

sistema irrealizable, y la propuesta de Julio César Trujillo, que se acerca a un estado plurinacional. La primera tentación tiene que ver con la persistencia del sistema presidencial. Se puede pensar que hay que reforzarlo o limitarlo, o simplemente corregirlo,[91] pero presidencialismo al fin. La tendencia ecuatoriana ha sido reforzarlo con una lógica parecida a la punitivista en el derecho penal: a más problemas sociales, más endurecimiento de las penas; como nunca se resuelven los conflictos sociales con penas, hay que seguir aumentando las penas. De igual modo, como no se resuelven los conflictos políticos de gobernabilidad, hay que fortalecer al presidencialismo.

La segunda tentación en la que se puede caer, es pensar en el otro extremo de la teoría política: el parlamentarismo.[92] Los sistemas representativos contemporáneos han adolecido de serias deficiencias democráticas. De alguna manera, como afirmé líneas antes, los partidos políticos tienen fuertes rasgos autoritarios y caudillistas (del cual el sistema presidencial es un reflejo). Además, las democracias deficitarias, como las nuestras, se organizan en función de grupos de intereses particulares y tanto los partidos como las campañas que promueven sus candidatos giran alrededor del ejercicio de los poderes económico y político.

La tercera tentación es seguir pensando en la lógica tradicional del estado liberal; es decir, pensar en un sistema presidencialista, semipresidencialista, semiparlamentario o parlamentario con correcciones formales. Si bien un sistema semipresidencialista o semiparlamentario parecería que es mucho más democrático que un sistema hiperpresidencialista, en el sentido que promueve mucho más el respeto al debate deliberativo y no se asienta en el poder de una persona, no deja de ser una respuesta tradicional dentro de un estado nacional.

La cuarta tentación, en la que no quisiera caer y tan solo quisiera plantear ideas preliminares, sosteniendo la propuesta de Julio César Trujillo, es la de proponer modelos inaplicables y exclusivamente idealistas. Como sugiere Jorge Carpizo, hay que ser cuidadoso con la ingeniería institucional y evitar los excesos que entorpecen los modelos. Un modelo híbrido podría ser, si está mal diseñado, peor que los problemas que pretende solucionar la salida del presidencialismo.[93]

91. Véase Julio Echeverría, *La democracia bloqueada*, que propone el "perfeccionamiento de la capacidad decisional del presidencialismo", citado por Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, 447.

92. Véase Simón Pachano, "Presidencialismo y parlamentarismo", citado por Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, 447.

93. Véase Carpizo, *Concepto de democracia*, 49.

La alternativa más concreta que he podido conocer ha sido la elaborada por Julio César Trujillo, en la que se está pensando en un sistema semipresidencial y en un parlamento plurinacional.

Trujillo parte de la idea de que la forma de gobierno debe subordinarse a las múltiples formas de democracia (política, social, económica y cultural) y seguro comparte con Carpizo que la idea central es que "siempre hay que luchar por sistemas democráticos, en los cuales el poder se encuentre al servicio de la comunidad y de la dignidad humana".[94]

La propuesta de Trujillo la publicó el Consejo de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie), en un libro titulado *Nuestra Constitución por un estado plurinacional,*[95] y la presentó –aunque no fue adoptada y se la consideró realmente una propuesta "revolucionaria" en una de las sesiones, argumentando que el país no se encontraba listo para salir del presidencialismo– al grupo de juristas del Consejo Nacional de Educación Superior (Conesup) encargado por el gobierno para elaborar un proyecto de Constitución.[96] La propuesta tiene las siguientes características:

1. La asamblea es plurinacional.[97]
   a) Está conformada por cuatro circunscripciones territoriales: (1) provincial, (2) indígena, (3) afrodescendiente, y (4) ecuatorianos en el extranjero.
   b) Las representaciones indígenas se las hace en función de cada nacionalidad y de conformidad con su derecho propio.
   c) La asamblea es unicameral, se reúne ordinariamente cada nueve meses y tiene funciones legislativas, económicas, de control político, fiscalización, investigación, participación en la formación del gobierno.

2. Las relaciones de la asamblea plurinacional con el gobierno.[98]
   a) El jefe del estado, previa consulta con los representantes designados por los políticos con representación en la Asamblea, propone un candidato a primer ministro.

94. Ibíd., 65.
95. Conaie, *Nuestra Constitución por un Estado Plurinacional: Construyendo la revolución de los pueblos* (Quito: Conaie, 2007).
96. Comisión de Juristas CONESUP, *Proyecto de Nueva Constitución Política del Ecuador* (Quito: CONESUP, 2007).
97. Conaie, *Nuestra Constitución*, 101-2.
98. Ibíd., art. 117-21, 102-3.

b) El candidato propone plan de gobierno y consejo de ministros. El plan de gobierno debe ser coherente con el plan de desarrollo integral. La asamblea, si aprueba el plan mediante votación, posesiona al primer ministro y al consejo de ministros. Si no se aprueba, se debe presentar un nuevo candidato.
c) Si se desaprueba por dos veces el plan y al candidato, la asamblea debe presentar el plan con que esté de acuerdo la mayoría de sus miembros y presentará al jefe de estado el candidato.
d) Si no hay plan ni candidato de la asamblea, el jefe de estado puede decretar la disolución de la asamblea y convocar a elecciones.
e) El jefe de gobierno, previa consulta con el consejo de ministros, puede proponer cambios sustanciales al programa de gobierno. Si no tiene el voto de confianza, el jefe de gobierno y el consejo de ministros debe renunciar.

3. La función de legislar.[99]
   a) Los grupos o bloques de diputados, el jefe de estado, los ciudadanos y otras instituciones públicas en sus asuntos, tienen iniciativa legislativa.
   b) Aprobado el proyecto, después de dos debates, el jefe de gobierno tiene opinión vinculante y el jefe de estado sanciona la ley.
   c) El jefe de estado tiene la facultad del veto total, que tiene como efecto el archivo del proyecto por un año y el requisito de ser aprobado por el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la asamblea.
   d) Los proyectos de ley que consten en el plan de gobierno como importantes, así como los proyectos declarados urgentes por el jefe de Estado, deberán ser tramitados y aprobados en el plazo de un mes. Si no se aprobaren, se publicarán en el Registro Oficial mediante decreto-ley.

4. Funciones políticas y económicas de la asamblea.[100]
   a) La asamblea ejerce funciones de control político y establece la responsabilidad colectiva o individual del consejo de ministros. Si censura a un ministro, este debe dimitir.

99. Ibíd., art. 122-32, 103-8.
100. Ibíd., art. 133-44, 108-13.

b) Los ministros tienen derecho al debido proceso.
c) La asamblea regula los impuestos, autoriza la emisión de deuda pública y controla la ejecución del presupuesto.
d) El gobierno puede ser interpelado por ineptitud en la ejecución del plan de gobierno. Si es censurado, el jefe de gobierno y el consejo de ministros será censurado. El jefe de estado debe proponer un nuevo primer ministro, con su plan y consejo de ministros.
e) La asamblea puede enjuiciar políticamente al jefe de estado.
f) Las comisiones de la asamblea serán tantas cuantos ministerios existan.

5. La función ejecutiva
   a) La función ejecutiva está conformada por el jefe de estado, que es el presidente, el jefe de gobierno, que es el primer ministro, y el consejo de ministros.
   b) El jefe de estado, elegido por votación universal, cesa de su militancia partidista para representar a todo el país, propone al primer ministro, preside el consejo de planificación, preside sesiones del consejo de ministros, participa en la negociación de los convenios internacionales, dirige la política exterior, sanciona los proyectos de ley, presenta observaciones a los proyectos de ley provenientes de la asamblea, puede disolver la Asamblea y convocar a elecciones, nombra al primer ministro y presidente de la Corte Constitucional, ejerce máxima autoridad en las Fuerzas Armadas y concede indultos.
   c) El gobierno está conformado por el primer ministro y el consejo de ministros, debe reflejar la diversidad étnica, de género y regional, y está encargado del plan nacional de desarrollo integral.
   d) El primer ministro solicita nombramientos al jefe de estado para ocupar cargos de ministros, establece políticas para la realización del programa de gobierno, dirige y coordina la acción del gobierno, preside las sesiones del consejo de ministros en ausencia del jefe de estado, presenta informe anual a la asamblea sobre el cumplimiento del plan de gobierno, dirige la administración pública, propone proyectos de ley con carácter de urgente, pide estados de excepción al jefe de estado.
   e) El consejo de ministros está integrado por el jefe de estado, que lo preside, el jefe de gobierno y los ministros, adopta el programa de

gobierno, aprueba los proyectos de ley, codifica leyes, aprueba reglamentos, coordina y evalúa la ejecución de las políticas públicas adoptadas por el primer ministro y las decisiones del propio consejo, adopta el proyecto de presupuesto del estado, fija políticas aduaneras y poblacionales.

f) Los ministros son propuestos por el primer ministro, se encargan de ejecutar el programa de gobierno y de administración pública en el área que les corresponda, presentan informes del cumplimiento del plan de gobierno a la asamblea previa aprobación del consejo de ministros. Si la asamblea no está de acuerdo con la gestión del ministro, puede aprobar las políticas alternativas o censurar al ministro.

Como se puede apreciar, la propuesta de Julio César Trujillo tiene importantes innovaciones. Si el Parlamento es representativo, no tiene sentido tener un Ejecutivo absolutamente fuerte. Las labores del gobierno se comparten con el Parlamento y los pesos y contrapesos son mucho más evidentes. El fracaso del gobierno es el fracaso del Parlamento y, en consecuencia, el fracaso del estado. Para tener armonía en el ejercicio del poder, todos quienes ejercen funciones públicas tienen la obligación de armonizarse. Las crisis de poder, que no convienen a nadie, tienen unos altos costos que promueven la cooperación.

Esta propuesta es, sin duda, una alternativa al hiperpresidencialismo. En el sistema hiperpresidencial se tiene evidencias históricas que no ha funcionado, no ha fortalecido la democracia ni ha mantenido un equilibrio entre poderes. Hay que explorar otras alternativas y estas están planteadas.

Al final, más allá de la necesidad de conocer y deliberar sobre su propuesta, de corregirla o aceptarla, requerimos un sistema de gobierno que, como sueña Trujillo (y nos impone un deber moral a quienes tenemos la posibilidad de difundir y discutir ideas):

> nos permita vivir libres de toda forma de opresión y arbitrariedad del poder político y poderes fácticos, sobre todo de los de orden económico, social o cultural y, al mismo tiempo, libres de todas las necesidades que nos impidan o dificulten llevar una vida digna, libres de la miseria y de la pobreza, que los derechos de la persona no solo estén reconocidos mediante la ley como inviolables, inalienables e indisponibles sino que además estén provistos de medios para gozarlos

de verdad y de mecanismos para poderlos exigir... Los ecuatorianos anhelamos ser iguales no solo ante la ley sino también en las oportunidades... no queremos renunciar a la diversidad regional, a la pluriculturalidad, multiculturalidad y al pluralismo jurídico... Para hacer realidad este desiderátum del pueblo ecuatoriano estamos en el deber de construir un sistema político... estable, eficaz, eficiente y apto para recibir las demandas del pueblo y procesarlas...[101]

101. Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, 449.

Fuentes de los ensayos

- "El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino" fue una ponencia presentada en la Universidad de Buenos Aires (UBA) el 4 de noviembre de 2013, en una mesa redonda sobre justicia constitucional en la región y derecho a la salud. Este ensayo es inédito.

- "En defensa del neoconstitucionalismo transformador andino" se publicó con el título "En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos", en la Revista de la Asociación Escuela de Derecho (AED), *Revista Ruptura.* Quito: PUCE, 2012.

- "La utopía andina y su distorsionada aplicación" se publicó con el título "De la utopía de Montecristi a la distopía de la revolución ciudadana", en VV. AA., *El correísmo al desnudo.* Quito: Montecristi Vive, 2013.

- El Yasuní, los "modelos de desarrollo" y el sumak kawsay desde las mujeres indígenas. Ensayo inédito.

- "Los fundamentos jurídicos de los derechos de la naturaleza y sus implicancias" se publicó con el título "El derecho de la naturaleza: fundamentos", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *La Naturaleza con derechos: De la filosofía a la política.* Quito: Abya-Yala, 2011; y en Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos.* Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2a. ed., 2012.

- "La interculturalidad y el derecho ¿Debe aprender el derecho estatal de la justicia indígena?" se publicó originalmente con el título "Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?" en el libro coordinado por Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador.* Quito: FRL / Abya-Yala, 2012.

- "La cárcel como problema global. La justicia indígena como solución local. Caso La Cocha". Tesis de maestría en Sociología Jurídica en la Universidad del País Vasco-Instituto Internacional de Sociología Jurídica-Oñati, realizada año 2013, y que una versión fuera ya publicada en el libro *En defensa del neoconstitucionalismo andino.* Quito: CEP, 2014.

- "Los retos para una nueva institucionalidad plurinacional e intercultural: la alternativa al hiperpresidencialismo" fusiona dos ensayos: "Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos" publicado en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neconstitucionalismo y sociedad*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; y "La alternativa al hiper-presidencialismo en un estado plurinacional", en Ramiro Ávila Santamaría y Enrique Ayala Mora, comp., *El silencio ante un atropello es imposible: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Julio César Trujillo.* Quito: UASB-E / CEN, 2012.

Bibliografía

Ackerman, Bruce. *The Future of Liberal Revolution*. Nueva Haven-Londres: Yale University Press, 1992.

Acosta, Alberto. "Extractivismo y derechos de la naturaleza". En Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 157-80. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo (FRL) / Abya-Yala, 2012.

Acosta, Alberto, y Esperanza Martínez, comp., *El buen vivir: Una vía para el desarrollo*. Quito: Abya-Yala, 2009.

------. *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Quito: Abya-Yala, 2009.

Agambem, Giorgio. Homo Sacer: *El poder soberano y la nuda vida*. Trad. por Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 2003.

------. *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Valencia: Pre-Textos, 2001.

Albán Gómez, Ernesto. "Hacinamiento carcelario". *Hoy* (Quito), 2013. ‹http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/hacinamiento-carcelario-573845.html›. Consulta: abril de 2013.

Albán, Amparo. "El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano". En Diego Pérez Ordoñez, comp., *La Constitución ciudadana: doce visiones sobre un documento revolucionario*, 151-76. Quito: Taurus, 2009.

Alexy, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 31-48. Madrid: Trotta, 2003.

------. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Álvarez, Pocho. "Persecución y condena", 2013. ‹http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=jrKNMuh8YmI#!›. Consulta: 1 de abril de 2013.

Amnistía Internacional. "Para que nadie reclame nada. ¿Criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?". *Amnistía Internacional*. 2012. ‹http://www.amnesty.org/es/library/info/AMR28/002/2012›. Consulta: abril de 2012.

Anderson, Benedict. *Imagined Communities*. Nueva York: Verso, 1991.

Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2006.

Arango, Rodolfo. "Constitucionalismo social latinoamericano". En Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao, coord., *Tratado del derecho a la salud*, 65-84. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

Arrigo, B., y D. Milovanovic. *Revolution in Penology. Rethinking the Society of Captive*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

Ávila Santamaría, Ramiro. *Neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / FRL / Abya-Yala, 2011.

------. "Caracterización de la Constitución de 2008: Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia". En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 405-28. Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional (CEN), 2009.

------. "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal". En Rodrigo Santillán Peralbo, *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, 359-400. Quito: Tribunal Constitucional, 2008.

------. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos*. Quito: UASB-E / Edic. Legales, 2013.

Ávila, Ramiro, y Fabián Corral. "Debate sobre neoconstitucionalismo". En Salim Zaidán, edit., *Neoconstitucionalismo, libertad de opinión y derecho a la honra*, 81-124. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador / Fundación Hanns Seidel, 2012.

Ayala Mora, Enrique. *Manual de historia del Ecuador*. Quito: UASB-E / CEN, 2008.

------. "Estudio introductorio". En Simón Bolívar, *Simón Bolívar. Estudio, selección y notas: Enrique Ayala Mora*, 9-32. Quito: UASB-E / CEN / Campaña Nacional Eugenio Espejo por el Libro y la Lectura, 1997.

------. *Interculturalidad camino para el Ecuador*. Quito: UASB-E / FENOCIN, 2011.

Badinter, Elisabeth. *XY la identidad masculina*. Bogotá: Norma, 2007.

Badiou, Alain. *El despertar de la historia*. Madrid: Clave Intelectual, 2012.

Balda Santistevan, Rafael. "Hacia un nuevo sistema de gobierno: Diseño institucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano". En Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 171-88. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. México DF: Siglo XXI, 1986.

Bauman, Zygmunt. *Community. Seeking Safety in an Insecure World*. Cambridge: Polity Press, 2007.

Beccaria, Cesare. *On Crimes and Punishments and Other Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Bengoetxea, Joxerramon. "Ultima Ratio and Judicial Application of Law". *Oñati Socio-legal Series* 3, No. 1 (2013): 107-24. ‹http://ssrn.com›. Consulta: junio de 2013.

Berlín, Isahia. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza, 2001.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (UEC), 2003.

------. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: UEC, 2005.

Beuchot, Mauricio. "Abordaje filosófico del problema de la fundamentación de los derechos humanos". En *Filosofía y derechos humanos*, 4a. ed., 123-53. México DF: Siglo XXI, 2001.

Bimbi, Linda. *No en mi nombre: Guerra y derecho*. Madrid: Trotta, 2003.

Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 2000.

------. *El tercero ausente*. Madrid: Cátedra, 1997.

Boff, Leonardo. *O despertar da águila. O dia-bólico e o sim-bólico na construcao da realidade*. Petrópolis: Vozes, 2002.

Bondenson, Ulla. *Alternatives to Imprisonment. Intentions and Reality*. Colorado: Westview Press, 1994.

Borja Ortiz, Andrés. "Derechos de la naturaleza". En Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, 125-40. Quito: INREDH, 2009.

Bottoms, A., S. Rex y G. Robinson, edit. *Alternatives to Prison. Options for an Insecure Society*. Oregon: Willan Publishing, 2004.

Braithwaite, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

Brandt, Hans-Jürgen, y Rocío Franco Valdivia, comp. *El tratamiento de conflictos: Un estudio de actas en 133 comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal (IDL), 2006.

------. *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*. Lima: IDL, 2007.

Brown, Wendy, y Janeth Halley, edit. *Left Legalism/Left Critique*. Durham: Duke University Press, 2003.

Burgos, Germán. "El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial ¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998". *El Otro Derecho*, No. 24, *La mano visible del mercado, derecho y economía* (2000): 47-98. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Capella, Juan Ramón. *Entrada en la barbarie*. Madrid: Trotta, 2007.

------. *Fruta prohibida: Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y el Estado*. Madrid: Trotta, 2001.

Carbonell, Miguel. "Derechos fundamentales en América Latina". En Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto, coord., *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, 35-42. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2009.

Carbonell, Miguel, edit. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

Carbonell, Miguel, y Leonardo García Jaramillo, edit. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: UEC, 2010.

Carpizo, Jorge. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. México DF: IIJ-UNAM, 2007.

Carranza, Elías. "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe". En Elías Carranza, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, 11-47. México DF: Siglo XXI / ILANUD, 2009.

Carrión, Fernando, Jenny Pontón y Blanca Armijos. *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador / Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 2009.

Caselli, Irene. "Ecuador's indigenous justice system on trial". *BBC News* (2010). ‹http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-10683003›. Consulta: 11 de febrero de 2012.

Castro Gómez, Santiago. *Tejidos oníricos: Movilidad, capitalismo y biopolítica en Bogotá (1910-1930)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

Clooney, George, director. *Good Nigth and Good Luck*, 2005.

Comanducci, Paolo. "Constitucionalización y neoconstitucionalismo". En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, 173-90. Bogotá: UEC, 2010.

Comisión de Juristas CONESUP. *Proyecto de Nueva Constitución Política del Ecuador*. Quito: CONESUP, 2007.

Comisión de la Verdad. *Sin verdad no hay justicia: Informe de la Comisión de la Verdad. Ecuador, 2010. Resumen ejecutivo*. Quito: Comisión de la Verdad, 2010.

CONAIE. *Nuestra Constitución por un Estado plurinacional: Construyendo la revolución de los pueblos*. Quito: CONAIE, 2007.

Constitución de la República del Ecuador [de 2008]. Publicada en el *Registro Oficial*, No. 449. 20 de octubre de 2008.

De Saint-Exupery, Antoine. *El Principito-Le Petit Prince*. Trad. por Joelle Eyhéramonno. México DF: Enrique Sainz, 1994.

De Sousa, Marina. "El derecho a la salud en el Estado plurinacional de Bolivia". En Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao, coord., *Tratado del derecho a la salud*, 2727-48. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003a.

------. *De la mano de Alicia: Lo social y lo político en la posmodernidad*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes (Uniandes) /, 2006.

------. *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá: ILSA, 2003b.

------. *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (UNC) / ILSA, 2002.

------. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito: Universidad Politécnica Salesiana / Abya-Yala, 2010.

------. *Una epistemología del Sur*. México DF: CLACSO / Siglo XXI, 2009.

------. *Toward a New Common Sense: Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nueva York: Routledge, 1995.

------. "Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad". En Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 13-50. Quito: FRL / Abya-Yala, 2012.

Douzinas, Costas. *The End of Human Rights*. Oregon: Hart Publishing, 2000.

Dufour, Gilbert. *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Durá Mauricio, Benito. *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica: Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Dussel, Enrique. "Una nueva política para América Latina en el siglo XXI". *Corneta: Semanario cultural de Caracas*, No. 69 (29 de octubre-4 de noviembre de 2009). Entrevista publicada en *La Jornada* sobre la publicación del libro *Política de la liberación* en 2008. ‹http://www.corneta.org/no_69/enrique_dussel_filosofia_de_la_liberacion›.

------. *Política de la liberación, historia mundial y crítica*. Madrid: Trotta, 2007.

Echeverría, Bolívar. *Definición de la cultura*, 2a. ed. México DF: Fondo de Cultura Económica / Itaca, 2010.

Einat, Tomer. "Soldiers", "Sausages" and "Deep Sea Diving": Language, Culture and Coping in Israeli Prisons. En Alison Liebling y Shadd Maruna, edit., *The Effects of Imprisonment*, 285-305. Oregon: Willan Publishing, 2005.

Elizalde Hevia, Antonio. "Derechos de la naturaleza: ¿Problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?" En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora*, 63-74. Quito: Abya-Yala, 2009.

Ende, Michael. *Momo*. Madrid: Alfaguara, 2010.

Esterman, Josef. *Filosofía andina: Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito: Abya-Yala, 1998.

Facio, Alda. "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". En Alda Facio y Lorena Fries, edit., *Género y derecho*, 99-137. México DF: American University, 2002.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho penal mínimo y otros ensayos*. México DF: Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008.

------. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 7a. ed. Madrid: Trotta, 2005.

------. *Derechos y garantías: La ley del más débil*, 3a. ed. Madrid: Trotta, 2003.

------. "Derechos fundamentales". En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 19-24. Madrid: Trotta, 2001.

Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta, 2007.

Foucault, Michael. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Nueva York: Vintage Books, 1995.

------. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 2003.

------. *Surveiller et punir*. París: Gallimard, 2005.

------. *The History of Sexuality: An introduction*, vol. I. NuevaYork: Vintage Books, 1990.

Franco Valdivia, Rocío, y María Alejandra González Luna. *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Las mujeres en la justicia comunitaria: Víctimas, sujetos y actores*. Lima: IDL, 2009.

Fraser, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World. New Directions in Critical Theory*. Nueva York: Columbia University Press, 2010.

Freire, Paulo. "La teoría de la acción dialógica y sus características". En *Pedagogía del oprimido*, 53a. ed., 176-240. México DF: Siglo XXI, 2000.

Fukuyama, Francis. *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*. North Richland Hills: Picador, 2003a.

------. "La dignidad". En *El fin de la historia y el último hombre*. Madrid: Punto de Lectura, 2003b.

Galeano, Eduardo. "La naturaleza no es muda". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*, 25-9. Quito: Abya Yala, 2009.

García Canclini, Néstor. *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo*. Buenos Aires: Paidós, 2002.

García Villegas, Mauricio. "Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997". En Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, edit., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I, 317-69. Bogotá: Siglo del Hombre / Uniandes, 2004.

García Villegas, Mauricio, y César Rodríguez. "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos". En Mauricio García Villegas y César Rodríguez, edit., *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, 15-65. Bogotá: UNC / ILSA, 2003.

Gargarella, Roberto. "200 años de constitucionalismo latinoamericano". 2013. Documento inédito.

Garland, David. *Peculiar Institution. America's death penalti in an age of abolition*. Nueva York: Oxford University Press, 2010.

------. *Punishment and Modern Society*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

------. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Giddens, Antony. *The Politics of Climate Change*. Cambridge: Polity Press, 2009.

Goto, Rafael. "Reflexiones sobre Biblia y medio ambiente". *EvaRed* (11 de septiembre de 2007). Entrevista realizada por Nelson Figueroa, Lima, agosto de 2007. Red Peruana Uniendo Manos Contra la Pobreza. ‹http://www.radioevangelizacion.org/spip.php?article1008›. Consulta: 16 de abril de 2010.

Grijalva, Agustín. "Del presente se inventa el futuro: Justicias indígenas y Estado en Ecuador". En Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 51-78. Quito: FRL / Abya-Yala, 2012.

Gudynas, Eduardo. "Derechos de la naturaleza y políticas ambientales". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*, 39-49. Quito: Abya-Yala, 2009.

------. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y las políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Abya-Yala, 2009.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2005.

Hernández, Manuel. "Estudios constitucionales". Citado por Jorge Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. México DF: IIJ-UNAM, 2007.

Holmes, Sthephen, y Cass R. Sustein. *The Cost of Righ3 ts: Why Liberty Depends on Taxes*. Chicago: Norton, 2000.

Ignatieff, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

Iturralde, Manuel. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre / Uniandes, 2010.

Kant, Immanuel. "The doctrine of virtue". En *Metaphysics of morals*. Citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law Politics and Morals*, 2a. ed., 261-63. Oxford: Oxford University Press, 2000.

King, Stephen. *Rita Haywort and The Shawshank Redemption*. 1982. Ebook. ‹http://filmandliterature.edublogs.org/files/2010/08/Rita-Hayworth-And-The-Shawshank-Redemption2.pdf›. Consulta: febrero de 2013.

Lacey, Nicola. *The Prisioners'*. *Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Larrandart, Lucila. "Política criminal y Estado de derecho: ¿Tolerancia cero?". En Elsie Rosales y Lolia Aniyar de Castro, comp., *Cuestión criminal y derechos humanos: La perspectiva crítica*, 159-90. Caracas: Instituto de Ciencias Penales-Universidad Central de Venezuela, 2009.

Larrea, Carlos. "Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora*, 75-84. Quito: Abya-Yala, 2009.

Lawrence, Jhon. *Gaia. The Growth of an Idea*. Londres: Penguin Books, 1991.

Lewis, Christopher. "Trends in crime, victimization and punishment". En A. Bottoms, S. Rex y G. Robinson, edit., *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Oregon: Willian Publishing, 2004.

Liebling, Alison, y Shadd Maruna. "Introduction: the Effects of Imprisonment Revisited". En Alison Liebling y Shadd Maruna, edit., *The Effects of Imprisonment*, 1-28. Oregon: Willan Publishing, 2005.

Liphart, Arend. "Presidentialism and Mayoritarian Democracy. Theoretical Observations". Citado por Jorge Carpizo. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. México DF: UNAM, 2007.

Llasag, Raúl. "Justicia indígena: ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha". En Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia indígena: plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 321-72. Quito: FRL / Abya-Yala, 2012.

------. "Movimiento indígena del Ecuador a partir del siglo XX: visibilizando el resurgir, sus avances y retrocesos". En Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador*, 83-156. Quito: FRL / Abya-Yala, 2012.

------. "Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora". En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, 311-50. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2005.

Macas, Luis. "Construyendo desde la historia: resistencia del movimiento indígena en el Ecuador". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, edit., *Plurinacionalidad: democracias en la diversidad*. Quio: Abya-Yala, 2009.

Martín Barbero, Jesús. *La educación desde la comunicación*. Argentina: Norma, 2002.

Martínez, Esperanza. "Los derechos de la naturaleza en los países amazónicos". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora*, 85-98. Quito: Abya-Yala, 2009.

Mathiesen, Thomas. *Prison On Trial*. Winchester: Waterside Press, 2000.

McIvor, Gill. "Reparative and restorative approaches". En Anthony Bottoms, S. Rex y G. Robinson, edit., *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Oregon: Willan Publishing, 2004.

McMahon, Maeve. *The Persistent Prison? Rethinking Decarceration and Penal Reform*. Toronto: University of Toronto Press, 1992.

Melo, Mario. "Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora*, 51-61. Quito: Abya-Yala, 2009.

Melossi, Dario, y Pavarini Massimo. *The Prison and the Factory: Origins of the Penitentiary System*. Londres: The MacMillan Press, 1981.

Monge, Elsie, y otros. "La criminalización de defensores y defensoras de los derechos humanos y de la naturaleza. Veredicto del Tribunal Ético". En

Ramiro Ávila Santamaría, comp., *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, 111-30. Quito: UASB-E / CEN, 2012.

Mora, Luis Paulino. "Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos: La experiencia constitucional". En Elías Carranza, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: Respuestas posibles*. México DF: Siglo XXI / ILANUD, 2007.

Moreso, Juan José. "Comanducci sobre neoconstitucionalismo". En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, 191-206. Bogotá: UEC, 2010.

Nellis, Mike. "Electronic monitoring and the community supervision of offenders". En A. Bottoms, S. Rex y G. Robinson, edit., *Alternatives to Prison: Options for an insecure society*, 143-64. Oregon: Willan Publishing, 2004.

Newman, Graeme. *The Punishment Response*. Albany: Harrow y Heston, 1985.

Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*, 2a. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.

Nozick, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Nueva York: Basic Books, 1974.

Olsen, Frances. "El sexo del derecho". En Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, 137-56. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Ogaz, Leonardo. "El triunfo de Rafael Correa: Una lectura diferente". *ALAI. América Latina en Movimiento* (2013). ‹http://alainet.org/active/62303›. Consulta: abril de 2013.

Orwell, George. *La rebelión de la granja*. Madrid: Mestas, 2004.

Pacari, Nina. "Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*, 31-8. Quito: Abya-Yala, 2009.

Padilla, Guillermo. "La historia de Chico: Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena". En Rudolf Huber y otros, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales: Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, 151-86. México DF: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

Parker, Richard. "Aquí el pueblo gobierna: Un manifiesto populista constitucional". En Erwin Chemerinsky y Richard Parker, *Constitucionalismo popular*, 97-190. Bogotá: Siglo del Hombre, 2011.

Pásara, Luis. *El funcionamiento de la justicia del Estado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.

Paz y Miño Cepeda, Juan, y Diego Paz y Miño. "El proceso constituyente desde una perspectiva histórica". En Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS) y Revista La Tendencia, coord. *Análisis: Nueva Constitución*, 27-44. Quito: La Tendencia-ILDIS, 2008.

Peña Freire, Antonio. "Derechos subjetivos y garantía". En *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, 132-5. Madrid: Trotta, 1997.

Peña, Jaime. "Antecedentes de la prisión como pena privativa de la libertad en Europa hasta el siglo XVII". En Carlos García Valdéz, dir., *Historia de la prisión: Teorías economicistas*, 63-78. Madrid: Edisofer, 1997.

Pérez Ordoñez, Diego, comp. *La Constitución ciudadana: Doce visiones sobre un documento revolucionario*. Quito: Taurus, 2009.

Pissarello, Gerardo. "Los derechos sociales y sus garantías: Por una reconstrucción democrática participativa y multinivel". En *Los derechos sociales y sus garantías para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

Ponce Villacís, Juan Estebán. *El neoconstitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.

Poveda, Carlos. "La Cocha: 2002-2010, retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico". *Novedades Jurídicas*, año VII, No. 19 (2010). Quito: Edic. Legales.

Prieto Sanchís, Luis, y Juan Antonio García Amado. "Debate sobre el neoconstitucionalismo". En Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, 265-88. Madrid: Trotta, 2007.

Quijano, Aníbal. *Introducción a Mariátegui*. México DF: Era, 1982.

------. "Colonialidad del poder y clasificación social". *Journal of World Systems Research* 6, No. 2, *Special Issue: Feschist for Immanuel Wallerstein*, Part I (Summer/Fall 2000), 342-86. ‹http://cisoupr.net/documents/jwsr-v6n2-quijano.pdf›. Consulta: enero de 2011.

Ramírez Gallegos, Franklin. "El proceso constituyente y tránsito hegemónico". En ILDIS y Revista La Tendencia, coord. *Análisis: Nueva Constitución*, 46-66. Quito: La Tendencia-ILDIS, 2008.

Ramm, Alejandra. *Imputados. Primerizos y reincidentes: Un registro testimonial*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2005.

Raynor, Peter. *Rehabilitative and reintegrative approaches*. En A. Bottoms, S. Rex y G. Robinson, edit., *Alternatives to prison: Options for an Insecure Society*, 257-301. Oregon: Willan Publishing, 2004.

Rodríguez, César. "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial" [Estudio preliminar]. En Duncan Kennedy. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, 17-88, Bogotá: Uniandes, 1990.

Roig, Arturo Andrés. *Ética del poder y moralidad de la protesta: La moral latinoamericana de la emergencia*. Quito: UASB-E / CEN, 2002.

------. *La utopía en el Ecuador*. Quito: Banco Central del Ecuador / CEN, 1987.

Ross, Rupert. *Dancing With a Ghost. Exploring Aboriginal Reality*. London: Penguin, 1992.

Rousseau, Jean-Jaques. *El contrato social*. Bogotá: Panamericana, 1996.

Sagan, Carl, y Ann Druyan. *Shadows of forgotten ancestors*. Nueva York: Ballantine Books, 1992.

Salazar, Daniela. "La criminalización de la protesta como restricción de la libertad de expresión en Ecuador". En Ramiro Ávila Santamaría, comp., *Protesta social, libertad de expresión y derecho penal*, 67-94. Quito: UASB-E / CEN, 2012.

Salgado Pesantes, Hernán. "La nueva dogmática constitucional en el Ecuador". En Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto, coord., *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, 981-1002. México DF: IIJ-UNAM, 2009.

Sánchez Botero, Esther. "Peritaje en antropología jurídica". Presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. 2011. Inédito.

Sastre Ariza, Santiago. "La ciencia jurídica ante el neoconstitucioanalismo". En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 239-58. Madrid: Trotta, 2003.

Sen, Amartya. *La libertad individual como compromiso social*. Quito: Abya-Yala, 1999.

Serrano Pérez, Vladimir. "El buen vivir y la Constitución ecuatoriana". En Diego Pérez Ordoñez, comp., *La Constitución ciudadana: Doce visiones sobre un documento revolucionario*, 177-205. Quito: Taurus, 2009.

Seuss Geisel, Theodor. *Horton hears a Who!* Nueva York: Random House, 1986.

Singer, Peter. *Liberación animal*. Madrid: Trotta, 1999.

Steiner, Henry, y Philip Alston. *International Human Righst in context, Law Politics and Morals*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Stiglitz, Joseph. *The Roaring Nineties: A New History of the World's Most Prosperous Decade*. Nueva York: Norton, 2003.

Subiela, Eliseo, dir. *Un hombre mirando al sudeste*, 1986.

Sykes, Grahan. *The society of Captives*. Nueva Jersey: Princeton University, 2007.

Thomas, Mark. *Legal pluralism and interlegality in Ecuador: The La Cocha murder case*. Ámsterdam: CEDLA, 2009.

------. "Legal Pluralism and the Continuing Quest for Legal Certainty in Ecuador: A Case Study from the Andean Highlands". *Oñati Sociolegal Series*, s. f. ‹http://ssrn.com›. Consulta: 11 de febrero de 2012.

Tidball-Binz, Morris. "Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria: Un problema de todos". En Elías Carranza, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: Respuestas posibles*, 48-57. México DF: Siglo XXI / ILANUD, 2007.

Torres, Luis Fernando. "El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi". En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 429-54. Quito: UASB-E / CEN, 2009.

Touraine, Alain. *Un nouveau paradigme*. París: Librairie Artheme Fayard, 2005.

Trabucco, Federico. *Constituciones de la República del Ecuador*. Quito: Ed. Universitaria, 1975.

Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de derecho constitucional*. Quito: UASB-E / CEN, 2006.

Trujillo, Julio César, y Ramiro Ávila Santamaría. "Los derechos en el proyecto de Constitución". En ILDIS y Revista La Tendencia, coord. *Análisis: Nueva Constitución*, 68-85. Quito: La Tendencia-ILDIS, 2008.

Uprimny, Rodrigo, y Luz María Sánchez. "3 décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balance y perspectivas" (documento inédito), 2012.

Valencia, Areli. "Salud, derechos y desarrollo: Revelando interconexiones a propósito del caso peruano". En Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao, coord., *Tratado del derecho a la salud*, 2781-814. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

Vass, Anthony. *Alternatives to Prison. Punishment, Custody and the Community*. Londres: Sage Publications, 1990.

Vintimilla Saldaña, Jaime, Milena Almeida y Remigia Saldaña. *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador*, vol. 4. Lima: IDL, 2007.

Voltaire, Françoise. "Comentario sobre el libro *De los delitos y de las penas por un abogado de provincias*" [1766]. Citado por Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza, 2002.

Wacquant, Lois. *Les prison de la misère*. París: Éditions Raisons D'agir, 1999.

------. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009.

Walmsley, Roy. *World Prison Population List*, 9a. ed. 2011. ‹http://www. prisonstudies.org/news/all/140-more-than-ten-million-prisoners-in-the-world,-new-report-shows.html›. Consulta: 21 de febrero de 2013.

Walsh, Catherine. *Interculturalidad, Estado, sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2009.

------. "Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico". Ponencia presentada en el Seminario Pluralismo Jurídico, organizado por la Procuraduría del Estado y el Ministerio de Justicia, Brasilia, 13 y 14 de abril 2010.

------. "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico". En Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: Aportes para el debate*. Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2006.

Waltzer, Michael. *Guerras justas e injustas: Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Madrid: Paidós, 2001.

Weitekamp, Elmar. "Reparative justice. Toward a Victim Oriented System". *European Journal in Criminal Policy and Reaserch*, 70-93. Verlag: Springer, 1993.

Williams, Joan. "Igualdad sin discriminación". En Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, 257-83. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

Wolf, Robert. *Widening the Circle: Can Peacemakin Work Outside of Tribal Communities?* Nueva York: Center for Court Innovation, 2012.

Wray, Norman. "Los retos del régimen de desarrollo: El buen vivir en la Constitución". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *El buen vivir: Una vía para el desarrollo*, 63-74. Quito: Abya-Yala, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Madres de la Plaza de Mayo, 2010.

------. *Criminología: Aproximación desde el margen*. Bogotá: Temis, 1998.

------. *La palabra de los muertos: Conferencias sobre criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

------. "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la Ley Penal". En Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo, edit., *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, 99-124. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

------. "La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia". En Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, 3-34. Quito: Abya-Yala, 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2004.

Zaidán, Salim y Rafael Oyarte. *Neoconsitucionalismo: Teoría y práctica en el Ecuador*. Quito: Ed. Jurídica Cevallos, 2012.

Zavala Egas, Jorge. *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Lima: Edilex, 2012.

Zolo, Danilo. *La justicia de los vencedores: De Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2006.

El neoconstituicionalismo andino es un tratado en defensa de una teoría jurídica inconforme con la teoría tradicional y con la realidad actual; busca el cambio y la garantía eficaz de los derechos fundamentales. Está conformado por varios ensayos que combinan distintas perspectivas: reflexiones teóricas, literarias, interdisciplinarias y, en no pocas oportunidades, la aplicación de conceptos a la realidad. Es también un libro de denuncia, ya que comenta y critica políticas y prácticas alejadas de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 y de la teoría neoconstitucional, como el extractivismo, el autoritarismo, el formalismo jurídico, que ejemplifican la distancia entre la teoría y la producción normativa o las políticas jurídicas de las personas que ejercen poder. Para el autor, la teoría es importante para guiar la acción, y el derecho solo tiene sentido cuando transforma realidades injustas.

Huaponi Ediciones

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

ISBN: 978-9978-19-724-0
9789978197240