



COLECCIÓN  
PROFESIONAL  
ECUATORIANA



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador

*25 años*

# Pueblos indígenas: el sentido de la esperanza

LOS DERECHOS COLECTIVOS  
EN EL ESTADO  
NEOCONSTITUCIONAL

IVÁN NARVÁEZ QUIÑÓNEZ

# **PUEBLOS INDÍGENAS: EL SENTIDO DE LA ESPERANZA**

Los derechos colectivos al territorio y a la autodeterminación





**COLECCIÓN  
PROFESIONAL  
ECUATORIANA**



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador *25 años*

Iván Narváez Quiñónez

# **PUEBLOS INDÍGENAS: EL SENTIDO DE LA ESPERANZA**

Los derechos colectivos al territorio y a la autodeterminación

Quito, 2017

# **Pueblos indígenas: el sentido de la esperanza**

## **Los derechos colectivos al territorio y a la autodeterminación**

***Iván Narváez Quiñónez***

Primera edición

Junio de 2017

Quito, Ecuador

ISBN Ediciones Legales EDLE S. A.: 978-9978-81-182-5

Derechos de autor: 050898

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-783-7

© Ediciones Legales EDLE S. A.

Los Cipreses N65-149 y Los Eucaliptos • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 248 0800, 399 4700 • Fax: (593 2) 346 3225

[www.edicioneslegales.com.ec](http://www.edicioneslegales.com.ec) • [edicioneslegales@corpmyl.com](mailto:edicioneslegales@corpmyl.com)

© 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](http://www.uasb.edu.ec) • [uasb@uasb.edu.ec](mailto:uasb@uasb.edu.ec)

Coordinación editorial

Quinche Ortiz C.

Revisión de pruebas

Shirma Guzmán P.

Diagramación

Ediciones Legales EDLE S. A.

Impresión

Impresores MYL

La versión original de 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, y de esta editorial.

# ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	1
---------------------------	---

## Capítulo I

### Estado de derecho: signos básicos de su evolución

<b>La herencia colonial: políticas de marginación y exclusión</b> .....	9
Modernidad (el mito de la modernidad).....	19
<b>El Estado de derecho y sus elementos constitutivos</b> .....	26
Territorio y territorialidad.....	32
Nación y territorialidad.....	41
Soberanía (elemento sociológico del Estado).....	52
Población (elemento sociológico del Estado).....	67
Estado y plurinacionalidad.....	70
Sociedad, derecho y Estado.....	78

## Capítulo II

### Crisis del Estado de derecho y neoconstitucionalismo

<b>Crisis del Estado de derecho y neoconstitucionalismo</b> .....	83
<b>El positivismo jurídico</b> .....	91
Contenidos esenciales del positivismo jurídico.....	93
Crisis del positivismo jurídico.....	96
<b>El constitucionalismo</b> .....	104
<b>El neoconstitucionalismo</b> .....	110
El neoconstitucionalismo como: teoría, ideología y método.....	119
El nuevo constitucionalismo social latinoamericano (dimensión jurídica).....	124

El constitucionalismo comunitario indígena.....	129
<b>El Estado constitucional de derechos plurinacional.....</b>	<b>133</b>

**Capítulo III**  
**Dimensión jurídica de los**  
**derechos colectivos indígenas**

<b>Los derechos humanos: aproximación histórica.....</b>	<b>140</b>
Los derechos humanos fundamentales.....	147
<b>Claves teóricas para analizar los derechos colectivos</b>	
<b>indígenas al territorio y autodeterminación.....</b>	<b>153</b>
Estado-nación, integración y asimilación indígena.....	153
La etnicidad.....	155
La cuestión nacional.....	158
La plurinacionalidad.....	165
La autodeterminación de los pueblos indígenas.....	171
Titularidad de la propiedad colectiva de la tierra.....	176
<b>Derechos colectivos indígenas al territorio y</b>	
<b>autodeterminación en instrumentos internacionales.....</b>	<b>180</b>
El Convenio 169 de la OIT y el derecho	
de los pueblos indígenas al territorio.....	183
El Convenio 169 de la OIT y la autodeterminación	
de los pueblos indígenas.....	187
La Declaración de la ONU (2007) y los derechos al territorio	
y autodeterminación de los pueblos indígenas.....	189
<b>Los “derechos territoriales indígenas”:</b>	
<b>concepto integrador y fundamentación política.....</b>	<b>193</b>
<b>El discurso antisistémico indígena y línea</b>	
<b>de fractura ideológico-política.....</b>	<b>196</b>
<b>El proyecto histórico indígena.....</b>	<b>204</b>
La apuesta al cambio constitucional	
y de las relaciones de poder.....	206
<b>Tensión en las relaciones entre el movimiento</b>	
<b>indígena y el Estado.....</b>	<b>210</b>

**Capítulo IV**  
**Los derechos colectivos indígenas**  
**en la Constitución de la República del Ecuador de 2008**

<b>Visión de contexto</b> .....	213
La Constitución ecuatoriana de 1998:	
aspectos generales.....	215
La Constitución ecuatoriana de 1998:	
aspectos específicos.....	217
<b>La Constitución de la República del Ecuador</b>	
<b>(CRE) de 2008</b> .....	219
¿Inconsistencia teórica de la Constitución de 2008?.....	224
<b>Derecho al territorio y autodeterminación</b>	
<b>en la Constitución de 2008</b> .....	230
Disposiciones constitucionales relacionadas	
a los derechos colectivos indígenas,	
al territorio y a la autodeterminación.....	235
Sujetos, titularidad y destinatarios de los derechos	
colectivos en la Constitución de 2008.....	240
Contenido esencial de los derechos constitucionales.....	243
<b>Los derechos colectivos indígenas al territorio</b>	
<b>y a la autodeterminación en la Constitución de 2008</b> .....	245
Ejercicio de los derechos indígenas	
al territorio y a la autodeterminación.....	247
Limitaciones a los derechos indígenas	
al territorio y a la autodeterminación.....	249
<b>Claves constitucionales importantes para hacer efectivos</b>	
<b>los derechos al territorio y a la autodeterminación</b> .....	250
La garantía de los “derechos territoriales”	
a nivel jurisdiccional.....	253
<b>Transferencia de competencias para el ejercicio</b>	
<b>del poder indígena en los territorios ancestrales</b> .....	255
Los derechos colectivos indígenas:	
desafíos pendientes.....	258
Desafíos pendientes en el nivel externo.....	262

**Conclusiones**..... 267

**Siglas utilizadas**..... 273

**Bibliografía**..... 275

Al doctor Enrique Ayala y a las doctoras Claudia Storini y Vanesa Aguirre por sus invaluables observaciones teóricas y metodológicas realizadas durante la investigación.



## INTRODUCCIÓN

Este libro aborda el estudio de los derechos colectivos al territorio y autodeterminación de los pueblos indígenas,<sup>1</sup> en el marco de su proceso *emancipatorio* y proyecto político orientado a cambiar el modelo de Estado, a transformar las relaciones de poder y enfrentar la injusticia cultural y la injusticia distributiva. Además, analiza la conversión del movimiento indígena en actor político diferente y en su nuevo rol como legítimo interpe-lante del poder y del Estado (Etapa de su renacimiento político).

El contenido esencial del análisis está constituido por los derechos al territorio y autodeterminación en el Estado constitucional y plurinacional, y no excluye el tema de la pluralidad jurídica en el contexto sociopolítico de la globalización,<sup>2</sup> del vaciamiento de la soberanía estatal y descentra-miento del sujeto nacional.

Un tópico relevante constituye el estudio de las condiciones que delatan la urgencia de fortalecer las “otras identidades” y formas asociativas. Identidades asumidas no como esencias inmutables, sino como construcciones socioculturales o derechos: toda vez que las identidades forman parte de un ámbito politizado de la vida social indígena, que da sentido a su acción colectiva y a sus relaciones con el Estado y la sociedad civil, pero que también se asocia a la vida cotidiana y prácticas sociales de los sujetos colectivos. En esta perspectiva las identidades no solo son un estandarte o una estrategia instrumental enarbolada por sujetos híper-reflexivos, sino además, formas de comprender y organizar la realidad.<sup>3</sup>

- 1 La designación “movimiento indígena” comprende los diversos movimientos indígenas que existen, cada cual con su propia dinámica política.
- 2 James Anaya, “La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: Evolución y perspectivas”, en <[www.infoandina.org/node/6669](http://www.infoandina.org/node/6669)>. Consulta: 2 de julio de 2012, hace notar que “[...] los pueblos indígenas, al utilizar el discurso globalizado de derechos humanos, no solo han fomentado una dinámica que ha traído consigo una mejor defensa de sus propios intereses, sino que también ha inducido cambios en el ordenamiento jurídico que regula, o que pretende regular, a la comunidad internacional en su conjunto —me refiero a cambios yacentes en la propia estructuración de lo que denominamos el derecho internacional—”.
- 3 Álvaro Bello, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2004, p. 15.



Desde el enfoque analítico planteado, los aspectos referidos constituyen la base del proceso *emancipatorio* indígena, y que no se reduce a exigir prebendas de carácter sectorial, jurisdiccional o de mera autonomía; por lo que es necesario enfatizar que ese proceso se inicia en un contexto desfavorable a la construcción del Estado plurinacional, donde el polo hegemónico califica la propuesta de conflictiva, rupturista y atentatoria al Estado de derecho. El análisis permite entender que la construcción del Estado plurinacional y el fortalecimiento de la democracia constitucional, son la garantía para la transferencia de competencias y ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales; para enfrenar la injusticia cultural y la injusticia distributiva cambiando la relaciones de poder.<sup>4</sup> Para concluir esta introducción temática, a continuación se detalla el contenido del libro conforme a su estructura por capítulos:

El capítulo I hace referencia a la vida de los pueblos originarios en condiciones de exclusión socioeconómica y política, resultantes de la convergencia en cada momento histórico de ideas y materialidades originadas en la dinámica de la organización sociopolítica y económico-productiva del régimen colonial, luego en el sistema liberal-capitalista y de manera más sofisticada en la etapa de globalización neoliberal.

Se profundiza el análisis del tema entorno a la dinámica capitalista, porque ella intensifica las formas de dominio territorial, el fraccionamiento espacial de los procesos productivos para satisfacer las demandas del mercado y comercio internacional; es decir, el capitalismo es la forma de organización social y productiva que más expresa y acentúa su carácter territorialmente expansivo. No queda prácticamente ningún lugar habitado de la tierra que no sea escenario de su presencia material o simbólica. Corroborando a Montañez: “[...] la base ideológica y material de esa presencia y de la lógica hegemónica que se dirige a la producción de especialidades en el mundo de hoy, se fundamenta en la propuesta racional y científico-técnica de la modernidad, agitada en tiempos recientes por el delirio de la competitividad ya no solo entre agentes tradicionales del mercado, sino principalmente entre lugares y territorios”.<sup>5</sup>

4 Nancy Fraser, “¿De la redistribución al reconocimiento?: Dilemas en torno a la justicia en una época ‘postsocialista’”, en *Iustitia interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Bogotá, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997, p. 17-54.

5 Gustavo Montañez Gómez, “Introducción: Razón y pasión del espacio y el territorio”, en Ovidio Delgado Mahecha *et al.*, *Espacios y territorios: Razón, pasión e imaginarios*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / Unilibros, 2001, p. 24.

Se enfatiza que en este proceso ha sido crucial el rol del Estado como responsable de la des-territorialización de los lugares habitados por los pueblos indígenas, y esta es una razón clave por la cual reivindican los derechos al territorio y autodeterminación, en el marco de un enfoque alternativo de re-construcción del espacio geográfico que incluye los territorios ancestrales, como base de supervivencia y reproducción física y cultural de los pueblos y como elemento fundamental para hacer factible su autodeterminación, libre decisión de su futuro, histórico.

Este capítulo aborda la prioridad axiológica de la prevalencia colectiva por sobre el individuo, toda vez que en sociedades pluriétnicas y complejas como las latinoamericanas y ecuatoriana en particular, se reconocen derechos colectivos al territorio y autodeterminación, y ello activa valores sustantivos que pueden entrar en conflicto con otros valores individuales que integran el conjunto de derechos humanos. El problema consiste en que los derechos individuales tienen tendencia a restringir el espacio legítimo de la decisión colectiva, conforme advierte Salazar Ugarte.<sup>6</sup> Por ello este capítulo enfatiza la tesis de la relación entre el reconocimiento de las diferencias culturales (política de la identidad) y el respeto a los derechos al territorio y autodeterminación (política de redistribución).

El capítulo II refiere la crisis del Estado de derecho. De esta crisis se aluden los tópicos jurídico-político más neurálgicos: a) Crisis que afecta al principio de legalidad, o al papel garantista de la Constitución en relación con la legislación, y que es el rasgo distintivo del Estado constitucional de derecho; b) Vacío del derecho público como consecuencia del proceso de globalización e integración económica mundial, y producto de la ausencia de límites, reglas y controles internos frente a la fuerza de los Estados con mayor potencial político-militar y de los grandes poderes económicos privados. Complementariamente se aborda la emergencia del neoconstitucionalismo o nuevo paradigma jurídico-político visto en sus tres dimensiones como: teoría, ideología y método.

6 Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional: Una radiografía teórica*, México DF, Fondo de Cultura Económica (FCE) / Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006, p. 139. A partir de preguntas como: ¿Es legítimo limitar (y hasta dónde) la capacidad de decisión del soberano democrático que, como sabemos, está compuesto por los individuos que integran la colectividad? Detrás de esta tensión está el problema: ¿Hasta qué punto es posible limitar, no solamente desde el punto de vista procedimental (cómo decidir), sino también desde el punto de vista material (qué cosa se decide o no se decide), la soberanía popular sin desnaturalizarla? Trata de elucidar qué nivel de libertad positiva pueden soportar los límites que impone la Constitución rígida.



El capítulo III comprende una aproximación teórica relativa a la dimensión jurídica de los derechos colectivos indígenas; a los pueblos indígenas como sujetos titulares de derechos fundamentales. El razonamiento que explica la justificación moral de esos derechos se sustenta en la filosofía política desarrollada por diversos autores.<sup>7</sup> Para fundamentar los cambios y transformaciones constitucionales en el nivel normativo, institucional y de políticas en los ordenamientos de los Estados se apela a estudios especializados.<sup>8</sup>

Complementariamente tiene lugar una perspectiva teórica plural con base en el nuevo paradigma jurídico constitucional, en la antropología cultural y la sociología de conflictos; con énfasis en la justificación histórica de los derechos indígenas al territorio y autodeterminación, ya tratados por varios científicos sociales.<sup>9</sup>

- 7 Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 2006; Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México DF, FCE, 2001; Michael Walzer, *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998; Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado y sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Abya-Yala (A-Y), 2009; N. Fraser, op. cit.
- 8 Roque Roldán, *Manual para la formación en derechos indígenas: Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*, Quito, A-Y, 2a. ed., 2004; José Bengoa, *La emergencia indígena en América Latina*, México DF, FCE, 2006; Bartolomé Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México DF, Siglo XXI, 1994; Juan Cruz Parceros, "Sobre el concepto de derechos colectivos", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 12, 1998, p. 95-115, Departamento de Filosofía y Filosofía Moral y Política-Universidad Nacional de Educación a Distancia / Departamento de Filosofía-Universidad Autónoma Metropolitana, 1998; Roque Roldán, "Para alcanzar la tierra prometida: Una aproximación al régimen legal de las tierras indígenas en la Amazonía", en Clarita Müller-Platenberg et al., *Derechos económicos sociales y culturales de los pueblos indígenas: Prevención de impactos sociales y ecológicos de la explotación de recursos naturales*, Quito, A-Y, 1999; Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición (CCEPT), 2012; Julio César Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos*, Quito, UASB-E / Corporación Editora Nacional (CEN), 2013.
- 9 Rodolfo Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México DF, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) / El Colegio de México (ECM), 1988; Rodolfo Stavenhagen, "Los derechos culturales y los derechos colectivos en tiempos de globalización", en Ingrid Van Beuren y Óscar D. Soto Badillo, coord., *Derechos humanos y globalización alternativa: Una perspectiva iberoamericana*, Puebla, Universidad Iberoamericana Puebla (UIP), 2006; Héctor Díaz-Polanco, *Autonomía regional: La autodeterminación de los pueblos indios*, México DF, Siglo XXI, 1991; Héctor Díaz-Polanco, *El canon Snorri: Diversidad cultural y tolerancia*, México DF, Universidad de la Ciudad de México, 2003; A. Bello, op. cit.; J. Bengoa, *La emergencia...*; Xavier Albó y Franz Barrios, *Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías*, La Paz, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2007; Guillaume Fontaine, *Petropolitica: Una teoría de la gobernanza energética*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador (FLACSO-E) / A-Y, 2010; Araceli Burguete Cal y Mayor, *Autonomía: La emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina*, Quito, FLAC-

Este enfoque teórico permite explicar que la propuesta de los pueblos evoluciona y no se restringe a la consecución de resultados específicos en el corto plazo, ni al solo cambio del orden jurídico-administrativo e institucional; sino que comprende procesos culturales entendidos como derechos colectivos fundamentales que coadyuvan al ejercicio de los derechos al territorio y autodeterminación, en el marco de la construcción del Estado plurinacional y transformación de las relaciones de poder. Un objetivo es indagar cómo el Estado constitucional de derechos (en clave neoconstitucional) contribuye al desarrollo de un innovado ordenamiento jurídico-político que afiance la subsunción del Estado en lo colectivo.<sup>10</sup>

La perspectiva teórica referida no excluye la visión crítica del movimiento con respecto a la epistemología o cientificidad moderna (*formas y vías del conocimiento*); del nivel ontológico (*representación de lo real, de lo social y de lo natural*); de la visión ética relacionada con los valores

---

SO-E, 2010; James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, traducido por Luis Rodríguez-Piñero Royo, Madrid, Trotta / Universidad Internacional de Andalucía (UIA), 2005; Floresmilto Simbaña, "Plurinacionalidad y derechos colectivos: Caso ecuatoriano", en Pablo Dávalos, comp., *Pueblos indígenas, Estado y democracia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, p. 197-215, 2005, <[www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/davalos/CapSimbana.pdf](http://www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/davalos/CapSimbana.pdf)>. Consulta: 3 de marzo de 2013. Carmen Martínez, comp., *Repensando los movimientos indígenas*, Quito, FLACSO-E, 2009; Pablo Ortiz Tirado y Alberto Chirif, ¿Podemos ser autónomos?: *Pueblos indígenas vs. Estado latinoamericano*, Quito, Intercooperation / Rights and Resources Initiative / Department for International Development / Norad, 2010; Luis Tuaza, *La crisis del movimiento indígena ecuatoriano*, Quito, FLACSO-E, 2011; J. C. Trujillo, *Constitucionalismo...*; Julio César Trujillo, "Justicia indígena y pluralismo jurídico", en Laura Giraud, edit., *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2008; A. Grijalva, *op. cit.*; Iván Narváez, *Yasuni: En el vórtice de la violencia legítima y las caras ocultas del poder*, Quito, FLACSO-E, 2010.

- 10 Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, t. 1, *Teoría del derecho y la democracia*, t. 2, *La sintaxis del derecho*, t. 3, Madrid, Trotta, 2011; Luigi Ferrajoli, *Los poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2011; Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010; Luigi Ferrajoli, "El Estado constitucional de derechos hoy: El modelo y su divergencia en la realidad", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, edit., *Poder, derecho y corrupción*, México DF, Siglo XXI, 2003; Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Miguel Carbonell, Wistano Orosco y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México DF, Siglo XXI, 2002; Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2009; Manuel García Pelayo, "El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española", en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1985; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., traducido por Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2008; Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2007; Riccardo Guastini, "Sobre el concepto de Constitución", en Miguel Carbonell, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.



(límites de la comunidad moral); de las relaciones políticas o de dominación (*acción colectiva y la organización del poder*); y de la economía relacionada a los (*modos de producción, distribución y consumo*). Todas estas formas de conocimiento basadas en la racionalidad cognitivo-instrumental moderna explican la realidad social desde perspectivas ideológicas excluyentes, sin la otredad, por fuera de los otros saberes.

En el capítulo IV se detallan los derechos colectivos indígenas que constan en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (CRE). Carta Fundamental rígida, normativa y garantista que establece la doble responsabilidad del Estado, como garante y como ejecutor de los derechos y garantías individuales y colectivas. La Constitución utiliza la denominación “derechos” para referirse a todos aquellos que constan en los art. 10 al 74 y en el 98, también conocidos como “derechos humanos básicos”. En un acápite de este capítulo se analiza el por qué la aplicación de los derechos económicos sociales y culturales y de los derechos colectivos o difusos es clave para la efectividad de los derechos individuales.

Se trata de observar cómo el Estado constitucional de derechos y plurinacional ecuatoriano, asume los derechos como la materialización concreta de la dignidad de las personas y las colectividades, y les otorga la máxima protección jurídica de que dispone.

El enfoque metodológico es básico para establecer que la noción movimiento indígena no asume a los pueblos indígenas como un actor homogéneo carente de diferencias, sino como expresión orgánica de pueblos culturalmente diversos, con modos de vida y asociativos comunitarios, y que por la forma de cómo han sido asimilados al Estado-nación, han respondido al proceso integracionista con estrategias emancipadoras específicas, diferenciadas.

Está asumido para referir a los pueblos indígenas no solamente por lo que son, sino además por lo que dicen y hacen, a través del movimiento en condición de nuevo actor político. El enfoque metodológico comparativo de los derechos colectivos indígenas coadyuva a superar el reduccionismo jurídico, y abre un conjunto de distinciones analíticas que van desde las injusticias culturales, el reconocimiento y la redistribución”.<sup>11</sup>

El análisis comparativo se lo desarrolla para determinar el nivel y alcance jurídico-político de los derechos al territorio y autodetermina-

11 N. Fraser, *op. cit.*, p. 17-44.

ción en el Estado de derecho, con relación a cómo se dan en el Estado constitucional de derechos, plurinacional. La comparación aludida es restringida e instrumental, y parte por relacionar segmentos de los cuerpos constitucionales, utilizando matrices que permitan detectar las diferencias, y con instrumentos relativos a los derechos al territorio y autodeterminación.

Este enfoque metodológico evidencia que la constitucionalización de los conceptos plurinacionalidad y *sumak kawsay*, rompe la racionalidad jurídica propia del Estado moderno y rescata la esencia de otros saberes y ordenamientos. En este sentido, la comparación ensambla el enfoque histórico que permite relacionar los aspectos materiales (económicos, sociales y políticos), con los aspectos ideológicos (teoría y evolución jurídica y constitucional) y el constitucionalismo comunitario indígena auspiciante del Estado plurinacional, hasta hace poco visto solo como una posibilidad utópica.<sup>12</sup>

12 Fernando Mires, *El orden del caos: ¿Existe el Tercer Mundo?*, Caracas, Nueva Sociedad, 1995, p. 125: al preguntar si acaso fue el socialismo la última utopía del pensamiento humano, o es el referente para la emersión de otra utopía, argumenta que: "Para los marxistas la creencia en un mundo mejor es un legado que no se puede abandonar, y en tal sentido, si la utopía del socialismo ha desaparecido, hay que crear una nueva utopía. Quizá un mundo ecológico, feminista, pacifista". Coincidiendo con Mires "[...] los marxistas pueden perder todo menos el derecho a pensar utópicamente, porque al fin y al cabo no se puede actuar políticamente sin una orientación histórica" (p. 126). La cita es pertinente para argumentar que si aquel era el criterio de la reacción utópica asumido por sectores de la izquierda en la década de los 80 del siglo XX; el movimiento indígena latinoamericano por su parte, desde inicios de la década de los 70 plantea una utopía que enfatiza el enfoque sociocultural.



# CAPÍTULO I

## ESTADO DE DERECHO: SIGNOS BÁSICOS DE SU EVOLUCIÓN

### La herencia colonial: políticas de marginación y exclusión

En la Conquista, argumenta Dussel, “el conquistador” es el primer hombre moderno que impone su individualidad violenta a otras personas, “al Otro”. La dominación es más matanza e inorgánica ocupación que sistemático dominio. La Conquista es un proceso militar, práctico, violento que incluye dialécticamente al Otro como “lo mismo”. El Otro, en su distinción es negado como Otro y es obligado a incorporarse a la totalidad dominante como cosa, instrumento, oprimido o encomendado.<sup>13</sup> “Fue entonces posible ejercer sobre las poblaciones amerindias un dominio militar primero, y político, económico cultural y religioso después. La expresión ontológica cartesiana (*ego cogito*) del siglo XVII fue anticipada por el *ego conquiro*, o aún más políticamente por el *ego domino* al Otro, al indio”.<sup>14</sup> Stavenhagen argumenta que: “la relación con el otro es la base misma del nuevo sistema de dominación que establecieron los españoles en América”.<sup>15</sup>

A diferencia de la Conquista, la Colonia o régimen colonial es una figura económico-política en la que se da la colonización de la vida cotidiana del indio, del

13 Enrique Dussel, *El encubrimiento del otro: Hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito, A-Y, 1994, p. 52.

14 Enrique Dussel, *Política de la liberación arquitectónica*, Madrid, Trotta, 2009, p. 21.

15 R. Stavenhagen, *Derecho indígena...*, p. 13-14, hace referencia a que: Cristóbal Colón, si bien se refería a la bondad y generosidad de los indios que encontraba en las islas, fue incapaz de aceptar su cultura y especificidad, su “diferencia”, porque su esquema ideológico y semiológico no se lo permitía. La negación del “otro”, es decir del “indio”, de su cultura y de su humanidad fue característica de Colón y de muchos de los que lo siguieron, y esa negación constituyó la base del dominio español y de la opresión y explotación de los indígenas. La negación del otro es la principal violación de los derechos humanos”.



esclavo africano poco después. Fue el primer proceso europeo de modernización, de civilización, de subsumir (o alienar) al “Otro” como “lo Mismo”; pero ya no como objeto de una praxis guerrera, de violencia pura, sino de una praxis erótica, pedagógica, cultural, política, económica; es decir: del dominio de los cuerpos por el machismo sexual, de la cultura, de los tipos de trabajos, de instituciones creadas por una nueva burocracia política para la dominación del Otro.<sup>16</sup>

Es el comienzo de la domesticación, estructuración y colonización del modo como aquellas gentes, los colonizadores, vivían y reproducían su vida humana. Sobre el efecto de aquella “colonización” del mundo de la vida se construirá la América Latina posterior: una raza mestiza, una cultura sincrética, híbrida, un Estado colonial, una economía capitalista, primero mercantilista y después industrial dependiente y periférica desde su inicio, desde el origen de la Modernidad (su “Otra cara”: *te-ixtli*). El mundo de la vida cotidiana (*Lebenswelt*) conquistadora europea “colonizará” el mundo de la vida del indio, de la india, de América.<sup>17</sup> El contenido esencial del texto en cita contiene elementos para inferir que:

[...] el régimen colonial da lugar a lo que ha dado en llamarse la cuestión colonial mayormente agravada en el siglo XIX, y que expresa la contradicción entre el proceso de conquista desarrollado desde el siglo XV a fuerza de violencia y sangre: violencia que asume nombres como *civilización*, *desarrollo*, *progreso*, *modernización*. La modernidad termina siendo sinónimo de entrada de la humanidad a la era de la razón, y ese es un significante que oculta la violencia necesaria para sostener al orden social y el lugar que tuvo la propia conquista de América en la construcción del capitalismo. En definitiva se trata de definir como determinación fundamental del mundo moderno, el hecho de ser (sus Estados, ejército, economía, filosofía, etc.) “centro” de la historia mundial.<sup>18</sup>

El régimen colonial es una figura práctica, de relación de persona a persona, política, militar; de dominación de las personas, de los indios (de los pueblos indígenas).<sup>19</sup> De acuerdo a Dussel ya no es la *teoría*, sino la

16 E. Dussel, *El encubrimiento...*, p. 61-62.

17 *Ibid.*

18 Enrique Dussel, “Europa, modernidad y eurocentrismo”, en Edgardo Lander, comp., *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, La Habana, Ed. de Ciencias Sociales, 2005.

19 La definición de, quién es y quién no es “indio” o “indígena” es resultado de un denso proceso histórico en el que confluyen distintos registros sociales, culturales, ideológicos, políticos y jurídicos. En América Latina es un concepto utilizado para determinar la posición de personas y grupos en la estructura de jerarquías raciales y étnicas que ha caracterizado a la sociedad

*praxis* de la dominación, además del poder ordenador,<sup>20</sup> el eje que atravesó todo este proceso de clasificación y categorización de la población fue el sistema de dominación colonial y una matriz ideológica que aún persiste, el *endocolonialismo*, que estructuró y estructura identidades y etiquetas, valoraciones y actitudes ligadas a la etnicidad e identidad.

Este sistema de diferencias y jerarquías estructuró y marcó un sistema complejo que a la vez que definía obligaciones tributarias y laborales la complementaba con la asignación subjetiva a los grupos raciales y de mezcla de etiquetas de identidad que atribuían virtudes al sector dominante y defectos y atributos negativos a los dominados. Desde esta perspectiva: “los estereotipos, prejuicios y etiquetas estigmatizantes pasaron a ser parte sustantiva de los contenidos de la construcción de la identidad individual y de grupo para indios, mestizos, negros y blancos.”<sup>21</sup>

Análisis con perspectiva histórica coinciden que América se constituye en el primer espacio/tiempo de un nuevo patrón de poder con vocación mundial y, de ese modo y por eso, en la primera identidad<sup>22</sup> de la modernidad. Se asume que en este evento convergen dos procesos históricos que se asocian en la producción de dicho espacio/tiempo y se establecen como los dos ejes fundamentales del nuevo patrón de poder.<sup>23</sup>

---

colonial y republicana. Ver Cletus Gregor Barié, “La cuestión territorial de los pueblos indígenas en la perspectiva latinoamericana”, en Friederich Ebert Stiftung-ILDIS, edit., *Visiones indígenas de descentralización*, Madrid, 1992, p. 59-140. <<http://saludpublica.bvsp.org.bo/textocompleto/bvsp/boxp68/territorio-pueblos-indigenas.pdf>>. Consulta: 3 de marzo de 2012.

- 20 H. Díaz-Polanco, *Autonomía regional...*; Aníbal Quijano, “El movimiento indígena y las cuestiones pendientes en América latina”, en Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI), edit., *Estado plurinacional y Estado social de derecho: Los límites del debate*, Quito, ICCI, 2008; R. Stavenhagen, *Derecho indígena...* Son autores que no difieren del enfoque histórico de Dussel, y como se verá posteriormente, coadyuvaban a explicar que la “colonialidad” condiciona el desarrollo de la sociedad moderna, proyectándola hacia la República con las mismas secuelas sociales y políticas.
- 21 CEPAL, *Los pueblos indígenas de Bolivia, diagnóstico sociodemográfico a partir del censo de 2001*, Santiago, CEPAL, 2005, p. 11; para un mayor profundización del tema ver Á. Bello, *op. cit.*; J. Bengoa, *La emergencia...*
- 22 CEPAL, *op. cit.*, p. 12: “La identidad es un elemento de la realidad subjetiva y está relacionada dialécticamente con la sociedad, por lo que la identidad se forma en la interacción y en los procesos sociales. Es decir, que la identidad no es un atributo ‘natural’ o ‘sustantivo’ y, por tanto, ahistórico. La particularidad del proceso de construcción y/o reconocimiento de la identidad de personas y grupos en el sistema colonial o de colonialismo interno es que utilizó e introyectó diferencias étnico raciales en un sistema de jerarquías, con profundas consecuencias en la subjetividad y la pertenencia a la sociedad”.
- 23 Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander, comp., *Colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO / UNESCO, 2000, p. 201.



A ello coadyuva la codificación de las diferencias entre conquistadores y conquistados, colonos y colonizados en la idea de “raza”, es decir, una supuesta y diferente estructura biológica que ubicaba a los unos en situación natural de inferioridad respecto de los otros. Esa idea que la conquista impuso fue el principal elemento constitutivo de las relaciones de dominación, y sobre esa base fue clasificada y etiquetada la población de América y del mundo.<sup>24</sup> Para la ciencia social crítica, en América, la idea de “raza” fue un modo de otorgar legitimidad a aquellas relaciones de dominación:

Así fue que la posterior Constitución de Europa como nueva id-entidad después de América y la expansión del colonialismo europeo sobre el resto del mundo, llevaron a la elaboración de la perspectiva *eurocéntrica* de conocimiento y con ella a la elaboración teórica de la idea de raza como naturalización de esas relaciones coloniales de dominación entre europeos y no-europeos. Históricamente, eso significó una nueva manera de legitimar las ya antiguas ideas y prácticas de relaciones de superioridad/inferioridad entre dominados y dominantes.<sup>25</sup>

Esta idea y la clasificación social en ella fundada [...] son la más profunda y perdurable expresión de la dominación colonial, y fueron impuestas sobre toda la población del planeta en el curso de la expansión del colonialismo europeo. Desde entonces, en el actual patrón mundial de poder impregnan todas y cada una de las áreas de existencia social y constituyen la perdurable forma de dominación social, material e intersubjetiva, y son, por eso mismo, la base intersubjetiva más universal de dominación política dentro del actual patrón de poder.<sup>26</sup>

Catherine Walsh<sup>27</sup> refiere a la dominación colonial como esas cadenas impuestas por las estructuras y sistemas de poder y saber coloniales, mantenidas y reproducidas por la institución educativa, que son las que dirigen y organizan las maneras de pensar, ver y estar en el mundo. El énfasis está en que ese conocimiento tiene una relación y forma parte de la construcción y organización del sistema-mundo moderno capitalista:

24 *Ibid.*, p. 204.

25 *Ibid.*, p. 203.

26 Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder, globalización y democracia”, Lima, 2000, p. 1. <[www.docs.google.com/viewer?](http://www.docs.google.com/viewer?)> Consulta: 5 de junio de 2012.

27 C. Walsh, *Interculturalidad, Estado...*, p. 185-193.

[...] que a la vez y todavía, es colonial [...]. El problema del conocimiento no puede ser visto simplemente como parte de la geopolítica Norte-Sur. También es elemento clave de un modelo hegemónico y global del poder “instaurado desde la Conquista, que articula raza y labor, espacio y gente, de acuerdo con las necesidades del capital y para el beneficio de los blancos”, es decir de la modernidad y su lado oscuro, la colonialidad.<sup>28</sup>

A partir de esas relaciones de poder típicas de la Conquista y la Colonia se desarrollan las relaciones de poder en la República, asociadas a la racionalidad cognitivo-instrumental económica que reduce todo a una medida de mercado; y por otra parte, excluye cualquier otro saber o conjunto de valores que no pueden ser evaluados en términos de racionalidad económica,<sup>29</sup> pero llega un momento en que se liberan los saberes subyugados. Efectivamente, en el régimen colonial los grupos dominados despliegan estrategias para escapar a la explotación (imposiciones tributarias o la mita), intentando borrar cualquier rasgo que delate su identidad étnica o básica.

Esta doble función del poder colonial se introdujo en lo más profundo de la subjetividad y en los dos polos que hacen a la construcción social de la identidad, reconocerse a sí mismo como parte de una colectividad que es, por tanto, asumida como grupo de pertenencia y referencia, o por el contrario negar esa pertenencia e identidad grupal como una estrategia para evitar la categorización esclavizante y el estigma.<sup>30</sup>

El régimen colonial latinoamericano es la mezcla de ingredientes socioculturales preexistentes y no da lugar a una sustancia social con rasgos homogéneos.<sup>31</sup> En él tienen lugar diversas políticas indigenistas, y la más visible es la “*segregacionista*” y “*asimilacionista*” que caracteriza a los tres siglos posteriores a la invasión europea (español-portuguesa). La política “*segregacionista*” es mayormente instituida a partir de la segunda mitad del siglo XVI, y consiste en un conjunto de medidas tendientes a diferen-

28 *Ibid.*, p. 187.

29 Enrique Leff, *Saber ambiental: Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, México DF, Siglo XXI, 2002, p. 172-198. Ver también C. Walsh, *Interculturalidad, Estado...*

30 CEPAL, *op. cit.*, p. 11.

31 Saskia Sassen, *Territorio, autoridad y derechos: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Montevideo, Katz, 2010, p. 191, refiere que: “La colonización genera rivalidades, disputas y guerras, además es base para el desarrollo del capitalismo a escala mundial y que arrastra el concepto de la economía moral, centrada en la idea de ‘civilización’ o en la religión, así como en la certeza de la superioridad de la cultura occidental. Sin embargo, cuando era ‘necesario’, resultaban masacradas poblaciones enteras”.



ciar a los grupos originarios del resto de la población en los planos económico, sociocultural y político, facilitando su control y mayor explotación.

Así es como la Corona concentra a la población indígena en sus lugares originarios de residencia, y frecuentemente en espacios territoriales creados para el efecto por las autoridades civiles y religiosas; en consecuencia ejerce directamente el control ideológico, político, económico, social y administrativo de estos asentamientos.<sup>32</sup> Díaz Polanco suministra datos que permiten detectar la separación de espacios geográficos y que posteriormente se los clasifica como territorios: “Esto se expresa estructuralmente como una división de la sociedad colonial en dos sistemas, que sin embargo se mantienen fuertemente articulados: la república de indios y la república de los españoles, las cuales dan forma a un modelo de barreras socioeconómicas y étnicas, en ocasiones llamado de castas”.<sup>33</sup>

La historia registra que en esa época existe esclavitud indígena en sus lugares de origen, y detalla que los indígenas son utilizados para los trabajos productivos o como fuerza de trabajo para transportar cosas o productos en otros lugares conquistados. La forma de esclavitud denominada “rescate” consiste en obtener indígenas esclavos que posteriormente pasan al régimen español en las mismas condiciones. También se reciben indios esclavos de manos de los caciques, a cambio del tributo que estos deben entregar.<sup>34</sup> La esclavitud, las epidemias y otros factores provocados por las relaciones coloniales de dominación, coadyuvan al aniquilamiento de la población indígena.

Conforme ilustra Díaz-Polanco, los intereses de encomenderos y colonos incrementan la explotación indígena, y en tales condiciones el poder soberano pretende limitar el poder de estos, a fin de recibir una mayor cuota de la riqueza arrancada a los pobladores originarios. En tales circunstancias la Corona se interesa en dar cierta protección a los indígenas,

32 H. Díaz-Polanco, *Autonomía regional...*, p. 43.

33 *Ibid.*, p. 44.

34 S. Murillo argumenta que: “Las colonias, aún aquellas no sujetas al dominio de los conquistadores, fueron el destino de parte de la fuerza de trabajo excedentaria que sirvió para aliviar la situación social europea; es decir, eran receptoras de población campesina del viejo continente y que posteriormente fue posesionándose de extensiones de tierra, cuyo dominio era validado legalmente conforme al estatuto jurídico del nuevo régimen político estatal”. Susana Murillo, “De la sacralidad del Estado a la sociedad civil: Mutaciones en las tecnologías del gobierno”, en *Psicoperspectivas: Individuo y sociedad*, vol. VIII, No. 2 (julio-diciembre), 2009, p. 166-192, <[www.psicoperspectiva.cl/index.php/psicoperspectivas/article/view/69/76](http://www.psicoperspectiva.cl/index.php/psicoperspectivas/article/view/69/76)>. Consulta: 14 de agosto de 2010.

porque ellos constituyen una principal fuente de riqueza que está siendo dilapidada. A esa época la Corona no logra imponer plenamente su soberanía en tierras americanas, y lo que es más, la misma naturaleza privada de la empresa de conquista lo habría impedido. Posteriormente, el conjunto de ordenanzas conocidas como “Leyes Nuevas” e introducido por el emperador, suscita cambios radicales que amenazan los intereses de encomenderos y allegados criollos; así es como la Corona limita el poder casi absoluto de los encomenderos y logra apropiarse de una parte más sustancial de los tributos.<sup>35</sup>

En todo caso el proyecto “segregacionista” de dividir a la sociedad colonial en dos repúblicas separadas no tiene mayor éxito, y al margen de la intención de la corona de mantener alejadas las comunidades indígenas, de los españoles y otros grupos (criollos, negros, mulatos), da lugar a la emergencia de los pueblos indios o “barrios” indígenas en las zonas urbanas.<sup>36</sup> Todo esto concluye, más que en un tipo de organización espacial y de control de la población nativa, en dos entidades social y económicamente separadas. De hecho este proceso da lugar a que el *gobierno indígena* se constituya en una institución funcional a los propósitos tributarios, a la prestación del trabajo servil o forzado y al mantenimiento del orden interno. Los datos históricos señalan que a esa época en las jurisdicciones referidas actúa un ejército religioso, cuyo objetivo es implantar en los indios el mismo patrón de creencias, valores y visión del mundo de la doctrina cristiana.

Lo importante, y recalado por Morelli, es que en varios casos, esa suerte de revolución de los poderes territoriales es impulsada por las propias autoridades coloniales, que ven en la difusión de los ayuntamientos un medio potencial de reducir el consenso en torno a los rebeldes:

Así es como la utilización de la Carta de Cádiz como arma política contra los insurgentes se puso claramente de manifiesto en el caso de Cuenca, donde se empezó a aplicar el texto desde otoño de 1812, sin aguardar a que se acabara la guerra contra la Junta de Quito. Allí se eligió la nueva municipalidad en octubre del mismo año y el gobernador de la provincia procedió a organizar de inmediato la elección de ayuntamientos también en los pueblos.<sup>37</sup>

35 H. Díaz-Polanco, *Autonomía regional...*, p. 64.

36 Federica Morelli, *Territorio o nación: Reforma y solución del espacio imperial en Ecuador (1765-1830)*, Madrid, CEPC, 2005, p. 216.

37 *Ibid.*, p. 221.



Se puede entender que este proceso de conversión de las villas en ciudades permite elegir a los indígenas su propio cabildo, y crear el municipio con un alcalde como autoridad. La idea era permitir la elección de municipalidades no solo en los pueblos de menos de mil habitantes, sino también en los anejos, haciendas, hatos y estancias, lo cual traía como consecuencia la reacción de las autoridades urbanas y de los propietarios, a quienes ese proceso habría hecho perder todo control sobre el territorio local. Morelli informa que:

[...] la abolición de la “República de Indios” debía privar a numerosos pueblos de sus estructuras socioorganizativas internas, razón por la cual la Cortes españolas decidieron, mediante dos decretos otorgar a la mayoría de las poblaciones indígenas la posibilidad de elegir sus propios órganos administrativos, el primero, fechado el 15 de octubre de 1812 permite a los pueblos de menos de mil habitantes elegir sus municipalidades “por otras razones o bien público”, y el segundo del 23 de mayo de 1813, otorgó a los pueblos originarios la posibilidad de “crear ayuntamientos entre sí”.<sup>38</sup>

La acción del teniente letrado se apoya por tanto, en las leyes; y en cuanto a su respuesta a por qué quería establecer municipalidades en lugares con no más de 12 o 20 habitantes aborda tópicos del siglo XVIII, en términos como el siguiente:

Tendré el consuelo de haber desahogado mis deseos en beneficio de tantos miserables que esparcidos hasta aquí por entre los montes y bosques se equivocaban con los salvajes, y las fieras viviendo a su manera qué sé yo sin Dios, sin ley y sin justicia cometiendo excesos y sufriendo extorciones que no caben en la imaginación ni en lengua que pueda explicarlas, y desde hoy serán felices y racionales y civiles con las sabias disposiciones del gobierno que les comunicarán sucesivamente y por el pasto espiritual y temporal.<sup>39</sup>

Por otro lado, interesa relieves que los factores de índole económica, social, política y cultural, todos emanados de los imperativos coloniales, impiden en la práctica la existencia de dos repúblicas, y de consensos y fundamentos o lógicas de funcionamiento. “La llamada República de Indios es una manera formal de referirse a un inmenso archipiélago de pueblos y barrios, convertidos en establecimientos de tributarios y de fuerza

38 *Ibid.*, p. 223.

39 *Ibid.*

de trabajo explotable”.<sup>40</sup> Morelli reitera que dicho proceso está centrado en la obtención de mayores ingresos.<sup>41</sup> A lo largo del tiempo fue inoperante la prohibición de pasar a convivir entre españoles e indios, ya para el siglo XVII debido a las condiciones socioeconómicas del sistema colonial sucede todo lo contrario. El dato histórico es que ni la Encomienda en su versión primitiva, ni los repartimientos y demás formas compulsivas del régimen de trabajo destruyeron a los grupos étnicos y menos sus culturas.

Debemos observar que la política llamada de “segregación”, fundada en las reducciones, más bien hizo posible que los indígenas mantuvieran, reprodujeran y aún desarrollaran identidades propias. Esto debe verse como una típica consecuencia inesperada. Según se ha visto, al fomentar la organización en pueblos y barrios, el propósito de la Corona no era mantener o reproducir unas identidades particulares, sino favorecer sus propios intereses materiales y alcanzar ciertas metas sociopolíticas; más todavía, el régimen colonial hizo todo lo posible por dismantelar los elementos prehispánicos de cohesión sociocultural de los indígenas, con un éxito apreciable. Pero la dialéctica de la historia dio como resultado que la misma organización de los pueblos (con sus ayuntamientos, sus ejidos, sus tierras de comunidad, sus fiestas, etc.) permitiera el desarrollo de formas comunales de vida e hiciera surgir nuevos elementos socioculturales que se convirtieron en materia de una identidad renovada que no ha dejado de modificarse hasta nuestros días.<sup>42</sup>

Si bien Díaz-Polanco guía una lectura para ver ciertos elementos del pasado y una latente memoria histórica, estos también sirven como materia prima y catalizador de la nueva etnicidad. “Esas identidades eran sistemas de cohesión sociocultural del presente; en consecuencia, no reflejaban una ‘conservación’ de lo precolombino, sino que se fundaban en las nuevas condiciones en que el régimen colocó a los indios, de donde estos extrajeron la esencia de la nueva etnicidad. En este sentido puede decirse con propiedad que el sistema colonial creó al indio”.<sup>43</sup> Desde el

40 H. Díaz-Polanco, *Autonomía regional...*, p. 83.

41 F. Morelli, *op. cit.*, p. 223. “[...] a través de un sistema tributario estandarizado, conducido por el poder público, que trata de organizar un sistema tecnocrático que coloca al poder en el primer lugar como agente económico de la época. Los actos de saqueo que caracterizan al siglo XVI, en adelante, y que alimentan el surgimiento del capitalismo nacional son organizados y ejecutados fundamentalmente por el único actor que contaba con las capacidades necesarias. En el caso de Europa el Estado autoritario y en América Latina el régimen colonial impuesto por el imperio español”.

42 H. Díaz-Polanco, *Autonomía regional...*, p. 84.

43 *Ibid.*



enfoque teórico de Díaz-Polanco, así como el segregacionismo indígena no aniquiló la identidad étnica, en la actualidad la globalización que propende a la homogeneización cultural o evolucionismo unilineal, tampoco ha logrado que las particularidades culturales tiendan a extinguirse irremediablemente. Más bien, el afianzamiento de las identidades étnicas no es uno de: “los últimos estertores de la diversidad moribunda, que, puesto que iban contracorriente de la globalización, debían considerarse anomalías pasajeras o rarezas anacrónicas”. Definitivamente el segregacionismo y la globalización, ni ponen fin a la historia ni homogeneizan el repertorio cultural.<sup>44</sup>

Las políticas de marginación y exclusión colonial responden a un sistema de organización política, que determina la configuración étnica atomizada de pueblos y comunidades de innumerables umbrales socioculturales y da origen a una variedad de identidades parroquiales, convertidas en partes de un proceso de articulación cada vez más fuerte.<sup>45</sup> América Latina tiene un pasado formativo que nace de la invasión europea (española-portuguesa) y se afirma en el régimen colonial español-portugués, cuya forma de colonizar se basa en la estrategia de dominación, a partir del reconocimiento de una aristocracia local con todas las prerrogativas, incluidos los títulos nobiliarios, y en establecer un gobierno subordinado a las coronas española y lusitana.

El régimen colonial, conforme al acápite anterior, da lugar a lo que ha dado en llamarse “cuestión colonial” mayormente agravada en el siglo XIX, y expresa la contradicción entre el proceso de conquista desarrollado desde el siglo XV a fuerza de violencia y sangre. Violencia que asume nombres como “civilización”, “desarrollo”, “progreso”, “modernización”.<sup>46</sup> En consecuencia España inventa el predominante “régimen colonial moderno” cuya pauta organizativa rige en el continente a lo largo de tres siglos.<sup>47</sup>

44 Héctor Díaz-Polanco, *Elogio de la diversidad: Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, La Habana, Casa de las Américas, 2008, p. 184-185.

45 Como insumos para el desarrollo del tema, cabe reconocer que los pueblos indígenas enfrentan eficazmente los indigenismos que se expresan como *liquidacionismo* liberal en el siglo XIX, como *integracionismo* y *etnicismo* en el siglo XX y con ciertas modificaciones como *neocolonialismo* en lo que va del siglo XXI..

46 Ver Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre*, México DF, Instituto Indigenista Interamericano / IIDH, 1990; E. Dussel, “Europa, modernidad...”; A. Quijano, “El movimiento indígena...”.

47 Sergio Bagú y Héctor Díaz-Polanco, *La identidad continental: Indigenismo y diversidad cultural*, México DF, UNAM, 2003, p. 19-23.

Si la conquista europea altera drásticamente la vida de los pueblos originarios del continente y significa el despojo de sus tierras y su sometimiento político y territorial; la Colonia perenniza dicho despojo en forma gradual y las diversas instituciones jurídicas, entre ellas, la Encomienda es utilizada para tales efectos por los colonizadores. La forma en que dichas instituciones son aplicadas y las implicaciones sociales, económicas y jurídico-políticas para los indígenas y sus tierras varían de un contexto a otro; sin embargo, con el advenimiento de la República aquellas no cambian sustancialmente.

### Modernidad (el mito de la modernidad)

La modernidad es asumida como sinónimo de entrada de la humanidad a la era de la razón. Dicha entrada es una significante que oculta la violencia “necesaria” para sostener el orden social y el rol que tiene el régimen colonial en la construcción del capitalismo y el Estado liberal, que son los instrumentos por los cuales fluyen el liberalismo político y el liberalismo económico, propios del conocimiento *eurocéntrico*<sup>48</sup> y *logocéntrico*.<sup>49</sup> Por otra parte el liberalismo ético es una condición de los dos liberalismos anteriores.

El conocimiento aludido está interrelacionado a la emergencia de las ciencias y es el resultado de un esfuerzo largo de producción teórica a par-

48 N. Fraser, *op. cit.*, p. 35-36. El *eurocentrismo* no tiene relación únicamente con el conocimiento erigido sobre la base de la racionalidad cognitivo-instrumental, sino que y además: “Una parte importante del racismo es el eurocentrismo: la construcción autoritaria de normas que privilegian rasgos asociados con ser blanco. Al lado de esto va el racismo cultural: la difundida devaluación y el menosprecio de las cosas codificadas como negras, morenas, amarillas, paradigmática, pero no exclusivamente, las personas de color [...] Esta depreciación se expresa en un conjunto de lesiones de las que son víctimas las personas de color, entre ellas las representaciones estereotipadas denigrantes que las presentan como criminales, bestias, primitivas, estúpidas y demás; la violencia, el acoso y el menosprecio con todas las esferas de la vida cotidiana; la sujeción a las normas eurocéntricas en relación con las cuales las personas de color aparecen como inferiores o marginales y que obran en su desventaja, aun en ausencia de la intención de discriminarlas; la exclusión o marginación de las esferas públicas y los cuerpos deliberantes; y la negación de sus plenos derechos legales, así como de una igual protección”.

49 Arturo Escobar, *Más allá del Tercer Mundo: Globalización y diferencias*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2005, p. 14: “El *logocentrismo* puede definirse como el proyecto de construir un mundo perfectamente ordenado, racional y predecible (positivizado). De forma técnica, es esa tendencia metafísica que identifica la verdad lógica como el fundamento de toda teoría racional del mundo, el cual es construido por objetos y seres cognoscibles y ordenables”.



tir del saber heredado, y que permite aprehender teóricamente la materialidad de lo real. Concordando con Leff:

Es el producto de una lucha teórica y política en el campo del conocimiento destinada a vencer los efectos de encubrimiento ideológico, en el que son generados los saberes útiles para la explotación del trabajo y para el ejercicio del poder de las clases dominantes [...]. Esto abrió nuevas perspectivas en la búsqueda de una unidad del saber, mediante la formalización de todos los órdenes empíricos. De allí habrán de surgir el proyecto positivista y los esfuerzos por materializar los diferentes dominios del saber: la economía, la biología, la lingüística. La lógica trascendental fundó el proyecto fenomenológico en el que el ser del hombre se convirtió en principio del conocimiento sobre el mundo.<sup>50</sup>

A partir de la premisa de las leyes simples a que se reducía toda la complejidad del orden cósmico según los científicos precursores:

Se convirtió a la ciencia moderna en el modelo de racionalidad hegemónica que hizo pasar del estudio de la naturaleza al estudio de la sociedad. Así se establecen leyes que gobiernan determinísticamente la evolución de las sociedades haciendo posible prever los resultados de las acciones colectivas. Así por ejemplo: Montesquieu es considerado el precursor de la sociología del derecho al establecer la relación entre las leyes del sistema jurídico, hechas por el hombre, y las leyes ineluctables de la naturaleza. En general estas son las condiciones de las que emergen las ciencias sociales del siglo XX, y un caso específico para estudiar los fenómenos sociales como si fueran fenómenos naturales, es decir, para concebir a los hechos sociales como cosas es necesario reducir los hechos sociales a dimensiones externas, observables y mensurables, tal como pretendía Durkheim.<sup>51</sup>

Walsh confirma la tesis de que el conocimiento científico europeo se inicia en el siglo XVI y se basa en el modelo newtoniano, en la perspectiva de que el mundo está regido por leyes probadas empíricamente, las cuales permiten alcanzar ciertas certezas, y en el dualismo cartesiano enraizado en el determinismo y en la distinción entre naturaleza y seres humanos, cuerpo y mente, mundo físico y mundo espiritual.<sup>52</sup> En general se

50 Enrique Leff, *Ecología y capital: Racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable*, México DF, Siglo XXI, 1994, p. 23-24.

51 Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003, p. 71-72.

52 C. Walsh, *Interculturalidad, Estado...*, p. 188.

asume que las dos perspectivas contribuyeron a fundar “la ciencia”, entendida como la búsqueda de leyes naturales y universales que se mantienen en el tiempo y en el espacio.

La modernidad establecida por el *logocentrismo* occidental determina la relación entre sociedad, Estado y derecho. Este conocimiento científico instauro el desarrollo de las diferentes disciplinas emergentes y en las cuales se incluye el derecho, más aún, el derecho es elevado a categoría de ciencia positiva y entra en la lógica de la regulación, del control y la normalización de la racionalidad cognitivo-instrumental. En definitiva, la subjetivación del individuo, la libertad y el poder político son los grandes ejes del pensamiento moderno y se materializan en un cuerpo jurídico-político:

El discurso gira alrededor del hombre como centro del universo y del poder político como eje central de la actividad humana. La imagen de Dios se convierte en la del maestro del gran tráfico comercial. La glorificación de la libertad del hombre permitió descubrir que la historia se construye como progreso, pero impidió comprender los límites naturales de la libertad. Esa fue arrancada de las leyes universales de la vida. El hombre se construyó un nicho sacrosanto igual al que le había construido a Dios el pensamiento filosófico cristiano.<sup>53</sup>

Ciertamente, la modernidad contiene promesas y posibilidades infinitas de liberación individual y colectiva (*carácter emancipatorio*), pero al momento en que la modernidad se enreda en el desarrollo del capitalismo, aquellas son reducidas drásticamente. Por otra parte, la funcionalización de la ciencia, paralela a la transformación de esta en principal fuerza productiva del capitalismo, también disminuye su potencial para una racionalización emancipadora de la vida individual y colectiva.<sup>54</sup>

De lo acotado se colige que la burguesía ascendente transforma el conocimiento científico en un conocimiento rígido y hegemónico (*carácter regulador*) que somete a leyes y absorbe en sí el potencial emancipador de la modernidad. Es decir, la hegemonía del conocimiento-regulador moderno significa la hegemonía del orden, y el orden que se busca a esa época es desde el inicio y simultáneamente, el orden (ordenamiento) de la naturaleza

53 Augusto Ángel Maya, “Reflexiones sobre el derecho, la filosofía y el medio ambiente”, en Marta Cárdenas y Hernán Darío Correa, edit., *Derecho y medio ambiente*, Bogotá, CEREC / Presencia, 1992, p. 32.

54 B. de Sousa Santos, *Crítica...*, p. 133.



y el orden (ordenamiento jurídico) de la sociedad, que perdura con signos diferenciados hasta la actualidad.<sup>55</sup>

De Sousa Santos critica aquella modernidad *logocéntrica, predecible, matematizada* (dueña de la verdad científica). Su apuesta teórica y analítica es una alternativa al paradigma social dominante, es decir, un procedimiento que tiende a desnaturalizar y des-normalizar las formas de conocimiento, de poder y de derecho que la modernidad occidental transforma en un canon inexpugnable. Las vías son: “abrir nuevos espacios para nuevas luchas de resistencia contra las diferentes caras de la opresión afianzadas por el paradigma dominante”<sup>56</sup> y no difiere sustancialmente de la tesis mantenida por Foucault, quien afirma que el conocimiento científico implica la construcción de la verdad, y que disponer de verdad significa disponer de poder,<sup>57</sup> esto permite argumentar que con el desarrollo de las ciencias sociales es plausible explicar racionalmente la organización, funcionamiento y objetivos de la sociedad, en los campos económico, político y social. En consecuencia, es factible proyectar su desarrollo futuro conforme a elementos de mensurabilidad y previsibilidad desde la lógica y racionalidad liberal y en función de la acumulación capitalista, predecible.

Paralela y concomitantemente el derecho (orden jurídico) rompe con la estructura normativa (iusnaturalista) sustentada en principios, en derechos naturales universales, y propicia la construcción racional-artificial de obligaciones y derechos, particularmente de carácter patrimonial y de orden político o de subordinación al poder, al Estado.

Por su parte Foucault detalla el proceso anteriormente señalado, cuando describe el desarrollo de las tecnologías del poder o los dispositivos de la seguridad y los mecanismos disciplinarios en la fase de consolidación del terri-

55 *Ibid.*, p. 133-134. Al derecho moderno le fue atribuida la tarea de asegurar el orden exigido por el capitalismo, cuyo despliegue ocurrió en un clima de caos social que era, en parte, obra suya. El derecho moderno pasó así, a constituir un racionalizador de segundo orden de la vida social, un sustituto de la *cientificación* de la sociedad, la cual solo podía ser fruto de la propia ciencia moderna”.

56 *Ibid.*, p. 45.

57 Michel Foucault, “Verdad y poder”, en Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, edit., *Estrategias de poder*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 53-54: “Existe un combate por la verdad o al menos en ‘torno a la verdad’ una vez más entiéndase bien que por verdad no quiero decir ‘el conjunto de cosas verdaderas que hay que descubrir o no aceptar’, sino ‘el conjunto de reglas según las cuales se discrimina lo verdadero de lo falso y se ligan a los verdaderos efectos políticos de poder’, entiéndase asimismo que no se trata de un combate ‘a favor’ de la verdad, sino en torno al estatuto de verdad y al papel económico-político que esa juega”.

torio, la población y la seguridad del Estado moderno. Asumiendo el enfoque analítico de este autor, cabe argumentar que el conocimiento científico implica la construcción de verdad y que en la relación del sujeto con la verdad o simplemente relación de conocimiento, está la ideología como un elemento negativo a través del cual la relación del sujeto con la verdad es perturbada, oscurecida, velada por las condiciones de existencia, por relaciones sociales o formas políticas impuestas desde el exterior, al sujeto del conocimiento:

La ideología es la marca, el estigma de estas relaciones políticas o económicas de existencia aplicado a un sujeto de conocimiento. De hecho, las condiciones políticas y económicas de existencia no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento sino aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y, en consecuencia, las relaciones de verdad.<sup>58</sup>

La ideología es un tejido con una variedad de significados, por ejemplo: "Ideas que permiten legitimar un poder político dominante". Desde esta definición: el término ideología parece que hiciera referencia no solo a sistemas de creencias sino a asuntos relativos al poder: Quizá la respuesta más general es que la ideología tiene que ver con la legitimación del poder de un grupo o clase social dominante. Estudiar la ideología escribe John B Thompson, "[...] es estudiar las formas en que el significado (o la significación) sirve para sustentar relaciones de dominio" y el proceso de legitimación implicaría, por lo menos, seis estrategias diferentes.<sup>59</sup>

Desde esta perspectiva solo puede haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento, ciertos órdenes de verdad y dominios de saber, a partir de condiciones políticas que son como el suelo en que se forman el sujeto, los dominios de saber y las relaciones con la verdad. Es decir, las *formas jurídicas* modernas resultan ser expresión de una verdad científica creada por sujetos de conocimiento en la etapa misma del pensamiento ilustrado, moderno.

58 Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996, p. 26-27.

59 Terry Eagleton, *Ideología: Una introducción*, Barcelona, Paidós, 2005, p. 19 y 23-25: Eagleton, en este mismo texto enfatiza que: "[...] un poder dominante se puede legitimar por sí mismo promocionando creencias y valores afines a él; naturalizando y universalizando tales creencias para hacerlas evidentes y aparentemente inevitables; denigrando ideas que puedan desafiarlo, excluyendo formas contrarias de pensamiento, quizá por una lógica tácita pero sistemática; y oscureciendo la realidad social de modo conveniente a sí misma. Tal 'mistificación', como es comúnmente conocida, a menudo adquiere la forma de enmascarar o suprimir los conflictos sociales, de lo que se desprende el concepto de ideología como una resolución imaginaria de contradicciones reales. Probablemente, en cualquier formación ideológica actual estas seis estrategias se relacionan de forma compleja".



La relación sociedad-Estado-derecho se consolida en la modernidad y no deja opción para reconocer otras realidades jurídico-político-territoriales culturalmente diferenciadas, como los pueblos originarios que sí disponen de estructuras sociales jerarquizadas, sistemas normativos de usos y costumbres, prácticas económicas y productivas comunitarias y territorios grandes. En principio se asume que el poder radica en la sociedad, en las personas que la conforman, y si estas se desprenden de él y lo transfieren al Estado (sociedad jurídica y políticamente organizada), el poder recae sobre el Estado y lo ejerce mediante *normas jurídicas* a través de los gobernantes y las instituciones creadas para el efecto, a partir del “Contrato Social”,<sup>60</sup> una de cuyas dimensiones tiene relación con la ciudadanía “territorialmente fundada” en la nacionalidad, de tal forma que quienes la ostentan son ciudadanos y por ende son parte del contrato social y los demás: mujeres, extranjeros, emigrantes, minorías étnicas (y a veces mayorías) quedan excluidos y viven en estado de naturaleza por más que puedan cohabitar con quienes ostentan el estatus de ciudadanos y son reconocidos como tales.<sup>61</sup>

En consecuencia el contrato social es la metáfora fundadora de la racionalidad social, política y jurídica de la modernidad occidental, toda vez que sus criterios de inclusión/exclusión fundamentan la legitimidad de la *contractualización* de las interacciones económicas, políticas sociales y culturales que permanecen casi inalteradas.

El contrato social atraviesa tres distintos operativos: la socialización de la economía, la politización del Estado y la *nacionalización* de la identidad cultural. Las transformaciones en cada uno de estos dispositivos son distintas, pero todas, directa o indirectamente provienen del consenso liberal,<sup>62</sup> configurando lo que se conoce como un modelo global de racional-

60 Boaventura de Sousa Santos, *Reinventar la democracia: Reinventar el Estado*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, p. 8-9: “El contrato social incluye a los individuos, a sus asociaciones y excluye a la naturaleza (físico-biótica); la única naturaleza relevante para el contrato social es la humana, aunque sea, en definitiva, para domesticarla con leyes del Estado y las normas de convivencia de la sociedad civil. Cualquier otra naturaleza constituye una amenaza o representa un recurso, es decir: todo aquello que precede o permanece fuera del contrato social se ve relegado a ese ámbito significativamente llamado estado de naturaleza, y que figurativamente Hobbes utilizó para designar el caos socio-jurídico-político de la etapa gremialista feudal, en la que la prevalencia de la ley del más fuerte (ley de la selva) era lo común, en desmedro de la libertad del individuo particular”.

61 Esta referencia es clave para establecer el quiebre temporal que marca el inicio de las discriminación indígena, de su exclusión *identitaria* y paralelamente de la negación a una ciudadanía territorialmente fundada. Este suceso es producto de la racionalidad moderna que busca la homogeneización política y cultural, como superación del estado de naturaleza.

62 B. de Sousa Santos, *Reinventar...*, p. 23.

lidad científica que excluye al conocimiento común, u otros saberes, concordando con lo planteado por Leff.<sup>63</sup> En tales circunstancias, el liberal es también un modelo totalitario, en la medida en que niega el carácter racional de todas las formas de conocimiento que no se adecuen a sus principios epistemológicos y a sus reglas metodológicas.

Los saberes diferentes, periféricos y no validados por la racionalidad cognitivo-instrumental son considerados desechables y por ende también quienes los sustentan; aquí radica la pertinencia para analizar cómo este hecho cimienta la cultura de exclusión del *otro* y en su momento el no reconocimiento de la identidad étnica, de la pluralidad y la diferencia. Si por una parte se asume que las evidencias que están en la base del conocimiento vulgar son ilusorias, por otra, la separación entre ser humano y naturaleza es total y real. Este constituye un paso fundamental para la mercantilización de la tierra y des-territorialización de los espacios ancestrales, donde habitan los pueblos originarios.

Para concluir el análisis cabe retornar a Dussel,<sup>64</sup> quien observa que:

La primera [razón de la justicia de esta guerra y conquista] es que siendo por naturaleza siervos los hombres bárbaros [indios], incultos e inhumanos, se niegan a admitir el imperio de los que son más prudentes, poderosos y perfectos que ellos; imperio que les traería grandísimas utilidades *magnas commoditates*, siendo además cosa justa por derecho natural que la materia obedezca a la forma, el cuerpo al alma, el apetito a la razón, los brutos al hombre, la mujer al marido, lo imperfecto a lo perfecto, lo peor a lo mejor, para bien de todos (*utrisque bene*). (Ginés de Sepúlveda, *De la justa causa de la guerra contra los indios*).<sup>65</sup>

En el texto aludido sobresalen los conceptos “grandísima utilidad” y “para bien de todos”, lo que permite deducir que el “imperio de los más prudentes” también es útil y bueno para el conquistado o vencido. Y —enfática Dussel— esto es lo que deja ver perfectamente constituido el “mito de

63 E. Leff, *Saber ambiental...*

64 A diferencia de Héctor Díaz-Polanco, E. Dussel, *El encubrimiento...*, p. 86, plantea: “históricamente hubo al menos tres posiciones teórico argumentativas ante el hecho de cómo debe incluirse al Otro en la ‘comunidad de comunicación’, en la civilización, es decir toda la cuestión de la justificación o no de la violencia, la conquista civilizadora en el siglo XVI: 1. La ‘Modernidad como emancipación’ (Ginés de Sepúlveda); 2. La ‘Modernización como utopía’ (Gerónimo de Mendieta); y 3. La ‘crítica del mito de la Modernidad’, todavía desde Europa (Bartolomé de las Casas)”.

65 *Ibid.*, p. 85. Esta cita conforme al autor, es tomada de “Publicación en Roma en 1550: Nuestras citas de la edición crítica del México DF, FCE, p. 153”.



la Modernidad”: por una parte, se autodefine la propia cultura como superior y más desarrollada; por otra parte se determina a la otra cultura como inferior, ruda, bárbara, y sujeto de una culpable inmadurez.

De manera que la dominación<sup>66</sup> (guerra, violencia) que se ejerce sobre el otro es, en realidad (emancipación, utilidad) bien del bárbaro que se civiliza, que se desarrolla o moderniza. Asumiendo el aserto de Dussel: en esto consiste el “mito de la Modernidad”, en: “un victimar al inocente (al otro) declarándolo causa culpable de su propia victimización, y atribuyéndose el sujeto moderno plena inocencia con respecto al acto victimario. Por último, el sufrimiento del conquistado (colonizado, subdesarrollado) será interpretado como el sacrificio o el costo necesario de la modernización”,<sup>67</sup> de la construcción del Estado-nación.<sup>68</sup>

## El Estado de derecho y sus elementos constitutivos

Conforme a Weber: “El Estado-racional (nacional) el único en el que puede prosperar el capitalismo moderno, está fundado en la burocracia profesional y en el derecho racional”<sup>69</sup> o positivismo jurídico. El Estado es una sociedad jurídica y políticamente organizada, y sociológicamente puede definirse en última instancia a través de un medio específico, el de la coacción física. El Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama para sí (con éxito) el monopolio

66 Sergio Emiliozzi y Gabriela Flaster, *Introducción al concepto de poder en Michel Foucault*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, p. 13. En la perspectiva de Michel Foucault: “La preocupación fundamental gravita en la necesidad de comprender las zonas escabrosas desde donde se construye la *dominación*, la violencia y por lo tanto el sufrimiento y las resistencias de los grupos sociales”.

67 E. Dussel, *El encubrimiento...*, p. 86.

68 Á. Bello, *op. cit.*, p. 48: “La modernidad funda la dicotomía moderno-tradicional, fijando los criterios de una ética de la exclusión donde lo moderno forma parte del polo legítimo y válido, mientras que lo tradicional aparece como el polo anclado en el pasado que, de no ser superado, frenará el avance progresivo de la modernidad”. Y complementa la caracterización de la modernidad desde la dimensión económica: “En la medida en que la modernización es una gran impulsora de modelos económicos basados en el mercado como modo exclusivo y excluyente de organización global, los procesos de modernización económica disfuncionalizan las economías indígenas y las economías locales en general, lo que por el contrario no ocurría en el periodo colonial. Las ideas de progreso y orden descartan las economías indígenas como formas económicas válidas, porque el objetivo de la modernización es la centralización y homogeneización de las formas económicas”.

69 Max Weber, *Economía y sociedad*, México DF, FCE, 2004, p. 1047-1048.

de la coacción física legítima. El Estado se considera como fuente única del “derecho” de coacción.<sup>70</sup>

El Estado moderno es una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos, que anteriormente disponían de aquellos por derecho propio, y colocándose a sí mismo, en lugar de ellos, en la cima suprema.<sup>71</sup>

En el Estado de derecho (sociedad jurídica) predomina la ley por sobre el poder político y la forma de relación con los ciudadanos es la norma jurídica, de la cual proviene la facultad pública limitada y regulada por ella. Consecuentemente, la fuente legítima de la autoridad es la ley y esta a su vez determina las potestades de aquella. El imperio de la ley es asumido como la condición fundamental sustentada en el principio de legalidad<sup>72</sup> (todo poder en el Estado procede del derecho y se ejerce de conformidad con el derecho). No hay poder fuera de la ley ni en contra de la ley. El derecho tiene una función incluyente y totalizadora respecto de toda manifestación de poder. No hay poder sin legalidad. El Estado de derecho consolida el positivismo jurídico y una interpretación formal del derecho. Zagrebelsky ilustra que:

la generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley [...]. La generalidad de la ley era, en fin, garantía de la imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica [...]. Desde el punto de vista del Estado de derecho, solo podía llamarse ley a la norma intrínsecamente igual para todos, es decir, a la norma general.<sup>73</sup>

70 *Ibid.*, p. 1056.

71 *Ibid.*, p. 1060.

72 El imperio de la ley comprende la vigencia efectiva del sistema legal, excluye: arbitrariedad, inseguridad jurídica, manipulación política o administrativa y supone, en el Estado de derecho la sujeción de la política al derecho.

73 G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 29.



A criterio de Raz,<sup>74</sup> Hayek ha proporcionado una de las formulaciones más claras y llenas de fuerza sobre la idea de Estado de derecho, en los siguientes términos: “Despojado de todo tecnicismo, significa que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano –normas que hacen posible prever, con bastante certeza, como usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y plantear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento”. No obstante, agrega Raz: el Estado de derecho es un ideal político del que un sistema jurídico puede carecer o bien poseer en un mayor o menor grado; e insiste en que es únicamente una de las virtudes que un orden jurídico puede tener y por la que puede ser juzgado; y concluye que el Estado de derecho tomado en su sentido más amplio significa que la gente debe obedecer el derecho y regirse por él. Sin embargo, en la teoría política y jurídica es interpretado en el sentido restringido de que el gobierno debe ser regido por el derecho y sometido a él, en este sentido la idea fuerza es la de “gobierno del derecho, no de los hombres”.<sup>75</sup> Pero el propio Raz suministra una noción de Estado de derecho y que en sentido literal tiene dos aspectos: 1. que las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo, y 2. el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él. Por lo tanto, si el derecho debe ser obedecido tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos, 3. debe ser de tal manera que los súbditos puedan encontrar lo que es y actuar con base a él. Esta es la intuición básica de la que se deriva la doctrina del Estado de derecho. Sin embargo cabe enfatizar que “esta concepción del Estado solo es formal, no dice nada de cómo debe ser creado el derecho: por tiranos, mayorías democráticas o de cualquier otra forma. No dice nada sobre los derechos fundamentales, igualdad o justicia; y puede pensarse que esta versión de la doctrina es formal al grado de que se encuentra casi desprovista de contenido”.<sup>76</sup>

De ahí que la validez o importancia de muchos de los principios jurídicos pueden derivarse de esta idea fundamental de Estado de derecho. Raz señala los siguientes principios como base del Estado de derecho: i) Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras; ii) las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables; iii) el establecimiento de disposiciones jurídicas particulares (órdenes jurídicas particula-

74 Joshep Raz, *El Estado de derecho y su virtud*, México DF, ITAM / Siglo XXI, 2002, p. 263.

75 *Ibid.*, p. 264-265.

76 *Ibid.*, p. 267.

res) debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales; iv) la independencia del poder judicial tiene que ser garantizada; v) los principios de la justicia natural tienen que ser observados; vi) los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implantación de los otros principios; vii) los tribunales deben ser fácilmente accesibles; viii) a los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho.<sup>77</sup>

Estos ocho principios conforme al autor, conforman dos grupos: i, ii, y iii, requieren que el derecho se conforme a estándares hechos para permitirle guiar efectivamente la acción. Los principios vi al viii están hechos para garantizar que la maquinaria jurídica de ejecución del derecho no le prive, a través de aplicaciones distorsionadas, de su capacidad de guiar y que sea capaz de supervisar la capacidad del Estado de derecho, así como de proveer remedios efectivos en caso de desviación del derecho.<sup>78</sup>

Por su parte, Trujillo<sup>79</sup> corrobora que el Estado de derecho se caracteriza, a diferencia de un régimen dictatorial, por el reconocimiento de los derechos de los gobernados anteriores al Estado; por el establecimiento de garantías de que los gobernados pueden hacer uso para defender esos derechos cuando fueren conculcados; por la existencia de órganos investidos de facultades que no pueden ejercerlas, sino dentro de los límites y de acuerdo con los procedimientos prescritos en el derecho. Los autores suelen denominar al Estado de derecho con el nombre de “gobierno de las leyes”.

Ferrajoli anota al menos dos acepciones de la expresión Estado de derecho: en sentido lato o formal: designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, Estado de derecho son todos los Estados modernos. En sentido fuerte o sustancial, Estado de derecho es solo aquel en el cual los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no solo en lo relativo a las formas, sino también a los contenidos”.<sup>80</sup> En *Principia iuris* p. 461 y ss, al igual que Zagrebelsky ratifi-

77 *Ibid.*, p. 269.

78 *Ibid.*, p. 273.

79 Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, UASB-E / CEN, 1994.

80 L. Ferrajoli, “Pasado y futuro...”, p. 187.



ca que en el Estado liberal de derecho la ley se erige sobre la base de los principios del Estado-nación, y los principios del Ordenamiento nacen de una unidad presupuesta fundamental y por ello tampoco tiene que ser expresada formalmente en textos jurídicos. No obstante, enfatiza Zagrebelsky:

No podríamos comprender esta concepción en su significado pleno si pensáramos “en la ley” como “en las leyes” que conocemos hoy, numerosas, cambiantes, fragmentarias, contradictorias, ocasionales. La ley por excelencia era entonces el código, cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley. Resumámoslas: la voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente en todo el territorio del Estado y que se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basándose en la razón (la razón de la burguesía liberal, asumida como punto de partida); el carácter deductivo del desarrollo de las normas, *ex principiis*; la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud [...] En verdad, el código es la obra que representa toda una época del derecho. Parecidas características tenían también las otras grandes leyes que, en las materias administrativas, constituían la estructura de la organización de los Estados nacionales.<sup>81</sup>

*Los presupuestos esenciales del Estado de derecho comprenden: calidad de las normas legales, coherencia del ordenamiento jurídico, efectiva vigencia de la ley, limitación del poder, en función de garantizar seguridad jurídica y estabilidad política.*<sup>82</sup>

*Entre los principios básicos constan: Separación e independencia de poderes o funciones y los sistemas de balances y controles entre ellas; sometimiento a la legalidad; seguridad jurídica; tipicidad penal; irretroactividad de la ley; garantías del debido proceso; impugnabilidad de los actos de la administración; unidad jurisdiccional y responsabilidad objetiva del Estado.*

*El control jurisdiccional sobre el poder del legislador, esto es parte del sistema de controles propio del poder compartido y no concentrado. En igual forma, los actos y omisiones del Ejecutivo están sometidos*

81 G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 32.

82 Iván Narváez, *Enfoque neoconstitucional: La dimensión ambiental en la Constitución de la República del Ecuador*, Quito, Ecociencia, 2010, p. 3. Estos presupuestos permiten desarrollar: Los principios básicos, la primacía constitucional, el control jurisdiccional y la división de poderes.

al control de los tribunales, inclusive cuando ejerce potestades normativas delegadas. La independencia de la magistratura es una expresión del principio de legalidad, y ello implica la no intervención de los poderes Ejecutivo y Legislativo en el poder Judicial.<sup>83</sup>

*La división de poderes:* A partir del Estado liberal la estructura básica del Estado ha girado en torno a la teoría de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.<sup>84</sup>

Una visión crítica de las tesis expuestas es que el Estado de derecho tal cual se lo ha descrito y la democracia liberal, van de la mano; son elementos del sistema liberal capitalista. El Estado es una forma intensamente coercitiva de organización de la sociedad que obliga a hombres e instituciones a cumplir la voluntad de la minoría que detenta el poder económico y político, y este incesante torcimiento de las vidas de los hombres y de las formas de asociación es, cada vez menos, resultado de las decisiones voluntarias de hombres “malos” o de hombres “buenos”, sino que es producto de una red impersonal de coerciones dictadas por la necesidad de mantener en funcionamiento al sistema socioeconómico y jurídico-político imperante.<sup>85</sup> Esta teoría estructuralista es mayormente crítica y plantea la extinción del Estado de derecho, aunque cuando estuvo en vigencia el socialismo real, aquello nunca se planteó ni sucedió, y por el contrario en su área de influencia el Estado se consolidó y se tornó autoritario.

La caracterización del Estado anteriormente descrita corresponde a la del Estado liberal de derecho, y en lo que tiene relación al Estado constitucional de derechos, se la desarrolla en el acápite “Estado constitucional de derechos, plurinacional ecuatoriano”, del presente capítulo.

83 *Ibid.*, p. 4.

84 Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-UNAM / Fontanamara, 2001, p. 234. “A partir de Locke y Montesquieu, se ha difundido la idea de que la garantía fundamental de los derechos de libertad es la ‘separación de poderes’”. Esta forma de pensar ha sido consagrada en la declaración de 1789, en su artículo 16, proclama: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté determinada, carece de Constitución”. La división de poderes es un medio para limitar el poder político, y corresponde la construcción de las garantías frente a cada uno de los tres poderes considerados aisladamente, frente a cada uno de los órganos que son titulares de las diferentes funciones estatales. En este sentido “[...] el poder estatal (el poder político considerado en su conjunto) debe estar dividido, fragmentado”. *Ibid.*, p. 234.

85 Ralph Miliband, *El Estado en la sociedad capitalista*, México DF, Siglo XXI, 1970, p. 72.



## Territorio y territorialidad

Para que un Estado pueda tener existencia requiere de un territorio y únicamente en los tiempos modernos se reconoce tal necesidad. Jellinek ubica que entre el siglo XVI al XIX no se registra una definición que hable de territorio como nota esencial del Estado, y haciendo referencia Klüber, en (*Offentl. R. des teutschen Bundes*, 1a. ed., 1817, s. 1) afirma que Klüber –hasta donde él conoce– es el primero que ha definido al Estado como una sociedad civil construida “con un determinado territorio”.

En principio corresponde establecer que: “La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desarrollar su actividad específica, o sea el poder público. En este sentido jurídico-político, la tierra se denomina territorio”.<sup>86</sup>

Esta significación jurídica se expresa de dos maneras: una prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin su autorización expresa; y otra determina que las personas ubicadas en el territorio quedan sometidas al poder del Estado.<sup>87</sup> Se deduce entonces que la evolución del Estado y sus actividades tienen lugar dentro de un espacio determinado de territorio, que señala el límite en el que actúa su soberanía. Extensión *territorial* y *soberanía* son la garantía que hace posible la completa realización de los fines del Estado.<sup>88</sup>

El Estado territorial es indispensable para el nacimiento y desarrollo del capitalismo y porque además consolida la unidad nacional mediante el desarrollo del mercado, este, a diferencia del saqueo típico de la Conquista y la Colonia como herramienta para la “unidad nacional” se apoya en una noción más compleja del incremento de la riqueza. Este enunciado prepara el terreno para la idea de que la riqueza del reino depende de la riqueza de sus mercaderes y productores, que a su vez depende de los circuitos globales de comercio, extracción y saqueo: el ingreso de mate-

86 George Jellinek, *Teoría general del Estado*, México DF, FCE, 2004, p. 368.

87 *Ibid.*, p. 368.

88 Weber, *op. cit.*, p. 1057: “[...] el Estado es una relación de dominio de hombres sobre hombres basada en el medio de la coacción legítima (es decir: considerada legítima), cuya subsistencia demanda que los hombres dominados se sometan a la autoridad de los que dominan en virtud de la legitimidad; de la autoridad del don de gracia personal extraordinario (carisma), y la dominación en virtud de la ‘legalidad’ o creencia en la validez del estatuto legal y de la ‘competencia objetiva’ fundada en reglas racionalmente creadas”.

riales preciosos desde América hacia Europa y el desarrollo de la producción alimentan el comercio.

Sin embargo, la noción de lo público –estatal– aún es bastante limitada. En efecto, el trabajo esclavo en América y la caída de los salarios en Europa a causa de la inflación generan un exceso adicional de mano de obra; así como el cercenamiento de los terrenos comunales en Inglaterra contribuye de manera considerable con la pobreza y el desempleo. Todo este fenómeno se da en la fase de surgimiento del Estado-nación y en ella se conjugan dos elementos: la etapa imperial del saqueo y el proyecto de construcción de la riqueza monárquica. A pesar de su postura mercantilista ese Estado-nación aún incipiente ya depende parcialmente de los circuitos globales, sobre todo la obtención de materiales preciosos que circulan en una jurisdicción territorial supraestatal.<sup>89</sup>

En el análisis desarrollado por Sassen se connota que si bien durante el siglo XVI en España –país dominante– la principal actividad global es el *saqueo*; en la nueva escala mundial aparecen otras actividades en otros países, y ello, por ejemplo, gracias a las enormes deudas contraídas por el rey de España, el oro y la plata que provenían de América circulaban por todo el continente europeo, lo que creó sistemas transfronterizos que moldeaban esa recirculación de los metales preciosos, debido a la importación de bienes y servicios provenientes de los mercados italianos, franceses, holandeses e ingleses. Así es como la riqueza obtenida a través de los saqueos de América se recicla; en definitiva, el Estado territorial se desarrolla en la etapa de formación de la escala global que nace con el saqueo en las colonias, y luego se desplaza hacia la expansión colonial y el comercio de larga distancia.<sup>90</sup>

La burguesía comercial y financiera adquirió mucha fuerza en ese contexto. La burguesía adopta las ideas de la reforma (sobre el bien moral del éxito comercial), la reafirmación de los derechos individuales frente al poder soberano y, sobre todo, las principales expresiones del pensamiento humanista de la época, ingresaron en el dominio discursivo de la nueva clases burguesa, particularmente en función del desarrollo político de posiciones y aspiraciones diversas y diferentes.<sup>91</sup>

89 S. Sassen, *Territorio...*, p. 129.

90 *Ibid.*, p. 129-158.

91 *Ibid.*, p. 131.



El territorio es fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad sobre las personas humanas propias o de otro país que viven en él, y los mandatos de la autoridad del Estado deben realizarse dentro de su territorio, bien para asegurar la situación del Estado o para modificarla. Solo en este sentido se puede hablar de ejercicio de poder en un territorio, y del territorio como de un objeto del dominio del Estado. Sin embargo, suele asumirse como verdadera, la falsa consecuencia de que el territorio mismo está sometido al dominio inmediato del Estado, y que por consiguiente, existe un derecho real estatista.<sup>92</sup>

Jellinek sostiene que el Estado jamás puede ejercer directamente “dominio” sobre el territorio, sino y solo por medio de sus súbditos. Cabe recordar que el dominio directo jurídico sobre una cosa, dominio que se exterioriza por acciones físicas sobre la misma es lo que constituye la propiedad. El énfasis radica en que: “el dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del derecho público, *dominium*, sino *imperium*. El *imperium* significa poder de mando, más este poder solo es referible a los hombres; de ahí que solo una cosa pueda estar sometida al *imperium*, en tanto que el poder del Estado ordene a los hombres a obrar de una cierta manera con respecto a ella”.<sup>93</sup> Tales acciones pueden valorarse únicamente desde el derecho privado mediante el ejercicio de la propiedad y de la posesión, o mediante las limitaciones impuestas por el derecho privado a este derecho real. Siguiendo a Jellinek, el dominio real que se exterioriza en la tenencia y disfrute de una cosa es la nota esencial del derecho real.

Este es el derecho positivo aplicado en los nuevos territorios en América, y establece la naturaleza del poder del Estado, define el derecho de mandar y el derecho coactivo del soberano frente a las personas libres, soberano que tiene dominio del territorio. Todos los actos de dominio realizados dentro del Estado mantienen necesariamente una relación con el territorio, y este sirve, por consiguiente, de fundamento real del ejercicio total del poder de *imperium*.<sup>94</sup>

92 G. Jellinek, *op. cit.*, p. 371. Jellinek ilustra que la caracterización del territorio como objeto real, y del derecho del Estado con respecto de él como un derecho real estatista, fue hecha por primera vez por Gerber, y posteriormente ha sido enérgicamente defendida por Laband, I, p. 173 s. (Jellinek, *op. cit.*, p. 371).

93 *Ibid.*, p. 371-372.

94 *Ibid.*, p. 374.

El derecho al territorio del que habla el derecho político no es, sino un reflejo de la dominación sobre las personas, es decir, es un derecho reflejo, no un derecho en sentido subjetivo. La dominación es la facultad de llevar a cabo actos de poder sobre las personas que viven en el territorio, hasta el punto de que un espacio absolutamente deshabitado, en que además no existiese la posibilidad de ser alguna vez habitado por seres humanos, no podrá ser nunca anexionado en calidad de territorio.<sup>95</sup>

En estas condiciones la territorialidad es imposible, es decir, ese derecho reflejo anteriormente aludido no existe. El ejercicio de territorialidad implica el de dominación de las personas<sup>96</sup> y el de la capacidad de disposición o dominio del espacio por parte del Estado. En los territorios ancestrales de los pueblos indígenas aquel ejercicio de poder difiere de acuerdo a la cultura de cada uno de ellos.

Un elemento clave para aproximar el problema del territorio y su relación con las personas radica en esclarecer la confusión que se da en la etapa preestatal respecto a la concepción del territorio como derecho real, esto conduce a la confusión entre poder público y propiedad. Esta confusión entre *dominio* e *imperium* es la nota más característica de la concepción práctica que en la Edad Media tiene el Estado, en donde el derecho natural asume que el Estado no es otra cosa que una persona corporativa.

Como se ha hecho notar, no hay definición alguna del Estado en que se haya hecho mención del territorio; pero si se toca en alguna ocasión a las relaciones jurídicas del territorio, entonces la escuela del derecho natural, a pesar de la distinción tan común en ella, entre *imperium* y *dominium*, acude como medio explicativo de la idea jurídica feudal del dominio eminente, o bien a la teoría patrimonial del Estado. El derecho político positivo existente en Inglaterra y en Francia antes de la revolución, no llegó a superar la idea del dominio eminente del rey sobre todas las propiedades.<sup>97</sup>

Ese ejercicio de dominio sobre el territorio (dominio del rey sobre las propiedades) en el nuevo continente, anula el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales; y cuando se constituye el Estado, por igual reproduce el despojo territorial indígena (es decir, desconoce

95 *Ibid.*, p. 276-277.

96 La relevancia de la población en el Estado será tratada en un acápite posterior, sin embargo, queda establecida su importancia a fin de no soslayarla frente a los otros elementos constitutivos del Estado.

97 G. Jellinek, *op. cit.*, p. 376-377.



cualquier forma de ejercicio de poder indígena en los espacio ancestrales). De todas formas, aunque han pasado siglos, el Estado continúa en su misma condición de dominación social y del espacio, y en consecuencia tiene la capacidad de revertir el hecho expropiatorio a fin de resarcir el daño a los pueblos indígenas, por ello es que, con un sentido político-moral e histórico, los derechos colectivos al territorio y autodeterminación han sido constitucionalizados. Cabe enfatizar que la territorialidad es imposible en la nada, y que un espacio físico sin sujetos humanos no es territorio, por igual, si no hay comunidad humana, no hay actos políticos ni jurídicos.

Continuando con el debate sobre el territorio y el Estado, desde un enfoque diferente al de Jellinek; Heller<sup>98</sup> sostiene que el Estado no es un “esclavo” del territorio, ni el territorio puede considerarse como el “cuerpo” del Estado. Teoría que considera es tan estimada por la Geopolítica órgano-biológica según la cual el Estado es ente con cuerpo y razón, lo mismo que los hombres. En esta perspectiva, para la Geopolítica la tierra no es su objeto, sino únicamente la tierra permeada por una organización política. “Sin sujetos humanos no hay territorio, sino solo parte de la superficie terrestre”, en consecuencia, la condición natural es que esa parte de la superficie terrestre solo interesa en cuanto espacio habitado por el hombre. Más aún:

Para las unidades estatales delimitadas espacialmente tiene gran importancia el espacio geográfico, tanto respecto a su unidad como respecto a su peculiaridad; y no hay duda que la unidad del Estado tiene su ley propia, y no se constituye únicamente por la comunidad del espacio geográfico; pero la comunidad del espacio es condición esencial de la unidad estatal. Una zona geográfica cerrada posibilita y estimula en alto grado la creación de una entidad socio-política también cerrada; la vecindad actuará uniendo hacia adentro y diferenciando hacia afuera. Los hombres que viven en la misma tierra están sometidos, por ello, a una relativa semejanza de condiciones espaciales de ordenación y vida, la cual puede superar disparidades sociales, nacionales y de otras clases, a veces incluso profundas.<sup>99</sup>

Lo expuesto permite deducir que la esencia del Estado, como universal unidad de acción y decisión en un territorio, se basa también en una comunidad de destino de la tierra. Y no hay duda sostiene Heller: “[...] que el Estado es unidad de territorio debido al hecho de que, ya se trate de un

98 Hermann Heller, *La teoría del Estado*, México DF, FCE, 1987, p. 159.

99 *Ibid.*, p. 160.

espacio unitario, ya de espacios geográficamente separados, se ‘mande’ de manera unitaria. Pero también en un Estado cuyo territorio esté formado por espacios discontinuos, cumple el espacio una función de cierre o clausura, por cuanto la mayoría de las disposiciones del Estado tienen validez territorial y no personal”.<sup>100</sup> Así es como se configura la territorialidad que el Estado ejerce en su espacio (continental, insular, polar, marítimo, aéreo, zona geoestacionaria) o territorio; y como una extensión de aquella también surge la institución “extraterritorialidad”.

De tal forma que una de las conclusiones más fecundas de la nueva Geopolítica es la de que no existen fronteras “naturales” del Estado, sino que todas las fronteras políticas son zonas y linderos “arbitrarios”, “artificiales”, queridos por los hombres, nacidos de las relaciones de poder y de las manifestaciones de voluntad de los que trazan las fronteras. Son la voluntad de los poderes omnímodos de las élites. Heller es categórico al afirmar la evolución de la frontera política, desde su forma de tierra fronteriza a la de línea fronteriza. “La frontera, como línea de separación, corresponde al ideal jurídico de evidencia y precisión que reclaman una más densa población y el Estado monocrático de la Edad Moderna. En este sentido, no se puede sustancializar las fronteras políticas, considerándolas como hechos naturales, como desposeerlas de toda realidad y hacer de ellas una mera ficción jurídica. En la doctrina se argumenta que el derecho no debe perder de vista el sustrato real de la frontera jurídica”.<sup>101</sup>

Así es como esta frontera –ya establecida de alguna manera en el régimen colonial latinoamericano– se impone al momento de erigirse el Estado-nación moderno, desconociendo cualquier signo de territorialidad que no sea la estatal. Este desconocimiento es asumido como una dimensión del ejercicio del poder de dominación de la población y de dominio sobre la integridad territorial estatal, y de ejercicio de la soberanía, no solo frente a agentes externos, sino y sobre todo frente a los pueblos indígenas poseedores de la tierra sobre la que se asienta el Estado, desde antes de que el Estado exista.

El Estado moderno exalta su relación con el espacio geográfico; esta relación no explica por sí sola la unidad ni peculiaridad del Estado, y por otra parte: “no se puede concebir la unidad e individualidad del Estado, partiendo únicamente de las características de su territorio, sino de la cooperación

100 *Ibid.*

101 *Ibid.*, p. 161



de la población bajo las condiciones dadas de espacio, es decir: solo socialmente [...] el territorio del Estado es la base, pero la población es el depositario vivo de la propia sustancia del Estado".<sup>102</sup> El análisis territorial expuesto debe ser completado a partir de la visión de Benz,<sup>103</sup> en función de reiterar que el Estado moderno se erigió priorizando la dimensión territorial, antes que la cultural.

Efectivamente, cuando las asociaciones personales medievales dejan de ser una organización adecuada de la autoridad aparece en la historia el Estado moderno como Estado territorial. No se circunscribe a determinados grupos de personas y no es tampoco el resultado de relaciones sociales específicas y en esto se diferencia de otras instituciones como la Iglesia, por ejemplo. La existencia del Estado moderno se basa en la dominación que impone sobre un territorio; por otra parte el Estado moderno como entidad territorial es donde se concreta la "ciudadanía" y se la adquiere con base en la irradiación política que emana de la territorialidad. Lo importante está en ver que el Estado es resultado del devenir histórico, surge cuando los detentadores de poder se enfrentan y entonces se establecen las competencias que cada quien debe asumir para evitar conflictos, en este sentido:

No es casual que el Estado territorial nazca en una fase de acelerado crecimiento de la población, de expansión de las relaciones comerciales y mejoramiento de los medios de transporte. Como consecuencia de este proceso se expanden los ámbitos de autoridad provocando problemas de delimitación. A ello hay que añadir que la posesión de la tierra constituye una importante fuente de poder, y la territorialización significó la generalización del poder organizado y el Estado territorial se convierte en la base de la concentración de potestades de gobierno en la persona de un soberano (gobierno) a través de la cual se superó la competencia autodestructiva entre los poderes del orden feudal y del "Estado estamental".<sup>104</sup>

El enfoque teórico referido permite observar que en el nuevo continente se propugna la dominación territorial limitada a un espacio concreto (Estado-nación), y se busca la ruptura con el poder monárquico-imperial. En esa construcción territorial estatal no participa la población autóctona, y cualquier forma de territorialidad no estatal es anulada.

102 *Ibid.*, p. 164.

103 Arthur Benz, *El Estado moderno: Fundamento de su análisis politológico*, Madrid, CEPC, 2010, p. 146.

104 *Ibid.*, p. 146.

En consecuencia, el Estado moderno asume sus fronteras como símbolo del ejercicio estatal del poder: en su territorio vigila, segrega, asegura el espacio económico frente a la competencia externa, fija tributos o aranceles, controla a las personas que entran o salen y domina haciendo sentir la hegemonía del poder. Esta práctica se proyecta en el tiempo y es típica de los regímenes autoritarios, pero también tiene lugar en los democrático-liberales; solo en apariencia disminuyó en el Estado democrático de bienestar o en los actuales Estados constitucionales.<sup>105</sup>

La noción Estado territorial moderno alude a un principio diferenciador y estrechamente asociado a ello está el territorio como atributo estructurador; el ejercicio estatal de la autoridad está relacionado al territorio y a la *territorialidad*, en este sentido, la articulación interna del Estado demanda de puntos de vista funcionales con los territorios habituales. Esta visión territorial del Estado moderno es fundamental para el ejercicio del poder y para la concreción de la *territorialidad* es necesaria la cercanía físico-espacial y población humana.

Siguiendo a Cairo Carou: “la territorialidad humana es, para algunos, una compulsión instintiva que el hombre como todo ser animado posee para defender el territorio que habita” (Ardrey, 1966; Almgren, 1980), y para otros, se trata más bien de una característica cultural especial de los seres humanos, que se acrecienta en las sociedades más complejas —especialmente las dotadas de Estado— (Soja, 1971; Alland, 1972; Sack, 1986). *La territorialidad del Estado-nación moderno: la territorialidad se puede analizar a diversas escalas que comprendan solo una casa, una ciudad o un Estado [...] pero en la actualidad hay una escala donde la territorialidad opera de una forma privilegiada: la del Estado-nación. En primer lugar, hay que distinguir en relación con el Estado-nación dos usos de la palabra territorialidad: en cuanto realidad de derecho se refiere a la vinculación jurídica entre determinado territorio y las personas que se encuentran en el mismo, en tanto percepción del self alude a un territorio que es considerado por un grupo de personas como el marco normal y exclusivo de sus actividades.*

En el Estado-nación, que es la forma de organización política que se ha generalizado en la economía-mundo capitalista, el uso novedoso de la territorialidad se ha concretado especialmente en tres aspectos: la creación de un concepto de “espacio vaciable” —es decir, un espacio físico separado conceptualmente de los constructos sociales o económicos o de

105 En América Latina el cercenamiento de los territorios indígenas es histórico y aún continúa, como en el caso del pueblo indígena waorani de la Amazonía ecuatoriana.

las cosas—, la creación de las burocracias modernas —cuyas actividades tienen límites explícitamente territoriales— y el oscurecimiento de las fuentes del poder social. La última función es, a nuestro juicio, la más peligrosa, ya que al oscurecer el carácter de clase del Estado, la territorialidad moderna logra que todos los habitantes de un territorio se conviertan en “nacionales” de un Estado-nación y se identifiquen con él. De este modo se produce una fuerte legitimación de las guerras, que se convierten en “guerras populares” so pretexto de defensa del territorio nacional.<sup>106</sup>

Por su parte Benz, gira en torno a la misma comprensión del Estado territorial moderno, es decir, con un espacio físico en el que se ejerce legítimamente la dominación (jurídico-política) estatalmente organizada, y no difiere sustancialmente del concepto del uso de la coacción física legítima por parte del Estado, para garantizar el interés general,<sup>107</sup> conforme se desprende de la teoría planeada por Max Weber. Esta comparación tiene sentido a fin de evidenciar que tal principio está vigente desde el origen del Estado moderno, en la medida en que suplanta en vez del solo término “Estado”, el de “Estado-nación” o Estado nacional que alude al pueblo, al pueblo entendido como el conjunto de miembros de una sociedad que forman un Estado. Desde esta perspectiva la identidad entre nación y Estado se convirtió en una meta central de la política,<sup>108</sup> llevando a la creación de la tesis del espacio vital, de la dignidad y orgullo patrio, de la sagrada heredad, tratando de justificar todo esfuerzo por deificar al Estado capitalista y volverlo sagrado e intocable.<sup>109</sup>

106 Heriberto Cairo Carou, “Territorialidad”, en Román Reyes, dir., *Diccionario crítico de ciencias sociales*, Madrid, Publicación electrónica de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), en <[www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/index.html](http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/index.html)>. Consulta: 13 de septiembre de 2013.

107 J. C. Trujillo, *Teoría...*, p. 43, fundamenta la dimensión territorial del Estado, en cuanto al uso de su espacio físico y de cuantos recursos existen en él, desde los límites que establece el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), es decir, los límites inmanentes a su propia conservación y desarrollo, no pueden hacer algo que implique su destrucción o degradación, pues acarrearía su propia extinción, la del hombre y el de la naturaleza.

108 A. Benz, *op. cit.*, p. 155. Sobre el tema en referencia ver también Saskia Sassen, *El Estado moderno: Fundamento de su análisis politológico*, Madrid, CEPC, 2010, p. 119.

109 Michel Mann, “El poder autónomo del Estado: Sus orígenes, mecanismos y resultados”, en *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, No. 5, noviembre, Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales-Facultad de Derecho- Universidad Autónoma de Madrid, 2006, p. 30, en <<http://www.relacionesinternacionales.info>>. Consulta: 27 de mayo de 2012: “Las infraestructuras de poder dieron un salto adelante con la Revolución industrial. El capitalismo industrial destruyó las sociedades ‘territorialmente federadas’, reemplazándolas con Estados-nación, a través de cuyos territorios pudieron penetrar estructuras de control y vigilancia unitarios. La penetración logística del territorio se ha incrementado de forma exponencial. Este es un elemento fundamental que incide en el no reconocimiento

No obstante, cabe enfatizar que desde un enfoque sociocultural: “El concepto de territorio indígena apareció como escudo de defensa de los pueblos indígenas frente al desarrollo avasallador en los bosques húmedos de la Amazonía [...] evolucionando hacia un concepto jurídico-antropológico que comprende el espacio físico y espiritual, contrapuesto al de tierra como un medio económico”.<sup>110</sup> De lo que se puede deducir que la noción territorialidad desde la cosmovisión indígena es holística y tiene relación con elementos físico-espaciales, políticos, espirituales y simbólicos, que además de dotarle de un sentido e identidad para el ejercicio de poder indígena en el espacio ancestral; no excluye otras atribuciones que jurídicamente se puedan establecer.

## Nación y territorialidad

El concepto “nación” ha sido prácticamente *lastrado* por las ideologías, y apelando a la “nación homogénea” los gobiernos nacionales excluyen de la comunidad política a los pueblos indígenas, más aún, implementan políticas discriminatorias, *segregacionistas* y *asimilacionistas* que redundan en contra de ellos. El concepto nación también es utilizado para la diferenciación entre Estado y sociedad, toda vez que sociedad describe a una pluralidad de personas unidas para formar una unidad con capacidad de obrar políticamente.<sup>111</sup>

Respecto al concepto “nación cultural”, los científicos sociales asumen que es un concepto problemático porque despolitiza el de nación. En la esfera de la nación cultural lo político pasa a segundo término. Cuando el origen, la lengua, la religión, las costumbres, se convierten en los atributos definitorios de la nación, esta aparece como un hecho preestablecido,

---

de ningún otro espacio como territorio, pues en el recae la soberanía, que únicamente la ostenta el Estado, reconocer otro territorio significaría atentar contra sí mismo”.

110 C. G. Barié, “La cuestión...”, p. 88.

111 A. Benz, *op. cit.*, p. 155-156. En las ciencias político-sociales el término nación se utiliza para aludir la “nación Estado” y designa a la unión de quienes viven en un determinado espacio estatal territorial, realizan sus intereses colectivos dentro del Estado y pueden participar en igualdad de condiciones en los procesos de formación de la voluntad. Herder ya definió la nación y se refiere con ella a la “nación cultural” que destaca atributos de los orígenes, de la lengua, de la comunidad de valores y de los usos y costumbres comunes. Pero en general la mayor parte de las teorías actuales resumen características objetivas y subjetivas y afirman que las naciones se hacen realidad en la acción política y en la conciencia de las personas, aunque el sentimiento de comunidad viene posibilitado por factores que moldean la acción, por ejemplo, lengua y cultura.



“objetivo”, como si se formara de manera espontánea.<sup>112</sup> Herder es el principal mentor de la “nación” como una realidad orgánica, y para los seres que la componen unidos por la lengua y la cultura, representa un estado natural del que dependen inclinaciones y caracteres que ninguna estructura política puede alterar o suprimir: es una comunidad popular que basa su cohesión y su profunda razón de ser en la naturaleza y en la tradición, no en la abstracta rigidez de una obligación política.<sup>113</sup>

Los elementos aludidos coadyuvan a la conformación de una nación, pero la nación es también el resultado de un proceso de formación de voluntad y de decisión política. La *nación política* es elemento sustancial del orden institucional del Estado moderno en ejercicio de su libre determinación, y que se concibe como una comunidad solidaria de ciudadanos iguales, o “unión de iguales”. En este sentido Benz sugiere otra lectura de la conformación de una nación, y apelando a Habermas argumenta la existencia de la “nación de ciudadanos”, cuya identidad encuentra, no en las similitudes étnico-culturales, sino en la práctica de los ciudadanos que ejercen activamente sus derechos de participación y comunicación.<sup>114</sup>

En este sentido lo relevante es el proceso político colectivo de aprendizaje y formación de la identidad, que es la que promueve la solidaridad en los procesos políticos democráticos para superar en común los problemas sociales.<sup>115</sup> Benz tiene razón cuando afirma que el concepto nación como principio clave del Estado moderno, se refiere a la agrupación de personas para la formación de una unidad política que normalmente se organiza en forma de Estado, y apelando a Karl Deutsch, concluye: “una nación es un pueblo en posesión de un Estado”. El Estado nacional debe entenderse, por tanto, como una agrupación voluntaria de ciudada-

112 *Ibid.*, p. 157.

113 Alessandro Campi, *Nación: Léxico de política*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2006, p. 107.

114 A. Benz, *op. cit.*, p. 157.

115 *Ibid.*, p. 157-158. Para profundizar sobre el tema sugiere ver “Miller, 1995, p. 49-80; Offe, 1998; Reinhard 1999: 440, quienes convergen en que la creación de esta identidad nacional no se sustenta en un único acto de decisión, sino que es el resultado de un proceso colectivo de aprendizaje, en el que los ciudadanos se concientian de que forman parte de una nación. Y haciendo énfasis en lo que argumenta Connor, 1994; “La unión forzosa de personas que pertenecen a grupos culturales diferenciados o a comunidades étnicas no es compatible con el contenido normativo del concepto ‘nación de ciudadanos’. Por el solo hecho de que la mayor parte de los Estados del mundo se compongan de grupos cultural y étnicamente diferenciados, no constituye un motivo para considerar fenómenos diferenciados al Estado y la nación”.

nos que se consideran pertenecientes a un único pueblo. Ello no supone la existencia de la nación antes que el Estado. Desde un punto de vista histórico sucede lo contrario, el Estado es quien “ha cultivado la unidad ‘natural’ del pueblo y de la nación” (Heller, 1934).<sup>116</sup> Efectivamente y a su tiempo Heller ya fundamentó las tesis argumentadas por Benz y Sassen.

[...] a partir de Rousseau se atribuye al pueblo, como nación, una personalidad con sensibilidad y conciencia, voluntad política y capacidad política de obrar. El pueblo se convierte así, en su manera metafísica, en una comunidad de voluntad a priori y en una unidad política pre-existente, lo que no responde a la realidad, ni presente ni pasada. La nación tal cual se la entiende ahora fue desconocida en la Edad media, y todavía en el siglo XVIII los vínculos eclesiásticos y dinásticos aparecen en la política mucho más fuertes que los nacionales. Hasta la época del capitalismo avanzado no se constituyeron los pueblos en naciones. Es a partir de la Revolución francesa y del imperialismo napoleónico, y al principio como reacción contra este, cuando las naciones en creciente medida, aparecen como las más pujantes fuerzas fundadoras de Estados.<sup>117</sup>

A principios del siglo XIX se entiende por nación a la clase dominante por su cultura y propiedad, la “parte mejor del pueblo, la que piensa”. Y la voluntad política relativamente unitaria de esta clase es equiparada a la voluntad unitaria del pueblo, que alcanza así su definitivo volumen para la formación de la voluntad del Estado, considerándose además como la expresión legítima del espíritu nacional del pueblo. El pensamiento demoliberal relativiza, de tal suerte, el Estado al pueblo, y el nacionalismo en cambio, el pueblo al Estado.<sup>118</sup> Siguiendo a Heller el pueblo es una estructura histórica y su peculiaridad se halla inserta en el curso de la historia; nace de un constante intercambio de asimilación y singularización respecto a la naturaleza y cultura circundante.<sup>119</sup>

116 Heller citado por A. Benz, *op. cit.*, p. 158.

117 H. Heller, *op. cit.*, p. 179.

118 *Ibid.*, p. 179.

119 *Ibid.*, p. 180-181. A fin de relacionar el análisis de Heller con el proceso formativo del Estado en el nuevo continente, es pertinente referir la siguiente cita: “La *volonté générale rousseauianiana* presenta también un tinte puramente romántico por cuanto implica una armonía política y un acuerdo de voluntades, anteriores al Estado, cosa que nunca se da en la realidad del pueblo, que es siempre de carácter antagónico. Las ideas demoliberales de una ‘representación popular’ como ‘espejo’ de la voluntad del pueblo, y de un gobierno que no debe ser sino la expresión del parlamento, se nutren de la ficción de una voluntad popular sin contradicciones y no se distinguen de la utopía de Marx y Engels de una sociedad futura sin Estado, más que por el hecho de que en esta esa voluntad popular sin contradicciones solo se puede dar en la so-



La equiparación de los referidos conceptos de pueblo y nación con las expresiones semejantes de soberanía del pueblo y soberanía nacional y la de voluntad estatal del pueblo constituye una de las confusiones características de la Teoría del Estado desde el siglo XIX.<sup>120</sup>

No obstante, es ineludible referir que a la época del origen del Estado moderno:

[...] el pueblo y su espíritu se consideran como una sustancia *a priori*, unitaria y magnífica, que es capaz de engendrar la voluntad unitaria del Estado, no solo entre los miembros del pueblo sino incluso en todo el pueblo del Estado y en todos los miembros del Estado. Si es el Estado el que se funde en el pueblo o al contrario, ello no tiene, para nuestro objeto mayor importancia. En uno y en otro caso se suprime la dualidad Estado y pueblo y se deja de lado la autonomía de lo estatal y, en general, también la de la esfera jurídica. Como el espíritu del pueblo, único y solo, emana de sí, junto con todas las demás manifestaciones culturales, también el Estado y el derecho, la ley de su formación es así mismo la del Estado, que pierden por eso su legalidad peculiar.<sup>121</sup>

El aserto de Heller proporciona suficientes elementos para argumentar que la racionalidad cognitivo-instrumental, la positivización del derecho y los principios filosófico-políticos correspondientes, constituyen las bases del Estado-nación liberal diseñado para cumplir la voluntad de la clase social dominante.

Como se puede observar, no queda prácticamente otro flanco para justificar la viabilidad de otro paradigma que explique aquello, en tales condiciones, para el caso de América Latina se puede colegir que tampoco tienen viabilidad las pretensiones territoriales o autonómicas de los sujetos culturales indígenas, es decir: no desde la racionalidad jurídica, económica y política del eje dominante guarnecido en la fuerza de la voluntad general del Estado-nación, en la soberana voluntad popular, en la unidad política de la nación mayormente garantizada a partir del aseguramiento de la paz, sobre la base de el orden de competencias (legislativa, administrativa y judicial) de las que está dotado el Estado nacional para la consecución de los fines, entre otros: garantizar la propiedad y la economía

---

ciudad sin clases, en tanto que la concepción demoliberal admite que es realizable en la misma sociedad civil".

120 H. Heller, *op. cit.*, p.179.

121 *Ibid.*, p. 181.

de libre mercado. Estado con soberanía hacia fuera y hacia dentro, y con poder en los términos ya descritos por Weber, es decir, con capacidad de coacción física legítima o amenaza de uso de la fuerza para proteger el territorio y la población.<sup>122</sup>

Una vez caracterizados el territorio y la nación al momento de su génesis y consolidación del Estado liberal, es relevante destacar el enfoque de Foucault (2006) respecto a los mecanismos disciplinarios y de control, a los dispositivos de seguridad y tecnologías del poder sobre un espacio, sobre una población, considerando que el Estado está investido de un atributo de soberanía que le faculta usar la fuerza para garantizar la paz, el bien común y la libertad del individuo. En este sentido, el análisis de la dimensión económica en la fase originaria de la modernidad, es necesario para observar como la economía —en el marco del ejercicio político— constituye un elemento esencial del Estado y del gobierno. De tal forma que si el gobierno económico se desarrolla en un territorio y sobre una población, concordando con Foucault:

[...] hacia el siglo XVII el soberano del territorio se había convertido en arquitecto del espacio, disciplinado, pero también y casi al mismo tiempo en regulador de un medio (*físico*) en el cual no se trata tanto de fijar los límites y las fronteras o de determinar emplazamientos como, sobre todo y esencialmente, de permitir, garantizar y asegurar distintos tipos de circulación: de la gente, de las mercancías, del aire, etc. A decir verdad, esa función estructuradora del espacio y el territorio por obra del soberano no es una novedad [...] ¿Qué soberano no quiso tender un puente sobre Bósforo o desplazar montañas? <sup>123</sup>

Si conforme a Foucault, a esa época la función estructuradora del espacio y el territorio por parte del soberano no es novedad, lo relevante radica en:

[...] saber justamente dentro de qué economía general de poder se sitúa ese proyecto y la estructuración del espacio y el territorio. ¿Se trata de marcar un territorio o de conquistarlo? ¿Se trata de disciplinar a los súbditos y hacerles producir riquezas o de construir para una población algo que se asemeje a un medio de vida, de existencia, de trabajo?<sup>124</sup>

122 M. Weber, *op. cit.*, p. 1056.

123 Michel Foucault, *Seguridad, territorio y población*, Buenos Aires, FCE, 2006, p. 45.

124 *Ibid.*, p. 45-46.



Respecto a los dispositivos de seguridad, lo importante no está en relación con el espacio y el medio, sino con la escasez, en cuanto esta es un estado de penuria que tiene la propiedad de engendrar un proceso que la dilata y tiende, a falta de otro mecanismo que la detenga, a prolongarla y acentuarla, afectando sobremanera a la población urbana y pobre.<sup>125</sup> A esa época la escasez es vista como “mala fortuna o mala suerte en su estado puro”, tanto para el pueblo como para el soberano. Otra matriz filosófica y moral permite pensar que la “escasez es la mala índole del hombre”. Mala índole que va a ligarse al fenómeno de la escasez como castigo. “El concepto jurídico-moral de la mala índole humana, de la naturaleza caída, y el concepto cosmológico político de la mala fortuna son los dos marcos generales dentro de los cuales se piensa la escasez”. Foucault argumenta que contra la escasez se ha establecido un sistema jurídico y disciplinario, sistema de legalidad y de reglamentos cuya función esencial es impedir la escasez, no solo detenerla cuando se produce, no solo erradicarla sino literalmente prevenirla.<sup>126</sup>

Todo este sistema jurídico y disciplinario se crea para que los granos se vendan al precio más bajo, que los campesinos tengan la menor ganancia posible, y que los habitantes de la ciudad puedan alimentarse de la forma más barata posible, de lo cual resultará en el mantenimiento de bajos salarios. Aquí radica el principio político elaborado y organizado de manera sistemática durante todo el período mercantilista.<sup>127</sup> La concepción económica fisiocrática desmonta a la mercantilista y plantea como principio fundamental del gobierno económico la libertad de comercio y circulación de granos, que debe leerse como:

[...] la consecuencia de un campo teórico, y al mismo tiempo como un episodio en la mutación de las tecnologías de poder y en el establecimiento de la técnica de los dispositivos de seguridad que a mi parecer es característica o es una de las características de las sociedades modernas.<sup>128</sup>

Referir el análisis de Foucault sobre las formas económicas mercantilista y fisiócrata es pertinente para argumentar que aquellas estrategias de seguridad contra la escasez, también son desarrolladas para el control del espacio, del territorio. Es decir, así se instituyen las tecnologías disci-

125 *Ibid.*, p. 48.

126 *Ibid.*, p. 49.

127 Se entiende por mercantilismo las técnicas de gobierno y gestión de la economía que perduraron hasta inicios del siglo XVIII.

128 M. Foucault, *Seguridad...*, p. 51.

plinarias que son mecanismos de ejercicio del poder y control social, sancionados a través de leyes que fijan un castigo a quien las infrinja (este es el sistema del código legal con participación binaria entre lo permitido y lo vedado y un acoplamiento entre un tipo de acción prohibida y un tipo de castigo), que es justamente el meollo del código en cuanto mecanismo legal o jurídico.<sup>129</sup>

Foucault enfatiza que el sistema disciplinario entraña una serie de dimensiones correspondientes al “orden de la seguridad” que en el Estado moderno ha seguido una espiral ascendente, hasta el punto de que en el mundo actual las estructuras jurídico-legales, los mecanismos de seguridad, de vigilancia y control son mecanismos disciplinarios que no tienen precedentes,<sup>130</sup> y abarcan lo social y lo político. El enfoque foucaultiano referido es pertinente para enfatizar que la producción, la circulación y la acumulación de capital están interrelacionados a los mecanismos de control del territorio, de la población y de gestión del poder.

Recuérdese que el soberano del territorio se había convertido en *arquitecto del espacio*, disciplinado, pero también y al mismo tiempo en regulador de un medio en el cual no se trata tanto de fijar los límites y las fronteras o de determinar emplazamientos, sino, sobre todo y esencialmente de permitir, garantizar y asegurar distintos tipos de circulación de la gente, de las mercancías, del poder y también del espacio físico (tierra) elevado a categoría de mercancía y en consecuencia explotable hasta la extenuación.

Esta función estructuradora del espacio-territorio tiene lugar en el marco de una economía general de poder que demanda una estructuración del espacio-territorio para disciplinar a los súbditos y hacerles producir riquezas ¿O de constituir para la población algo que se asemeje a un medio de vida, de existencia, de trabajo? A partir de la pregunta que formula Foucault,<sup>131</sup> corresponde elucidar si la matriz que rige el modelo socio-econó-

129 *Ibid.*, p. 5; la Ley encuadrada bajo mecanismos de vigilancia y corrección, es el mecanismo disciplinario binario dentro del cual aparece un tercer elemento, el “culpable”, y al mismo tiempo, afuera, además del acto legislativo que fija la ley, está el acto judicial que castiga al culpable. A ello se adhiere una serie de técnicas adyacentes: policiales, médicas, psicológicas que corresponden a la vigilancia, al diagnóstico y la transformación eventual de los individuos. Finalmente aparece el otro elemento que ya no caracteriza al código ni al mecanismo disciplinario, y es el “dispositivo de seguridad” que inserta al delito dentro de una serie de acontecimientos probables.

130 Michel Foucault, *Economía y sociedad*, México DF, FCE, 2006, p. 17-22.

131 *Ibid.*, p. 46.



mico-político del Estado moderno, aunque haya sido modificada, mantiene el contenido sustancial originario. Lo que no está en duda es la correlación tripartita territorio-soberanía-población como ámbito donde se desarrollan las tecnologías del poder de dominación, y que fueron trasladadas al nuevo continente.

En lo que tiene relación al disciplinamiento: la disciplina concentra, centra, encierra. Su primer gesto radica en circunscribir un espacio dentro del cual su poder y los mecanismos de este poder actuarán plenamente y sin límites. La disciplina además es proteccionista y en esencia centra su acción en el mercado o en su espacio (territorio) y lo que lo rodea. Este aserto foucaultiano alude al disciplinamiento del espacio-territorio sometido a dispositivos de seguridad en constantemente ampliación, que son centrífugos y propician la integración de nuevos elementos, por ejemplo: la producción, los comportamientos, las maneras de actuar de productores, compradores, consumidores, importadores o exportadores, en función de los requerimientos del mercado mundial.

Se trata por tanto de organizar o y permitir el desarrollo de circuitos económicos, políticos y tecnológicos cada vez más grandes (físico-espacialmente), y que son los que caracterizan a la sociedad moderna, a la economía capitalista, al Estado liberal circunscrito a un territorio que por la condiciones del mercado se resignifica a nivel local y global.<sup>132</sup> Así es como la disciplina todo lo reglamenta, nada deja escapar y no deja hacer, su principio es que ni siquiera las cosas más pequeñas deben quedar libradas a sí mismas.

La disciplina y los sistemas de legalidad en la sociedad jurídica y políticamente organizada, funcionan distribuyendo las cosas según el código de lo permitido y lo prohibido; y dentro de estos dos campos especifican, determinan con exactitud qué es lo prohibido, qué es lo permitido y que es lo obligado. En el marco del Estado de derecho la función del sistema de legalidad o sistema de la ley es, en esencia, la determinación de las cosas y tanto más si están prohibidas. En el fondo la ley dispone lo que no hay que hacer, y lo que sí, en una jurisdicción territorial determinada.

De modo que el movimiento de especificaciones y determinación de un sistema de legalidad siempre surte efecto, y lo hace con mayor precisión cuando se trata de lo que debe impedirse o prohibirse. En otras palabras, al tomar el punto de vista del desorden se analiza cada vez con

132 *Ibid.*, p. 67; Sobre el tema también se puede ver S. Sassen, *El Estado...*, p. 59-86.

mayor fuerza y se establece el orden, es decir: lo que queda. El orden, en efecto, es lo que queda una vez que se ha impedido todo lo que está prohibido. Este pensamiento negativo es, creo, el elemento característico de un código legal. Pensamiento y técnicas negativos.<sup>133</sup>

En definitiva el mecanismo disciplinario codifica en forma permanente lo permitido y lo prohibido o, mejor dicho, lo obligatorio y lo prohibido; el punto central de un mecanismo disciplinario es lo que nos dice en todo momento lo que debemos hacer [...]. En el sistema de la ley:

la ley trabaja en el ámbito imaginario, imagina y solo puede formularse al imaginar todas las cosas que podrían hacerse, pero no hay que hacer. Imagina lo negativo. En cierto modo la disciplina trabaja en lo complementario de la realidad. El hombre es malvado, el hombre es malo, tiene malos pensamientos, malas tendencias, etc. Dentro del espacio disciplinario se construirá el elemento complementario de esa realidad, prescripciones y obligaciones tanto más artificiales y apremiantes cuanto que la realidad es lo que es, insistente y difícil de vencer.<sup>134</sup>

A partir de Foucault se puede evidenciar un punto esencial en el cual están comprometidos, todo el pensamiento y toda la organización de las sociedades políticas modernas, y es el de que:

La política tiene que actuar en el elemento de una realidad [...] la realidad es el único dato sobre el cual la política debe actuar [...] el principio fundamental de que la técnica política nunca debe despegarse del juego de la realidad consigo misma, está profundamente ligado al principio general de lo que llamamos liberalismo.<sup>135</sup>

El liberalismo implica dejar que la gente haga y las cosas pasen, que las cosas transcurran. Dejar hacer, pasar y transcurrir, significa fundamentalmente hacer que la realidad se desarrolle y marche, que siga su curso de acuerdo con la leyes, los principios y los mecanismo propios de ese orden. Así pues, el problema de la libertad puede ser considerado y aprehendido de diferentes maneras. Esta ideología de la libertad, esta reivindicación de la libertad fue sin duda una de las condiciones del desarrollo de las formas modernas o, si lo prefiere, capitalistas de la economía [...]. La libertad, a la vez ideología y técnica del gobierno, debe comprender-

133 *Ibid.*, p. 68.

134 *Ibid.*, p. 69.

135 *Ibid.*, p. 70.



se en el interior de las mutaciones y transformaciones de las tecnologías del poder.<sup>136</sup>

Desde el enfoque de las tecnologías para el control y gestión del poder en el territorio, la libertad no es otra cosa que el correlato de la introducción de los dispositivos de la seguridad que solo puede funcionar bien con la condición de que se dé algo, y que es justamente la libertad. Libertad como posibilidad de movimiento, desplazamiento o procesos de circulación y facultad de circulación; como una de las facetas o uno de los aspectos de seguridad del territorio.<sup>137</sup>

El análisis foucaultiano permite entender que la ecuación “territorio-soberanía-población” está *hibridada* por el poder, a partir del señalamiento de que hay algo absolutamente esencial en la física del poder o un poder que se piense como acción física sobre el elemento territorio, llámese si se quiere potestad soberana del Estado, vedada a la población. No se trata de una ideología, sino y en primer lugar de una tecnología del poder y en tales condiciones migra a todos los espacios y se impone a cada realidad. De aquí se puede deducir una dimensión de territorialidad y que desde la perspectiva del derecho constituye una ficción jurídica que adhiere el de ejercicio de la soberanía del Estado.

En tal sentido se puede observar que para Foucault, en el Estado moderno el poder no está subordinado a la economía (y esta podría ser una diferencia clave con la teoría marxista), pero, para el propio Foucault, se hace impensable la acumulación de capital sin la acumulación de hombres, sin la construcción de sujetos sometidos, sin el control del territorio que pasa a constituirse en espacio vital del Estado y de la población.

136 *Ibid.*, p. 70-71.

137 En la perspectiva analítica de S. Sassen, *Territorio...*, p. 151-152. “[...] el movimiento o circulación de bienes y personas en el territorio coadyuvan a la configuración jurídica de la burguesía emergente y del Estado: En este proceso se puede observar la creación de lo que se denomina “Estado de derecho” o “imperio de la ley” que aquí surge para legitimar la propiedad privada, proteger a la burguesía de los abusos del rey y la nobleza [...]. Se detecta así el proceso de formación de un sujeto de derecho que representa una impugnación al poder absolutista [...] la burguesía surge como sujeto histórico en tanto pone en marcha una serie de procesos que configuran una nueva economía política [...]. Las estructuras prácticas y jurídicas que se desarrollan en ese período posibilitan la elaboración de proyectos económicos nacionales con suficiente flexibilidad como para incorporar el comercio exterior, los saqueos, los derechos de las burguesías nacionales y las enormes divisiones sociales en el marco de la unidad nacional”. Que demanda el Estado de derecho o Estado-nación erigido sobre un territorio determinado.

Este paradigma *eurocéntrico* (implica la organización y uso del espacio-territorio) y se impone en América Latina. A partir del proceso independentista se dinamiza el proceso de integración al mercado mundial, acentuando la dependencia regional, de cada país y creando las condiciones para el subdesarrollo local y regional.

En la América Latina precapitalista predomina un determinado modo de producción integrado por fuerzas sociales productivas y relaciones ligadas a un tipo explícito de propiedad de los medios de producción; es el régimen colonial integrado al proceso expansivo de la metrópoli española, y sometido a la explotación de minerales y metales preciosos en particular, en una escala diferenciada por cada Virreinato (jurisdicción territorial político-administrativa) y de los cuales en la etapa republicana devienen los Estado-nación.

En todo caso, las relaciones de producción en América Latina se dan en términos que se ajustan cada vez más a la racionalidad económica-política liberal. No obstante, la *tierra* es un medio de producción que tiene importancia extrema para los pueblos originarios, porque es base de subsistencia indispensable para garantizar su permanencia cultural y física (tierra=medio económico, territorio=medio político, territorialidad= ficción jurídica que implica ejercicio de poder sobre el territorio ancestral, en este caso). Tampoco hay duda respecto a que América Latina desde la época colonial ya no tiene una economía (cerrada) natural predominante, toda vez que aún las regiones más alejadas y marginadas indígenas y campesinas están ligadas de alguna manera al sector dinámico de la economía nacional sustentada en la explotación de la tierra y extracción de minerales, y a través de ella ensamblada también al mercado mundial.<sup>138</sup>

El enfoque materialista histórico asumido por Cueva permite determinar que además de la herencia colonial, en América Latina, el período colonial implica cierto grado de desarrollo de las fuerzas productivas y de las relaciones sociales de producción: es decir, una articulación concreta de modos de producción y por lo tanto, de clase, que de alguna manera determinará la forma de articulación de los países latinoamericanos al capitalismo mundial.<sup>139</sup> Este enfoque analítico se basa en categorías funda-

138 Agustín Cueva, "Problemas y perspectivas de la teoría de la dependencia", en Alejandro Moreano, edit., *Agustín Cueva: Estudio introductorio, selección y notas de Alejandro Moreano*, Quito, UASB-E / CEN / Campaña Nacional del libro y la lectura, Eugenio Espejo, 2007, p. 85-116.

139 *Ibid.*, p. 96.



mentales sin las cuales ni siquiera se puede rendir cuenta del desarrollo puramente económico de la sociedad.<sup>140</sup> Además los pueblos indígenas:

[...] han cuestionado también, las relaciones de dominación de la sociedad latinoamericana basadas en la discriminación racial, en la intolerancia étnica y en la dominación de una cultura sobre las otras. Los indígenas han cuestionado las bases del Estado republicano latinoamericano, construido sobre la idea de “un solo pueblo, una sola Nación, un solo Estado”. La unidad artificial y colonial de pueblo, nación y Estado, presente en todas las Constituciones latinoamericanas, ha negado la existencia de pueblos indígenas, de la diversidad étnica y cultural de las sociedades del continente.<sup>141</sup>

### Soberanía (elemento sociológico del Estado)

El Estado moderno es la asociación de dominio de tipo institucional que en el interior de un territorio trata con éxito de monopolizar la coacción física legítima, como instrumento de dominio (de poder legítimo), y aglutina en torno a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus conductores. Esto se consigue expropiando para ello a todos los funcionarios de clase o autónomos, que anteriormente disponían de aquellos medios por derecho propio. De tal forma que el Estado se coloca a sí mismo en lugar de esos funcionarios de clase autónomos, en la cima suprema;<sup>142</sup> con la particularidad de que el verdadero dominio consistente en el manejo diario de la administración, conforme lo fundamenta Weber, se encuentra en manos de la *burocracia*, tanto militar como civil.<sup>143</sup>

La conceptualización desarrollada por Weber no es la única, pero permite asumir que al Estado le es inherente el elemento de supremacía sobre cualquiera otra entidad. Tiene el poder de *dominio e imperium* y dis-

140 *Ibid.*, p. 97.

141 José Bengoa, *Relaciones y arreglos políticos y jurídicos entre los Estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década*, Santiago, CEPAL, 2003, p. 16.

142 M. Weber, *op. cit.*, p. 1060.

143 *Ibid.*, p. 1060: “[...] lo mismo que el llamado progreso hacia el capitalismo a partir de la Edad Media constituye la escala unívoca de la modernización de la economía, así constituye también el progreso hacia el funcionario burocrático, basado en el empleo, en el sueldo, pensión y ascenso, en la preparación profesional y la división del trabajo, en competencias fijas, en el formalismo documental y en la subordinación y la superioridad jerárquica, la escala igualmente unívoca de la modernización del Estado”. Conforme a Weber, desde el punto de vista sociológico el Estado moderno es una “empresa” con el mismo título que una fábrica, y en esto consiste precisamente su rasgo histórico.

pone de la coacción física de manera monopólica. El Estado ejerce una “soberanía” no susceptible de fraccionamiento al interior de su territorio y frente a los entes externos de toda índole.

En la misma línea de análisis, Fioravanti reitera que:

La soberanía en el sentido moderno niega todo poder originario a cualquier sujeto [...]. Invocan la soberanía de la nación para excluir que la nación con sus instituciones políticas, en cuanto soberana, pudiera depender de la voluntad de un sujeto preconstituido, fuese el monarca o el pueblo, como concreta y física sociedad de ciudadanos políticamente activos [...]. La soberanía ya no es el poder subjetivo de decidir, en sentido constituyente, sobre los caracteres de las instituciones políticas, sino el poder de la nación y de sus instituciones políticas de excluir todo tipo de dependencia exterior que pretenda dirigirla [...]. Es la línea del Estado moderno como titular monopolizador de la soberanía política que en cuanto tal, es capaz de negar toda dependencia del exterior, de un sujeto preconstituido.<sup>144</sup>

En tal sentido, en una sociedad política se asume por soberanía el poder supremo atribuido al Estado y no se reconoce ninguna autoridad superior. El concepto está estrechamente relacionado con el poder político que transforma la fuerza en poder legítimo. En sentido amplio la soberanía se configura de distintas maneras y según las diversas formas de organización del poder.

Históricamente se atribuya a Bodin la definición de soberanía como un poder absoluto, perpetuo, inalienable e indivisible atribuido al Estado, y la soberanía legitimaba al Estado frente a los poderes del papado, del imperio, y de los poderes intermedios existentes en el propio territorio. Atendiendo a estas dos esencias del poder soberano (absoluto y perpetuo) que lo hacen ilimitado, Bodin argumenta que la “soberanía” no se encuentra sometida al derecho positivo, porque es de sus atributos dar las leyes. En el Capítulo X del texto de Bodin, *Los seis libros de la república*, consta que: “el primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular”.<sup>145</sup> Este atributo de dar las leyes incluye el crearlas o anularlas, así como su interpretación y enmienda. La

144 M. Fioravanti, *Los derechos...*, p. 116.

145 Jean Bodin, *Los seis libros de la república*, p. 11, en <[www.google.com.ec](http://www.google.com.ec)>. Consulta: 17 julio de 2012.



intención y alcance del vocablo “ley” para Bodin,<sup>146</sup> se especifica cuando cita los derechos de la soberanía: declarar la guerra y negociar la paz, designar los principales gobernantes, ostentar la jurisdicción suprema, conceder gracia a los condenados, acuñar moneda y establecer pesos, medidas y tributos, entre otros.

Por lo tanto, si el poder soberano es la fuente del derecho, no está sometido a las leyes, puesto que no puede obligarse a sí mismo mediante leyes de su propia voluntad y como dice el texto: “es imposible según la naturaleza de las cosas” y no tendría sentido alguno someter el poder soberano a la ley, fruto de la voluntad del mismo. Pues esta voluntad para que sea libre puede ser cambiante, y en el supuesto de que el poder soberano debiera respetar la ley, la soberanía perdería su carácter ilimitado e irresistible. La soberanía, más que en un Estado abstracto se concentró, a esa época, en la figura del rey, en particular en la del monarca absoluto. En cambio, para J. Locke la soberanía coincidía básicamente con los poderes del parlamento, a quien reconoce como poder legislativo con calidad de poder supremo de una comunidad política, transferido por el pueblo.<sup>147</sup>

Con la argumentación teórica de Rousseau<sup>148</sup> y la experiencia de la Revolución francesa, el concepto soberanía cambia sustancialmente. Se configura el principio alternativo de la soberanía nacional, que tiende a identificarse con la idea de soberanía popular. Según este principio, el poder supremo del Estado corresponde a la “nación” o sea al “pueblo”,<sup>149</sup> entendidos como el conjunto de ciudadanos que ejercen el poder a través de sus órganos representativos. La soberanía popular está en la base de los

146 Sinforiano Moreno García, “La concepción y el concepto de soberanía, la definición de soberanía en Jean Bodin”, en *La Soberanía*, 2008, p. 39, en <[www.soberania.es/.../Concepto/Definición](http://www.soberania.es/.../Concepto/Definición)>. Consulta: 27 de mayo de 2012.

147 John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 103-107.

148 Jean Jaques Rousseau, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres: El contrato social*, Barcelona, Orbis, 1984, p. 173. “[...] la soberanía, no siendo más que el ejercicio de la voluntad general, no puede nunca ser encajada, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede estar representado más que por sí mismo: el poder puede transmitirse, pero no la voluntad.”

149 H. Díaz-Polanco en *El canon Snorri...*, p. 103, profundiza las nociones etnia, nacionalidad y nación, a partir de señalar que: “las dimensiones étnicas en sus formas específicas pueden ser un factor estratégico para la caracterización de ciertos componentes clasistas con una identidad propia como los grupos indígenas en América Latina, los cuales se fundan en formas de identidad étnicas básicas”. Hasta alcanzar una dimensión política que obliga a observar el fenómeno desde “lo nacional y lo étnico” y posteriormente desde la noción “pueblo indígena”, que difiere sustancialmente de aquella noción moderna heredada de la ilustración.

movimientos que en el siglo XIX buscan democratizar el sistema político vía el sufragio universal, y es un fundamento esencial de las democracias liberales modernas, democracias electorales o representativas.

La situación histórico-política que da origen al concepto “soberanía”, es en su origen histórico una concepción de índole política y posteriormente se condensa en una de índole jurídica.<sup>150</sup> Según Jellinek, las nociones doctrinales griegas sobre la naturaleza del Estado no refieren nada que se asemeje al moderno concepto de soberanía. “Lo que Aristóteles dice del *κράτος*, de la fuerza suprema del Estado, no tiene relación alguna con la teoría de que el poder del Estado haya de poseer necesariamente la cualidad de soberano [...]. La definición del Estado hecha por Cicerón, es la única que ha sido transmitida de los romanos, y por su concreción y claridad se deduce que en Roma, hasta una época muy avanzada es muy viva la idea de que el pueblo es la fuente de todos los poderes públicos; pero la cuestión relativa a saber quién tiene en el Estado el más alto poder, es muy distinta de la cuestión relativa a la soberanía del Estado”.<sup>151</sup> Jellinek insiste en el hecho de que la Antigüedad no haya llegado a un conocimiento del concepto soberanía tiene un fundamento histórico de importancia: “faltaba al mundo antiguo lo que únicamente podía traer a la conciencia el concepto de la soberanía: la oposición del poder del Estado a otros poderes”.<sup>152</sup>

Desde este enfoque el Estado moderno, a diferencia del antiguo, ha sido combatido desde sus comienzos obligándole a afirmar su existencia mediante fuertes luchas contra tres poderes que han combatido su sustantividad: el Imperio Romano no concede a los Estados particulares más valor que el de provincias; en la Edad Media la Iglesia quiere poner al Estado a su servicio; posteriormente los grandes señores y corporaciones se sienten poderes independientes del Estado y en frente de él. En concreto: de la lucha de estos tres poderes nace la idea de soberanía, concepto polémico de valor defensivo inicialmente y de naturaleza ofensiva después. Al final del proceso de confrontación con la Iglesia, Francia transforma en un hecho histórico la idea de superioridad del Estado. “El papado de Aviñón representa por primera vez, desde tiempo de los Otones, la superioridad

150 G. Jellinek, *op. cit.*, p. 401.

151 *Ibid.*, p. 404.

152 *Ibid.*, p. 405.



dad del Estado sobre la Iglesia".<sup>153</sup> Con base en lo expuesto, origen de la conciencia de soberanía del poder terrenal hay que buscarlo:

No en la lucha del emperador con el Papa, sino en las relaciones de la monarquía francesa con el jefe de la Iglesia. La segunda fuerza que en la Edad Media lucha contra la idea de la independencia del Estado, es el imperio. En sentido estricto, solo el emperador tiene el carácter de dominador, solo él puede dar leyes, solo a él corresponde la *plenitudo potestatis*, la integridad del poder monárquico. Por último, en el siglo XV se aplica el concepto de *res pública* en su pleno sentido a aquellas comunidades que no reconocen ningún superior. Por consiguiente hallamos aquí la primera afirmación para una nueva determinación del concepto Estado, pero todavía no se reconocía la esencia del poder del Estado.<sup>154</sup>

El humanismo supera la teoría de la Edad Media, referida a la unidad de la Iglesia y el imperio; más tarde la Reforma aniquila totalmente la antigua doctrina de la superioridad del *imperium*. En el siglo XVI se consolida el poder monárquico y el rey de Francia es el primer rey en el mundo que ni jurídicamente ni de hecho reconoce superior alguno en las cosas humanas, ni aún en el Papa. Él es *imperator et monarcha in suo regno*, juez supremo que puede destruir todas las jurisdicciones inferiores, enfatiza Jellinek. Junto a esta concepción extrema de los derechos del rey, se encuentran otras que apoyándose en el derecho positivo francés, afirman la limitación mayor o menor de su poder, entre los cuales constan algunos de los partidarios de la monarquía formada por los Estados o clases.<sup>155</sup>

En el marco analítico de Jellinek estas luchas enseñan a todos que necesaria era la autoridad independiente, suprema a todos e irresistible del Estado. Así nace su nueva doctrina y se reconoce a Bodin el desarrollo de toda una concepción del carácter absoluto del Estado francés. La noción *soberanía* alcanzada después de largas luchas, es considerada por Bodin como una nota esencial en su definición de Estado.

153 S. Sassen, *El Estado...*, p. 80-86: "[...] si bien existían ciertos intereses mutuos que sirvieron para sostener este acuerdo durante un tiempo, finalmente la proclamación de una autoridad superior por parte del rey derivó en la ruptura con el papado: "Así los reyes franceses llegaron a representar la ley como humana, no divina, impulsando la soberanía territorial y reemplazando los fundamentos eclesiásticos de su dignidad real por fundamentos jurídicos '*lex est rex*'. De estas contiendas surge un componente vital para el ascenso de los Estados territoriales soberanos y del derecho occidental [...]. Estado territorial como forma de organización política que se consolida en Europa durante el siglo XVII".

154 G. Jellinek, *op. cit.*, p. 406-409.

155 *Ibid.*, p. 414.

No obstante, para Bodin el concepto soberanía no alcanza la expresión suprema por la cual el soberano está obligado por las leyes divinas y por las naturales; pero su definición de Estado contiene algo esencialmente nuevo que no existe en la literatura anterior: “que todo dominio sobre una pluralidad de familias, dotado de poder soberano, esto es, revestido de un poder supremo e independiente en lo exterior y en lo interior, representa un Estado”; y se le atribuye a este autor haber expresado por vez primera este concepto de soberanía. A Bodin se debe que el comparativo *souverain* haya sido elevado a superlativo y la *superiorita* a *suprema potestas*.<sup>156</sup>

Poder absoluto libre de toda ley sobre ciudadanos y súbditos significa ante todo la negación de lo que quisiera afirmarse como poder independiente, sobre, junto o dentro del Estado: el poder de dominación del papa, del rey y de los Estados. El Estado tiene un poder soberano, lo cual quiere decir simplemente que es independiente de todo otro poder, pero no afirma lo que es el Estado esencialmente, sino más bien lo que no es.

Inicialmente la soberanía solo puede comprenderse mediante las luchas históricas de los Estados para afirmar su existencia. Posteriormente se le dota de un sentido positivo y la doctrina de la soberanía se coloca en una nueva posición de lucha, hasta que esta doctrina se transforma en absolutismo. Y cuanto más tiende a concentrarse el poder del príncipe, tanto más enérgicamente afirman sus adversarios su origen popular; en esta dialéctica del poder y la soberanía surgen distintas soberanías: una que corresponde al Estado y otra a la persona que representa el órgano supremo del mismo.

Se mezclan de este modo la doctrina de la soberanía popular con el principio moderno de que el Estado necesita un poder soberano,<sup>157</sup> pero órgano soberano en el Estado y Estado soberano son dos cosas enteramente distintas: “La teoría del origen humano del poder soberano del príncipe conduce desde Hobbes –que es el primero en dar a la soberanía del poder del Estado un carácter de hecho como Bodin– a la superación de la doctrina del Estado de la escuela del derecho natural sobre la teoría de la soberanía popular, a la que considera como fundamento originario del Estado y la Constitución”.<sup>158</sup>

156 *Ibid.*, p. 415.

157 *Ibid.*, p. 417.

158 *Ibid.*, p. 419.



[...] la doctrina de la soberanía en la época del derecho natural es errática: unas veces se trata de la doctrina que hace derivar el Estado del individuo, al que considera anterior, y, por tanto, jurídicamente –al menos para el derecho positivo– limitado. [...]. Esta doctrina considera como fuente del poder la suma de los individuos soberanos, reunidos mediante la asociación y desarrolla las tendencias, vivas ya en la Edad Media que buscan en la voluntad popular el origen del *imperium*. Además, una concepción suministrada por la doctrina del Estado de los ingleses, y que consiste en considerar que la comunidad popular es el Estado mismo, rodea de autoridad inmovible a la teoría de la soberanía popular como última base de todo poder del Estado.

Justamente la doctrina amparada por la autoridad de los canonistas, de las *civitas* o el *populos* (*coeto societatis*) como Estado –la cual fue transmitida por Aristóteles, Cicerón y los juristas romanos y ha sido la causa que ha impedido una clara concepción de las asociaciones públicas– había de convertir cada vez más a la equivalencia de pueblo y Estado. Si la época de Grocio y Hobbes, hasta Kant y Fichte, a desarrollar la doctrina del poder absoluto del príncipe y del pueblo se hubiese despojado de los supuestos del derecho natural y hubiese desarrollado un modelo consecuente la doctrina de la naturaleza corporativa del Estado, que tan enérgicamente defendieran, habrían podido reconocer en el pueblo, al que consideran como fuente indudable del poder, no como el pueblo previo al Estado, el cual se formaba por la unión de los individuos, sino que habrían considerado al Estado como el pueblo organizado. En una palabra: habrían conocido al Estado”.<sup>159</sup>

Por estas razones, el concepto moderno de soberanía del Estado en su forma absolutista es uno de los hechos históricos influyentes en el concepto moderno de Estado. La convicción práctica de que este es el que mantiene todo el poder público y por tanto, solo de él puede nacer el derecho al ejercicio de las funciones públicas procede de esa idea moderna del Estado. En consecuencia, la doctrina de la soberanía desde sus orígenes parece ser una teoría negativa cuyo fin consiste en que el Estado debe afirmarse a sí mismo. Pero al tomar como contenido positivo el carácter de poder del Estado, transforma los conceptos fundamentales del derecho público, y para los clásicos esta temática lleva a la unidad centralista del Estado.

Como resultado los efectos políticos de la doctrina positiva de la soberanía dan lugar a importantes cambios, y la teoría constitucional y la del

159 *Ibid.*, p. 420.

Contrato social moldean la vida del Estado según sus principios. Esto se reduce a la idea de que es necesaria la concentración del poder soberano en las manos de uno solo, en un territorio y sobre una población. En el siglo XIX y hasta la actualidad la concepción de la soberanía permanece oscura, pero se reconoce a la soberanía como atributo del poder del Estado, y este como un elemento del poder, lo que resta es comprender la naturaleza jurídica de la soberanía.

Para el efecto cabe reiterar que históricamente la soberanía ha significado la negación de toda subordinación del Estado frente a cualquier otro poder. El poder soberano del Estado es en consecuencia aquel que no reconoce ningún otro poder superior a sí mismo, por consiguiente, el poder supremo es independiente en relación con poderes externos e internos.

Además a la soberanía le es inherente una condición: designar un poder ilimitado, ilimitable y absoluto que nadie podría limitarlo, ni siquiera la propia soberanía. Recuérdese que la autolimitación para el derecho natural es inseparable del carácter de la soberanía, y si hay limitaciones para el Estado, estas limitaciones serán siempre reales o morales, pero jamás de naturaleza jurídica. Conforme ilustra Jellinek, Hobbes y Rousseau establecen a la soberanía como un concepto jurídico y el Estado que es quien la ejerce, jamás realiza todas sus posibilidades jurídicas, sin querer decir con ello que haya algo para él, que le sea jurídicamente imposible.<sup>160</sup> Este es el Estado de derecho sujeto a un ordenamiento jurídico y tal ordenamiento corresponde al derecho positivo.

Evidenciada la discrepancia respecto al contenido de la soberanía y el poder del Estado, también se deja en claro que las funciones de dominación ejecutadas por el Estado son consecuencia necesaria de la soberanía, y aunque históricamente aquello no siempre fue así, y al margen de que con el tiempo algunas competencias se hayan transferido a otros actores, la soberanía no se ha visto alterada. Desde otra perspectiva, si se considera que la soberanía no es la nota esencial del poder del Estado: ¿Cómo se entiende la indivisibilidad de aquella?, simplemente asumiendo

160 G. Jellinek, *op. cit.*, p. 434: "Si el Estado jurídicamente lo puede todo, podrá también suprimir el orden jurídico mismo, introducir la anarquía y hacerse a sí mismo imposible, y si un pensamiento de esta naturaleza ha de desecharse, se sigue de aquí que el Estado encuentra una limitación jurídica en la existencia de un orden determinado. Puede ciertamente, elegir el Estado la Constitución que ha de tener, pero habrá de tener necesariamente alguna. La anarquía es una posibilidad en el terreno de los hechos, pero no una posibilidad en el reino del derecho".



que la soberanía no es una categoría absoluta, sino una categoría histórica, y ello se constata observando que en determinadas épocas y espacios o territorios, la soberanía se ejerce con mayor o menor intensidad.<sup>161</sup>

En su momento en las colonias latinoamericanas del imperio español, la soberanía es ejercida dentro de los cánones vigentes en los virreinos y demás formas de jurisdicción territorial; con el advenimiento del Estado moderno las categorías que rigen son las establecidas por el estatuto constitucional y el ordenamiento construido a partir de la estrategia de los poderes fácticos y de los operadores políticos y jurídicos conductores del proceso republicano.

Proceso político que tiene sus propias especificidades y amerita ser contextualizado desde una perspectiva teórica, o teorías, cuyo advenimiento coincide con el afianzamiento del sistema capitalista por medio del dominio colonial. En el siglo XIX, para abordar el problema de la integración, la teoría evolucionista plantea un esquema de interpretación histórica en la que Occidente ocupa la posición más alta frente a las sociedades precapitalistas. La etapa del evolucionismo es históricamente el período de consolidación de la Revolución industrial en Europa, de las exploraciones y del escalonamiento del colonialismo moderno.

Este sistema moderno adquiere la representación del “progreso” y de la civilización; a partir de la noción central del progreso, el evolucionismo construye el esquema que intenta comprender la historia de la humanidad

161 Herbert Lionel Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 272-277, argumenta, que no hay manera de saber que soberanía tienen los Estados hasta que conocemos cuáles son las formas de derecho internacional y si ellas son o no meras formas vacías, y que buena parte de la controversia jurídica ha sido confusa por haber ignorado este principio, por lo que basándose en él es conveniente considerar las teorías “voluntarista” y de “auto-limitación” que han intentado reconciliar la soberanía “absoluta” de los Estados con la existencia de reglas obligatorias de derecho internacional, tratando a todas las obligaciones internacionales como auto-impuestas. Pero a la vez enfatiza que estas teorías no consiguen en absoluto explicar cómo los Estados solo “pueden” ser limitados por obligaciones auto-impuestas, o por qué ha de aceptarse esta noción de su soberanía previamente a todo examen del efectivo carácter del derecho internacional. En todo caso, insiste en que hay algo incoherente en el argumento dirigido a mostrar que los Estados en razón de su soberanía, solo pueden estar sometidos a reglas que ellos se han impuesto a sí mismos, tomando en cuenta que en algunas formas muy extremas de la teoría de la “auto-limitación”, los compromisos emergentes de tratados son considerados como meras declaraciones de la conducta que en el futuro se propone seguir el Estado signatario, y no cumplirlos no es considerado como violatorio de ninguna obligación [...] es la teoría simple de que la soberanía absoluta de los Estados es incompatible con obligaciones de cualquier tipo, de modo que, un Estado no puede obligarse a sí mismo”. Hart incrementa el debate sobre la soberanía del Estado, a partir del análisis del derecho internacional.

como un paulatino y triunfante camino en ascenso (progresismo), desde lo primitivo a lo más avanzado en el nivel social y económico, además, asume la evolución del sistema político-jurídico:

El modelo evolucionista más acabado puede ser considerado el de Morgan: propone tres estadios de desarrollo que van del salvajismo, a la barbarie y concluye con la civilización; en cada uno de ellos ubica tres fases: inferior, media y superior. De tal forma que todas las sociedades son incluidas convenientemente de acuerdo con ciertos criterios e indicadores, y, la sociedad europea de la época y en general las sociedades capitalistas son ubicadas en el estadio de la “civilización”.<sup>162</sup>

### *Del orden colonial y el capitalismo*

Basándose en esta teoría evolucionista Occidente define lo que será considerado como su deber histórico y moral: conducir a las demás sociedades pre-capitalistas (África, Asia y América Latina) por la escala evolutiva hacia la civilización.<sup>163</sup> De esta manera la expansión colonial encuentra su justificación, argumentando que se trata de un proceso necesario y conveniente que intenta difundir los progresos de la civilización. En este sentido, el evolucionismo justifica la expansión colonial en función del “progreso continuo” cuyo punto culminante es la sociedad capitalista, pero no aporta el cómo, es decir un enfoque teórico-práctico-jurídico del proceso de integración y de cómo debe gobernarse a las sociedades no capitalistas.

En ese momento aparece la teoría funcionalista que se concentra en el estudio sincrónico de las sociedades pre-capitalistas concretas, con el fin específico de proporcionar a los administradores coloniales los elementos para el gobierno de las colonias. Estudia el funcionamiento de las sociedades o funciones que le corresponde a cada aspecto del sistema, en el todo. O lo que es lo mismo, las funciones de las modernas instituciones capitalistas que suplantam a las anteriores y realizan los roles sociales similares, evitando las perturbaciones críticas, los desajustes y desequilibrios que devinieron en rebeliones contra el colonizador<sup>164</sup> y el poder imperial.

162 H. Díaz-Polanco, *El canon Snorri...*, p. 119.

163 *Ibid.*, p. 119.

164 *Ibid.*, p. 120-121. H. Díaz-Polanco resume que: “El funcionalismo (tal como lo concibió y puso en práctica Malinowski) intentaba sentar las bases para el cambio de los grupos ‘primitivos’ y precapitalistas en general, garantizando al mismo tiempo que la integración no provocara serios desajustes sociales o culturales, caldo de cultivo de las rebeliones o



Una tendencia contraria a los propósitos integracionistas rechaza el esquema del (evolucionismo) que sitúa a los diversos sistemas culturales en una escala, en términos de inferiores y superiores, primitivos y desarrollados,<sup>165</sup> civilización o barbarie. Para la escuela del culturalismo norteamericano liderado por Franz Boas, existen culturas diferentes, pero no superiores e inferiores. Por su parte los relativistas sostienen que concebir lo diferente como inferior (del modo en que lo plantean los evolucionistas) es caer en el más reprobable etnocentrismo. Para resolver el problema, el relativismo cultural plantea el principio de aculturación, o proceso de aculturación que implica respetar las culturas autóctonas permitiéndoles un desarrollo propio, pero con la secreta esperanza de que tal respeto conduzca a los indígenas, en todo caso, al abandono de sus sistemas y a la incorporación final en el sistema dominante. Esto supone que el relativismo plantee más subrepticamente un etnocentrismo en forma solapada y que se expresa en la aculturación.<sup>166</sup> Lo propio sucede con la antropología aplicada,<sup>167</sup> estructurada para cumplir los fines conforme a los designios del norte industrializado y concretada en gran parte del siglo XX. La referencia al proceso asimilacionista permite ver cómo el Estado integra a los pueblos indígenas en función de consolidar su soberanía territorial,

---

revueltas contra la sociedad integradora. Ello no requería de las reconstrucciones históricas de lo pasado, sino concentrarse en la naturaleza funcional de las sociedades actuales, a fin de planificar lo futuro, que no era otro que la incorporación de tales sistemas precapitalistas a la órbita occidental-capitalista en expansión. De ahí que el capitalismo inaugure el estudio de la comunidad y el trabajo de campo, con observación participante, tal y como conocen y practican aún en la antropología social”.

165 Sobre estas dicotomías excluyentes como “civilización o barbarie”, siguiendo a Martín Hopenhayn y Álvaro Bello, *Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe*, Santiago, CEPAL, 2001, p. 10, “[e]s frecuente encontrar discursos esencialistas o autoritarios, para quienes la influencia externa adquirió el rostro de la decadencia moral o la potencial corrupción del *ethos* nacional. En el extremo opuesto el propio “criollo” latinoamericano ha negado al otro de adentro (al indio, al mestizo) identificándose de forma emuladora con lo europeo o norteamericano, o bien definiendo el *ethos* nacional a partir de un ideal europeo ilustrado, frente al cual las culturas étnicas locales quedaron rotuladas con el estigma del rezago o la barbarie”.

166 M. Hopenhayn y Á. Bello, *op. cit.*, p. 10, señalan que: “La aculturación. Culturización’ o integración simbólica ha operado como relevo moderno de la evangelización, pero con otros fines: la negación del valor específico de la cultura o identidad propia de los grupos indígenas, y el intento organizado a quitarles su propio universo simbólico para disciplinarlos en el trabajo productivo, la ideología del Estado-nación, el espíritu racionalista y el uso de una lengua europea. Si antes habían sido desvalorizados por precristianos, más tarde lo fueron por preracionales y premodernos y considerados salvajes, haraganes, indolentes, impulsivos, negligentes, brutos, supersticiosos y disolutos. Las taxonomías naturalistas de la ilustración de fines del siglo XVIII sirvieron de base para esta nueva jerarquía donde negros e indígenas aparecían condenados por la naturaleza”.

167 H. Díaz-Polanco, *El canon Snorri...*, p. 122.

en los términos de la dominación cultural propia de la nueva etapa republicana (estatalista).

En adelante se plantea resolver el problema diferenciando lo cultural como una esfera específica del sistema social. Lo que plantea la posibilidad de provocar transformaciones estructurales en las sociedades que se desea integrar, sin que ello implique la destrucción de los sistemas culturales o las singularidades de los grupos indígenas. Conforme a Díaz-Polanco, la cuestión se transforma entonces en integración, sin destrucción de las especificidades culturales. Posteriormente, el multiculturalismo conservador fortalece esta postura.<sup>168</sup>

Retomando el tema, la expansión europea en América Latina plantea la cuestión de la integración de las sociedades prehispánicas y que muestran una gran diversidad sociocultural, desde grupos de cazadores y recolectores, hasta sociedades asentadas sobre complejos agrícolas con sistemas de riego, y que habían desarrollado concentraciones urbanas complejas. En consecuencia, la política que rige la asimilación de las sociedades latinoamericanas –indígenas– varía conforme a las diversas etapas históricas, y después de la independencia con énfasis de la segunda mitad del siglo XIX, las concepciones que sobre estos temas se desarrollan en Europa y EUA influyen sobre el tratamiento y soluciones que se proponen para el “problema” indígena, por ejemplo:

La política indigenista de segregación; la política indigenista incorporativa; la política de integración que prácticamente arranca después de la Revolución mexicana de principios del siglo XX, que tiende a corregir las ideas etnocéntricas e introduce un elemento de justicia social en la política indígena, siguiendo a Aguirre Beltrán: “integración de los indios a la sociedad nacional, realizada respetando los valores de sus culturas y su dignidad de hombres”.<sup>169</sup>

En el marco contextual descrito, la soberanía, actualizada conceptualmente reconoce al Estado atribuciones para adoptar decisiones definitivas con fuerza vinculante para que se ejecuten. Es decir, tiene preeminencia o supremacía sobre otras instituciones y esas potestades de gobierno que conlleva se expresan en la teoría del Estado, a través de los complejos conceptos de soberanía y poder del Estado, que concordando con Sassen,

168 *Ibid.*, p. 124.

169 *Ibid.*



son complejos desde su origen en el Medioevo,<sup>170</sup> etapa histórica en la que se vive una fragmentación de poderes y que es superada por la concentración de la autoridad en el monarca.<sup>171</sup> En la sociedad moderna la soberanía del Estado se expresa fundamentalmente en sus funciones de defensa y aseguramiento de la paz externa, cuando el Estado es independiente de otros Estados dentro de los límites de su territorio y cuando determina su propios asuntos, en virtud de un orden competencial establecido por él mismo y para cumplirlo en el ámbito de su jurisdicción territorial, la soberanía externa deriva del principio del Estado territorial.

La soberanía interior está dada porque el Estado tiene atribuido el poder decisorio último y el máximo poder ejecutivo dentro de su jurisdicción territorial. El concepto soberanía interna se relaciona estrechamente con el concepto poder legislativo. Recuérdese que según Bodin,<sup>172</sup> la característica principal de la soberanía “radica en el poder supremo de dictar leyes para todos y cada uno”, bajo el mismo enfoque Locke sostiene que: “siempre y en todo caso, el poder legislativo es el poder supremo [...] poder soberano”, es decir:

[...] dictar leyes para todos los miembros de la sociedad en conjunto y separadamente, señalando con esas leyes las normas por las que han de regirse en sus actos y que otorgan poder para obligar a cumplirlas cuando alguien falta a ellas, por fuerza tendrá que ser poder supremo el legislativo, y por fuerza todos los demás poderes confiados a miembros o a partes de la sociedad tendrán que derivarse de aquel y estar subordinados.<sup>173</sup>

Y la indivisible soberanía del Estado frente al exterior solo queda cuestionada respecto a los Estados divididos territorialmente, y la única forma de que los Estados vivan en paz es mediante la renuncia recíproca de soberanía y que se pone de manifiesto cuando se aceptan las re-

170 S. Sassen, *El Estado...*, p. 109-110: “El concepto de soberanía que resultaría fundamental para la existencia del Estado nacional se vio posibilitado por el presunto carácter divino del monarca, otra forma difusa de autoridad. La noción compleja y abstracta de autoridad legítima detenida por el soberano del Estado territorial no representa una innovación radical propia del orden feudal. Su formación se alimenta de múltiples capacidades medievales, desde la noción de autoridad divina hasta los sistemas jurídicos seculares y constitucionales que nacen las ciudades del siglo XI y XII [...] el concepto de autoridad soberana introduce cierto grado de abstracción a la materialidad del poder del soberano”.

171 *Ibid.*, p. 57-86.

172 J. Bodin, *op. cit.*, p. 11.

173 J. Locke, *op. cit.*, p. 114. Locke, con respecto a la soberanía que la ejerce el poder legislativo, prácticamente asume la tesis de Bodin.

glas del derecho internacional, limitativas de la política exterior de los Estados territoriales.

Frente a ello existe la teoría del pluralismo, cuyo contenido esencial enfatiza que la sociedad moderna tiene como característica un equilibrio de fuerzas entre las organizaciones políticas y sociales, en consecuencia la política es el resultado de negociaciones entre instituciones públicas y otros grupos de índole diversa. Cuando esto no es posible en el marco de la idea del Estado soberano, se originan expectativas imposibles de cumplir por la política. Esta es una constatación en los Estados latinoamericanos y andino-amazónicos en particular, cuando los pueblos indígenas reivindican derechos como la restitución total de sus territorios ancestrales, el Estado considera inviables, sea por el gran tamaño de aquellos o porque el Estado los ha declarado estratégicos para la conservación, o para extracción de recursos naturales no renovables.

El debate sobre la soberanía continúa, al margen de que el concepto explícitamente se refiere al poder estatal y con ello el ejercicio del poder que conlleva. Además, porque la dominación y la autoridad estando concentradas en el poder del Estado no han podido ejercerlo con independencia de las fuerzas sociales. En la nueva ciencia social este hecho se plantea como problema de la capacidad estatal de dirección o control político. Lo que se cuestiona en el presente contexto es si el reconocimiento de la institución del Estado ofrece los fundamentos normativos, para que las decisiones de los representantes y de los titulares de los cargos públicos tengan prevalencia frente a las decisiones de otros grupos políticos o de los movimientos sociales. Tomando en cuenta el enfoque actual de Benz:

La soberanía no equivale, pues, a poder estatal absoluto, aludiendo más bien al derecho del Estado a dictar leyes vinculantes, con primacía sobre otras normas sociales, y a exigir su cumplimiento. Incluso la soberanía institucional así entendida no está libre de barreras, pues se encuentra limitada por los derechos humanos, el derecho internacional y las normas constitucionales; con la finalidad de garantizar la función de mantenimiento de la paz interior en una sociedad, incluye no obstante, el derecho de decisión final en conflictos políticos, siempre en un ámbito competencial definido por un territorio y una ciudadanía.<sup>174</sup>

En consecuencia, el ejercicio legítimo de la soberanía ha de someterse a ciertas reglas para evitar que la autoridad legítima se convierta en mero

174 A. Benz, *op. cit.*, p. 181.



poder. Pero con ello no podría hablarse ya de una soberanía incondicionada u originaria. Siguiendo a Benz: “El poder del Estado es poder constituido. Deriva de sí mismo, en concreto del poder constituyente [...] Dentro del Estado constitucional no existe ningún soberano”.<sup>175</sup>

### *Poder estatal*

El derecho colectivo indígena al territorio (derecho territorial) en el marco de la dialéctica referida implica abordar el concepto “poder estatal” y su carácter coercitivo. El Estado protege su territorio y sus habitantes mediante la aplicación legítima de la amenaza de la fuerza –tal cual lo refiere Weber– frente a potenciales intrusiones externas o subversión interna. Los conflictos entre grupos sociales son controlados coercitivamente y cuando se trata de pretensiones territoriales indígenas, no solo las niega sino además las sanciona por considerarlas ilegales y atentatorias a la integridad territorial y soberanía del Estado. En consecuencia deslegitima a quienes plantean el reconocimiento de la plurinacionalidad y la pluriterritorialidad.

Para elucidar este hecho cabe referir el enfoque filosófico-político foucaultiano respecto a la soberanía y la territorialidad, cuando trata sobre el moderno sistema de poder fundado y desarrollado mediante la dominación territorial y autonomía de las grandes organizaciones y mecanismos de poder territoriales que se concretan a partir del feudalismo:

La integración a los mecanismos centrales de poder, mejor, la inversión que llevó a convertirse en el problema primordial –por encima incluso del territorio. Problema cuya respuesta requirió nuevos mecanismos de poder y su forma debe encontrarse en los mecanismos de seguridad. En el fondo hubo de conciliar la existencia del espacio (ciudad, territorio) y la legitimidad de la soberanía. ¿Cómo ejercer la soberanía sobre la jurisdicción espacial (ciudad, territorio)?<sup>176</sup>

Foucault en principio parte por considerar que todo gira en torno a la *circulación*, entendida en un sentido amplio como desplazamiento, intercambio, contacto, forma de dispersión y también de distribución de poder en el territorio. De ahí que el problema radica en establecer: ¿Cómo deben circular o no circular las cosas? y las personas. Si el problema tradicional

175 *Ibid.*, p. 180. La tesis referida la asume de Kriele Martin, *Einführung in die Staatslehre, Opladen*: Westdeutscher Verlag, 4a. ed., 1990, p. 87, y 111-113.

176 M. Foucault, *Seguridad...*, p. 85.

de la soberanía y por tanto del poder político ligado a la forma de soberanía, es hasta entonces conquistar nuevos territorios, o al contrario, conservar el territorio conquistado. El problema se expresa en: ¿Cómo hacer para que “la cosa” no se mueva o para avanzar sin que se mueva? ¿Cómo marcar territorio, cómo fijarlo, cómo protegerlo o ampliarlo? Se trata de la seguridad del territorio o seguridad del soberano que (reina) gobierna sobre este, poco importa la legitimidad o ilegitimidad del poder. La *seguridad* es el problema del soberano en la realidad de su poder territorial, se trata del problema político de la soberanía.<sup>177</sup>

Otro factor fundamental que enfatiza Foucault tiene que ver con la población, sus fenómenos y proceso propios. Esto desde el interés del poder (del soberano) se centra en el mecanismo denominado panóptico, es decir: de poner en el centro a alguien, un ojo, una mirada, un principio de vigilancia que pueda de alguna manera hacer actuar su soberanía sobre todos los individuos situados dentro de esta máquina de poder. Se trata de colocar en juego la relación colectivo/individuo, totalidad del cuerpo social/fragmentación elemental, que es otra manera de actuar sobre la población. Un aspecto relevante de la tesis foucaultiana es que el gobierno de las poblaciones (en el territorio), es algo completamente diferente del ejercicio de una soberanía hasta el grado más fino de los comportamientos individuales. Y esta constituye la entrada de un personaje político, absolutamente nuevo, que hasta el siglo XVIII no había existido, no se lo había percibido ni reconocido, y es la población.<sup>178</sup>

### **Población (elemento sociológico del Estado)**

Una condición fundamental para que el monarca o “soberano” fuera poderoso es que debía reinar en un territorio extenso y poseer grandes tesoros. Otra condición relevante y estratégica es la existencia de la población, considerando tres aspectos importantes:

[...] que sea numerosa y susceptible de figurar en el blasón del poderío del soberano, ello implicaba disponer de cuantiosas tropas, y con dos condiciones adicionales; que fuese obediente y estuviera animada por un celo, una afición al trabajo; lo que permitía al soberano ser efectivamente poderoso, es decir: obedecido y rico al mismo tiempo. Así es como la po-

177 *Ibid.*, p. 85-86.

178 M. Foucault, *Seguridad...*, p. 87.



blación se proyecta en el Estado moderno y entra a la dinámica del poder del Estado y del soberano.<sup>179</sup>

La manera convencional de concebir a la población como un elemento más del Estado se rompe cuando se constituye en un elemento que condiciona a los otros: territorio y soberanía; porque suministra brazos para la agricultura garantizando abundantes cosechas de granos a bajos precios. Provee fuerza de trabajo para las manufacturas y ello da lugar a menos importaciones que deben pagarse en buena moneda, oro o plata, a los países vendedores. La población es primordial porque constituye mano de obra disponible y barata, produce mercancías a bajos precios y en mayores cantidades para la exportación. Todo ello deviene en una nueva garantía del poder, y en un nuevo principio para el poderío mismo del Estado.<sup>180</sup>

El paso del “arte de gobernar” propio de la etapa pre-moderna, a una “ciencia política” como insumo del ejercicio gubernamental y de un régimen dominado por las estructuras de soberanía a un régimen dominado por las técnicas del gobierno, se da en torno a la población y al nacimiento de la economía política.<sup>181</sup> A partir de entonces el problema de la soberanía radica en no deducir más de la teoría de la soberanía un “arte de gobernar”, más aún cuando se consolida un orden normativo e institucional que legitima la soberanía del Estado moderno, en términos de mayor sofisticación jurídico-constitucional y gubernamentativa. El enfoque foucaultiano permite comprender el suceso histórico, no como el reemplazo de una sociedad de soberanía por una sociedad de disciplina y, posteriormente, de una sociedad de disciplina por una sociedad de gobierno. De hecho se está ante el triángulo soberanía-disciplina-gestión gubernamental, y el blanco principal de la gestión es la “población” y sus mecanismos esenciales son los dispositivos de seguridad. Este enfoque teórico permite observar el lazo histórico entre el movimiento que hace vacilar las constantes de la soberanía, detrás del problema primordial, el “ejercicio del poder sobre la población”:

[...] las buenas elecciones de gobierno; el movimiento que pone de relieve a la población como un dato, como un campo de intervención; el fin de las técnicas de gobierno; el movimiento que aísla a la economía como do-

179 *Ibid.*, p. 90.

180 *Ibid.*, p. 90-91.

181 *Ibid.*, p. 133.

minio específico de realidad y la economía política a la vez como ciencia y como técnica de intervención del gobierno en ese campo de realidad. Estos tres movimientos: gobierno, población, economía política, constituyen a partir del siglo XVIII en adelante, una serie sólida que, sin duda, ni siquiera hoy está disociada.<sup>182</sup>

Reiterando que el Estado tiene elementos constitutivos básicos: territorio, población, y la soberanía en cuanto poder estatal, es poder jurídico; ello significa que además de actuar como poder en sentido técnico-jurídico, vale como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad. La legitimidad moral de su pretensión de máximo poder coactivo no puede ser fundamentada con la mera remisión al carácter necesario de su función social. Esta función social hace comprensible y explica por qué existe el Estado como institución, pero no puede justificar por qué un Estado concreto debe existir. Toda explicación se refiere al pasado y toda justificación al futuro, alerta Heller, y para explicar el caso pone como ejemplo el hecho de que si Federico Engels acepta que el Estado es una necesidad histórico-social en la sociedad dividida en clases, a la vez combate la legitimidad de ese “instrumento de explotación”,<sup>183</sup> y fundamenta porque no debería existir.

El debate sobre el tema continúa y el propio Heller anticipa que: “la consagración del Estado únicamente se hace posible relacionando la función estatal con la función jurídica. Así como el Estado solo se puede explicar por la totalidad de nuestro ser social, del mismo modo solo se le puede justificar por la totalidad de un ser aceptado por nuestra conciencia moral”.<sup>184</sup> Desde este enfoque la población es el contenido esencial de la sociedad política y engloba la idea de pueblo. El pueblo como formación cultural no se reduce a un concepto unívoco y tampoco desempeña un rol de importancia en las edades Antigua y Media. Hacia el siglo XIX tampoco existe una teoría ni una práctica política construida de modo consciente sobre la peculiaridad cultural del pueblo (de la población).<sup>185</sup>

Weber<sup>186</sup> al referirse a la “pertenencia a una raza” asume que es la posesión real de las mismas disposiciones, heredadas y transmisibles por he-

182 *Ibid.*, p. 135.

183 H. Heller, *op. cit.*, p. 235.

184 *Ibid.*, p. 236.

185 *Ibid.*, p. 174.

186 M. Weber, *op. cit.*, p. 315.



rencia, y que descansan en un origen común. A la vez explica la compleja problemática de la acción comunitaria si se toma como fuente la pertenencia a una raza, y que conduce a una comunidad, solo cuando es sentida subjetivamente como una nota característica común; y esto ocurre cuando la vecindad o vinculación local de individuos de distinta raza va unida a una actuación común cualquiera (generalmente política) o, al revés, cuando cualquier destino común de los racialmente homogéneos va unido a alguna oposición patente respecto a otras gentes.

En un sentido más específico Jellinek<sup>187</sup> sostiene que los hombres que pertenecen a un Estado forman en su totalidad la población del mismo y al igual que el territorio, el pueblo tiene una doble función: como elemento del Estado y como sujeto del poder público. Entonces existe el pueblo en su aspecto subjetivo, y en otro sentido, el pueblo es objeto de la actividad del Estado. Las dos cualidades han sido diferenciadas basándose en la teoría moderna de la soberanía, y posteriormente las doctrinas que superaron el derecho natural reconocieron al pueblo como un elemento del Estado. En definitiva, una pluralidad de hombres sometidos a una autoridad común, que no llegue a poseer la cualidad subjetiva de un pueblo, no constituye un Estado, porque le faltaría ese elemento que hace de la pluralidad una unidad. Con base en esta visión Jellinek reitera lo que Aristóteles discurrió en su época: “solo entre hombres libres es posible un derecho en el sentido político, y sin este derecho no hay Estado”.

## Estado y plurinacionalidad

Campi, argumenta que los términos “nación” y “sentimiento nacional” evolucionan pasando por los modelos: nación estatal, nación cultural y nación política. Su análisis permite ver que en cada etapa de la historia se construye un concepto de nación y de sentimiento nacional.<sup>188</sup> Por ahora se trata aquella en la que se delimita el ámbito geográfico y territorial.

Al momento de erigirse el Estado moderno con base en la acción de sus aparatos administrativos y culturales, construye un espacio social y culturalmente homogéneo sobre el cual refleja su propia autoridad y a tra-

187 G. Jellinek, *op. cit.*, p. 378.

188 A. Campi, *op. cit.*, p. 93-95.

vés de ella legitima su autonomía frente al poder eclesiástico y ante los demás Estados: “De otro modo, sin una base ‘nacional’ sobre la cual proyectar la propia voluntad, el Estado sería como una cabeza sin cuerpo, una abstracción carente de determinación histórica”.<sup>189</sup>

La búsqueda de un sentimiento de pertenencia nacional y de continuidad histórica inducido desde el poder, representa una necesidad funcional para el cuerpo político del Estado, pero en América Latina lo que prima es la heterogeneidad, la diversidad cultural, es decir la plurinacionalidad, en consecuencia desde su origen el Estado moderno latinoamericano enfrenta una realidad histórica caracterizada por un intrínseco dinamismo, por una trama compleja de jerarquías sociales y poderes tradicionales con identidad cultural que se resisten a la integración *uniculturalista*.

Se hace referencia a estas nociones para fundamentar que a partir de la modernidad el conocimiento científico (racionalidad cognitivo-instrumental) le asigna al derecho el carácter positivista, y que es concomitante a la fase de formulación y construcción del Estado moderno; así entra el Estado en la lógica de la regulación, del control y la normalización impuesta por la racionalidad del positivismo jurídico. El Estado asume el monopolio de la producción normativa, de tal manera que la ley es formalmente válida y sirve además para legitimar al Estado en la fase del desarrollo económico ligada necesariamente a la división de la sociedad en clases; y fue esta división de la sociedad en clases antagónicas la que hizo del Estado una necesidad.<sup>190</sup>

El Estado moderno (Estado-nación) frente a la diversidad étnica existente en América Latina implanta la política de integración indígena y homogeneización cultural. El debate sobre la diversidad étnica está planteado desde inicios del siglo XVIII y se expresa a través de dos grandes corrientes: por una parte, la emergida a partir del pensamiento ilustrado encontró soporte en la Revolución francesa, y opone a cualquier identidad particular un enfoque fuertemente universalista; y, por otra, la del movimiento relativista fundado en el pensamiento romántico e historicista ale-

189 *Ibid.*, p. 101.

190 Friedrich Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, Alianza, 2008, p. 316-317. A la luz del materialismo histórico el Estado no ha existido eternamente, pero: “Al llegar a cierta fase del desarrollo de la producción la existencia de estas clases no solo deja de ser una necesidad, sino que se convierte en un obstáculo directo para la producción. Las clases desaparecerán de un modo tan inevitable como surgieron en su día. Con la desaparición de las clases desaparecerá inevitablemente el Estado [...]”.



mán de esa época, que reivindica el valor de la identidad étnica y nacional, y a la vez denuncia la artificialidad y los inconvenientes del universalismo racionalista.<sup>191</sup> El análisis de Díaz-Polanco ilustra sobre las diferencias de los enfoques racionalista y relativista, y servirá de base para un debate teórico ulterior.

En principio corresponde señalar que es Kant paradójicamente quien hace la formulación racionalista acerca de la polaridad absoluta de lo universal (racional) sobre lo particular (identidad). En consecuencia razón e identidad emergen como términos polémicos y antitéticos que dan contenido al debate que toma fuerza en la actualidad. La tesis kantiana parte del iluminismo y enfatiza la racionalidad de los individuos y la soberanía popular como fundamento de la organización política. Kant convierte estas ideas seminales en un núcleo de su sistema: la autodeterminación de la voluntad como “principio supremo de la moralidad” y como piedra angular de la organización civil de la sociedad, asentada en el individuo como “auto-legislador”.<sup>192</sup>

El enfoque relativista o particularista de la cultura presentado por Herder<sup>193</sup> rechaza la universalidad del racionalismo y reivindica la tradición, el conjunto de configuraciones culturales cuya característica respectiva es su especificidad, su particularidad irreductible. Desde esta perspectiva, no es posible someter a principios racionales únicos sistemas culturales que son específicos y originales, y expresan matrices que tiene una peculiar conformación histórica. De todo ello surge otra perspectiva de construir sociedades nacionales.<sup>194</sup>

191 Héctor Díaz-Polanco, *Indigenismo y diversidad cultural*, México DF, UACM, 2003, p. 35.

192 *Ibid.*, p. 36.

193 José María del Olmo Gutiérrez, *Ill-reich: El experimento nacional-socialista alemán*, Madrid, Éride, 2010, p. 73, «[www.casadellibro.com/libro-iii-reich-el-experimento-nacional-socialista-aleman/9788415160090/1817259](http://www.casadellibro.com/libro-iii-reich-el-experimento-nacional-socialista-aleman/9788415160090/1817259)». Consulta: 8 de julio de 2012. Sostiene que “Herder reinterpreta la idea de progreso, y lo redefine de una forma singular. No entiende el progreso humano como algo aislado, sino que engloba a la naturaleza. Es parte del conjunto del Cosmos y de la Tierra y la historia humana se proyecta antes en una historia prehumana y después en una historia poshumana, con la idea de superhombres. No solamente la historia humana está dentro de la historia del Cosmos, sino que es el elemento central entre toda la historia. Todo se encuentra en un desarrollo permanente. Herder, aunque no es nacionalista, va a dar un papel esencial a las naciones dentro de su obra, ya que cada una tiene un espíritu propio, el espíritu del pueblo (*volksgeist*) y es diferente para cada nación. Herder lo define como las fuerzas creativas que habitan inconscientes en cada pueblo y se manifiestan en creaciones propias de cada pueblo, sobre todo la lengua, pero también la poesía, la historia o el derecho. Esto va contracorriente ya que en la Ilustración se dice que todos los hombres son iguales”.

194 H. Díaz-Polanco, *Indigenismo...*, p. 37.

Desde este enfoque teórico es un gravísimo error construir unidades políticas partiendo de principios meramente racionales, y que por el contrario estas unidades deben constituirse respetando las unidades culturales, en otras palabras, conforme a esta visión del mundo y de la política a cada cultura le corresponde un Estado.

De lo expuesto, se asume a la diversidad como un problema y superar la heterogeneidad étnica implica integrar los pueblos indígenas a la “nación”,<sup>195</sup> a la “cultura nacional”, hasta que dejen de ser lo que son y abandonen sus sistemas socioculturales renunciando a su identidad étnica. Esta es la base del *integracionismo* o teoría y práctica de *asimilación* de los pueblos indígenas al Estado-nacional y a la “sociedad nacional”. Lo que sucedió en la práctica es que se impuso la “nación política” antes que la “nación cultural”, y los límites de aquella no respetaron las fronteras étnicas ni las identidades históricamente conformadas; este es el fenómeno que generó los conflictos étnico-nacionales que perduran hasta la actualidad.

El Estado moderno en América Latina emerge con una contradicción intrínseca:<sup>196</sup> la diversidad sociocultural y siendo Estado heterogéneo,<sup>197</sup> su política fundamental es construir la homogeneidad en un medio que no es inerte, y donde los grupos subordinados con identidades propias se resisten y reivindican demandas pluralistas y autonómicas, que al no tener respuesta agudizan el conflicto étnico “nacional”.

195 Ver A. Campi, *op. cit.*, p. 93-95, cuyo concepto de nación no difiere del desarrollado por Jellinek y que consta en acápites anteriores, pero es útil para ampliar el contenido político de las nociones “Estado nacional” y “Sociedad nacional”.

196 S. Sassen, *El Estado...*, p. 116, enfática afirma que: “fue el desarrollo de la autoridad territorial parte de la construcción de los Estados nacionales y el capitalismo nacional. Con el surgimiento del Estado como principal actor económico capaz de articular las operaciones globales, también se vio fortalecida la autoridad territorial, que a su vez resultaría crítica para el desarrollo de una esfera pública nacional centrada en el capital comercial”.

197 Rodolfo Stavenhagen, “Cultura y sociedad en América Latina: Una revalorización”, en *Estudios Sociológicos*, vol. 4, No. 12, México DF, ECM, septiembre-diciembre, 1986, p. 448, señala que: “[...] el Estado-nación boga por una cultura nacional, y ello implicaba para las élites del poder disponer de una nación para legitimar el poder político, y en cuyo nombre pudieran legitimar el poder que habían obtenido; la construcción nacional para no ser presas de las ambiciones expansionistas e imperialistas de británicos, franceses y norteamericanos; desarrollo de la conciencia nacional, y con ello de la cultura nacional como cuestión imperativa para la construcción del aparato del Estado (administración pública) y de la economía nacional (desarrollo económico)”. Ciertamente esta forma de ver el hecho por parte de las élites intelectuales y políticas genera una contradicción, porque el concepto ‘cultura nacional’ choca con una realidad de estructuras sociales y económicas fragmentadas, desintegradas y con una población altamente diferenciada en términos étnicos y culturales que no encaja con la utopía liberal homogeneizadora.



El esquema ideológico anti-indígena de los nuevos gobernantes en la América que se independiza, se sustenta en el contenido teórico-político positivista y evolucionista extraído por el liberalismo criollo del pensamiento europeo en boga (optimismo racionalista del Siglo de las Luces), y que en el siglo XIX deviene en la racionalidad cognitivo-instrumental: económica, sociológica, jurídica y antropológica evolucionista de corte unilineal, empeñada en definir las leyes necesarias del “progreso humano”. El modelo jurídico-político de Estado aún en ciernes asume que mientras las sociedades llamadas primitivas representan etapas de “salvajismo” o a lo sumo de “barbarie”, el sistema capitalista occidental es la última fase del desarrollo humano, es decir, de la civilización.<sup>198</sup>

No les fue difícil asimilar las etnias indígenas de América Latina a esos estadios anteriores a la “civilización”. Si la historia expresa un desenvolvimiento racional y sujeto a leyes capaz de manifestar un homogéneo, impecable y necesario progreso humano (y no se duda que así fuera) todas las sociedades –y en este caso también las indígenas– deben tender hacia el mismo punto de desarrollo, hacia la civilización occidental que casi todos los dirigentes de los Estados en formación adoptan como patrón deseable.<sup>199</sup>

De tal forma, los patrones socioculturales de las etnias son considerados como expresión de atraso y no es extraño que los gobiernos liberales y aún de signo ideológico diferente, pongan en práctica una política tendiente a incluir a los indígenas en la vida “nacional”, despojándolos de sus particularidades culturales para asimilarlos a una identidad diferente desde enfoques etnocentristas.<sup>200</sup>

Hacia 1830 hay evidencia de que se dividía a la población en: propietarios terratenientes y artesanos entre los que se ubicaba a los “mestizos” y obreros, y al final de la escala figuran los indígenas. Se podría afirmar entonces que en este período se inicia la vinculación de dos componentes de la construcción de la etnicidad: el criterio racial, como constructor social dada la ambigüedad que implicaba después de más de tres siglos de mestizaje biológico y cultural, y el criterio fundado en la categorización por clase social.

198 H. Díaz-Polanco, *Autonomía regional...*, p. 88.

199 Ibid.

200 Ver E. Leff, *Saber ambiental...*; B. de Sousa Santos, *Crítica...*; H. Díaz-Polanco, *Indigenismo...*; P. Ortiz Tirado y A. Chirif, *¿Podemos ser autónomos?...?*; E. Dussel, *El encubrimiento...*; Fernando Mires, *El discurso de la indignidad: La cuestión indígena en América Latina*, Cayambe, A-Y, 1992; A. Burguete Cal y Mayor, *op. cit.*; Lourdes Tibán, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Fundación Hanns Seidel (FHS), 2010.

Paralelamente, estas diferencias estaban directamente vinculadas con la división del trabajo, es decir, que a cada raza le correspondía una actividad económica específica, o más precisamente una clase. Al presentar los datos relativos a las categorías socio profesionales, el censo establece que prácticamente la totalidad de la población indígena se dedicaba a la agricultura, bajo el denominativo de “labrador” o “jornalero”, mientras que a los blancos que se dedicaban a esta actividad se los denominó “propietarios”. Por tanto, ser indígena empezará a significar, cada vez de manera más neta, ser campesino.<sup>201</sup>

La política indigenista del incipiente Estado liberal es *integracionista* y en consecuencia *etnocida*. No trata de negar cualquier autonomía a las etnias sobrevivientes, sino la posibilidad misma de su existencia, niega la validez y viabilidad de los sistemas de identidad indígenas, y la política para dar solución al “problema de los indios” es ordenar su desaparición como identidades diferenciadas, eliminando cualquier fuero de privilegio dadas sus condiciones de mayor vulnerabilidad.<sup>202</sup> En el marco jurídico-político se establece la categoría de ciudadano y el principio de igualdad ante la ley, es decir, se trata de desaparecer al “indio” para que solamente existan “ciudadanos” genéricos, sin especificidad cultural originaria; una forma de desaparecerlos es la aculturación.

A nivel socioeconómico las políticas liberales tienen un efecto devastador, porque obliga a las comunidades indígenas a adoptar los principios de la libre competencia, a priorizar la ganancia y defender la propiedad privada. Ello exige la modificación de la base de sustentación comunitaria y lo que es más, se promueve la privatización de las tierras que poseen en comunidad, porque para el naciente liberalismo la “comunidad” es una corporación civil que obstaculiza el libre flujo de la propiedad individual, y tal cual se proclamó con la Revolución francesa (1789) en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 17), la propiedad tiene el carácter de sagrada.

Pero este proceso corresponde a la lógica y racionalidad cognitivo-instrumental que impone la ecuación conocimiento-poder-derecho; ejes sobre

201 CEPAL, *op. cit.*, p. 15.

202 Posteriormente eso cambia, y en Ecuador por ejemplo a partir de 1998 la Constitución reconoce derechos a estos sectores sociales en mayor grado de vulnerabilidad y el Estado desarrolla políticas *neoindigenistas* como la implementación de la educación intercultural bilingüe, la representación política, el reconocimiento del pluralismo jurídico etc. Por su parte los pueblos indígenas rechazan el término “mayor vulnerabilidad” por considerarlo peyorativo.



los cuales se soporta el proceso integrador de la modernidad y por ende del Estado-nación.<sup>203</sup> En consecuencia, la interrelación de estos tres elementos incide en la construcción del espacio y ejercicio del poder público sobre el territorio, así como sobre otros actores que pugnan por el control del espacio, de la población y en última instancia de la gestión de los recursos naturales.

Adicionalmente cabe tomar en cuenta el argumento de Sassen, respecto a que: “ya desde el siglo XV el territorio y la comunidad comienzan a asociarse en torno a la ciudad con una concepción más material: las ciudades como contenedores para la distribución del capital, y a los Estados como contenedores de los medios coercitivos. La ciudad acumula plusvalía de las zonas rurales y luego la distribuye mediante los circuitos del protocapitalismo”.<sup>204</sup> El Estado en cambio, con el poder coercitivo que dispone empieza a controlar la circulación en su territorio, ya para su propio beneficio y para cumplir con sus proyectos internos y externos:

[...] esta tensión entre el Estado y los proyectos de poder capitalista resulta esencial para comprender el posterior desarrollo de las formas estatales, en tanto constituye la base para la distinción entre las tres posibles trayectorias recorridas en la construcción de los Estados: la intensiva en coerción, la intensiva en capital y la coacción capitalizada. En la formación de las ciudades y los Estados se puede discernir la posibilidad de una configuración específica de la territorialidad.<sup>205</sup>

Así surge y se impone el principio de exclusividad territorial, que es a la vez el paso del poder personal a la autoridad pública encarnada por el Estado, una de cuyas potestades es tener el monopolio de la producción normativa, es decir, del derecho legitimador del Estado territorial como forma

203 Pablo Ortiz Tirado, “Entre la cooptación y la ruptura: La lucha por el derecho a la autodeterminación de las nacionalidades indígenas del centro sur del Ecuador”, en Miguel González, Araceli Burguete Cal y Mayor y Pablo Ortiz Tirado, coord., *La autonomía a debate: Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO-E / GTZ / IWGIA / CIESAS / UNICH 2010b, p. 466. “A inicios del siglo XIX se consolida la idea de la unidad nacional basada en el mestizaje, en una sola religión, una sola lengua, un territorio, un solo poder legítimo representado por el Estado, con su respectivo acuerdo de leyes y organización política. Observar el mundo desde un punto de vista centrado en la propia experiencia social y cultural, y concebirla como ‘natural’ y no histórica, es propia del etnocentrismo, que ya fue advertida en Europa a finales del siglo XIX por Émile Durkheim o Marcel Mauss”. Ciertamente esa visión *etnocéntrica* identifica la frontera de la humanidad con la propia lengua, cultura, clase social o religión y lo que está fuera de esos márgenes corresponde al estado de naturaleza, de lo salvaje, de lo no civilizado.

204 S. Sassen, *El Estado...*, p. 70.

205 *Ibid.*, 2010, p. 71, citando a Tilly, 1990, p. 51.

de organización política para el ejercicio del poder coercitivo y control sobre el capital. Capital y coerción son elementos fundamentales que entran en juego para la consolidación del Estado moderno. El fortalecimiento del Estado incluso en un contexto en el que la unidad nacional está lejos de alcanzarse amerita una distinción, entre el Estado nacional, el Estado-nación y el Estado territorial.

Por *Estado nacional* se entiende las organizaciones soberanas relativamente poderosas, centralizadas, que gobiernan regiones múltiples y contiguas, así como sus ciudades, por medio de estructuras diferenciadas y autónomas, y el *Estado-nación* es definido como un Estado cuyos pobladores comparten una fuerte identidad lingüística, religiosa y simbólica. El actor emergente sería el *Estado territorial*, alimentado por el desarrollo de los imperios.

[...] en los momentos de transición podemos observar mejor la labor concreta de ensamblaje de territorio, autoridad y derechos que a la larga se fusionarán en unidades nacionales bajo el control de un soberano o en proceso de ser gobernada por un soberano con autoridad absoluta [...] a medida que consolida reinos cada vez más extensos gracias a las conquistas obtenidas militarmente. [...]. El Estado nacional territorial se convierte en el *locus* último de la autoridad, reemplazando a la divinidad del monarca, a la nobleza del señor feudal y a las alegaciones de los cuerpos religiosos. El significado de pertenencia se ve reubicado en una colectividad territorial que deriva de una autoridad abstracta y compleja, imposible de reducirse a la divinidad del rey a la "superioridad de castas" de la nobleza. Se trata de nuevas nociones de autoridad y de derecho de pertenencia.<sup>206</sup>

Como se puede observar, Sassen suministra la clave para determinar que se trata de nuevas nociones de poder y de ejercicio del poder; se trata de un modelo de Estado dominado por los intereses del príncipe, en transición al Estado<sup>207</sup> dominado por los intereses de los comerciantes y los productores. La constatación de este hecho histórico en la Europa de

206 *Ibid.*, 2010, p. 119-120.

207 M. Mann, *op. cit.*, p. 19, en <[www.relacionesinternacionales.info/](http://www.relacionesinternacionales.info/)>. Consulta: 1 de mayo de 2012). "El Estado ha sido conceptualizado desde diversos puntos de vista: una definición de Estado se concentra en su naturaleza institucional, territorial, centralizada. Esta es la tercera y más importante precondition del poder estatal. El Estado no posee un específico medio de poder independiente de, y análogo al poder económico, militar e ideológico. Los medios utilizados por el Estado son solo una combinación de estos, que son también los medios de poder utilizados en todas las relaciones sociales. Sin embargo, el poder del Estado es irreductible en un sentido bastante distinto, socioespacial y organizativo. Solamente el Estado está inherentemente centralizado en un territorio delimitado sobre el que tiene poder autoritario".

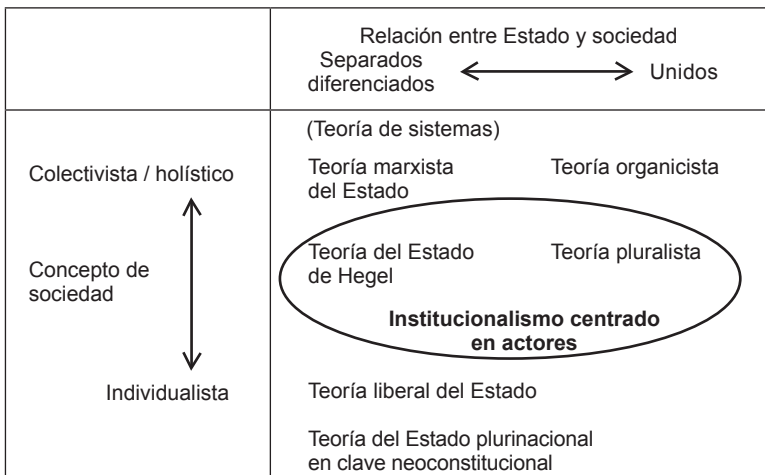


esa época es elemento clave para el posterior análisis contextual de los derechos indígenas al territorio y autodeterminación, que se plantean en América Latina y que supone un cambio conceptual jurídico-político no solo en quienes detentan el poder, sino también en el sentido de asumir el carácter legal de la fuente de la autoridad, o el carácter contractual de la autoridad política, que a toda costa busca la articulación de todos los sectores en el marco del proceso integracionista al Estado-nación.

### Sociedad, derecho y Estado

La relación sociedad-Estado-derecho ha sido dirimida conceptualmente y se da por sentada la separación entre las esferas de actuación. El Estado es considerado como un aparato de dominación (cuerpo represivo), también como un espacio de acción colectiva o comunitaria, y el derecho es el ordenamiento que lo regula. La sociedad es descrita a manera de un conglomerado de individuos autónomos o también como una unidad-sistema, al margen de los individuos que la integran.

Cuadro 1. Teoría de la relación entre sociedad y Estado



Fuente: Arthur Benz, El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2010, p. 139. Adaptación propia.

La teoría liberal (teoría del contrato) y la teoría marxista (teoría de la lucha de clases) parten de la separación entre sociedad y Estado, pero difie-

ren en el concepto de sociedad. Los liberales asumen a la sociedad como reunión de individuos, postulando la preeminencia del individuo frente a las organizaciones sociales y al Estado. El individuo es libre solo si las esferas individuales de autodeterminación son protegidas ante las intrusiones del Estado u otros colectivos. Para el marxismo la sociedad moderna se caracteriza por el antagonismo entre clases sociales, y el Estado es un aparato de dominación en manos de la clase dominante que defiende la propiedad privada y monopólica de los medios de producción, así como la apropiación privada y monopólica del excedente de la producción no redistribuida a quien la genera.

Las dos corrientes consideran que es la sociedad la que determina la forma de Estado, pero la marxista analiza al Estado como parte de la superestructura institucional-cultural de la sociedad, cuya forma se determina por las relaciones de producción, no obstante, se va transformando en Estado de seguridad y dado que ya no es capaz de controlar la economía, se esfuerza en conseguir la estabilidad del orden social mediante regulaciones legales de diversa índole. En teoría, el Estado viene a ser el ente que concilia las discrepancias entre los intereses específicos de individuos y corporaciones, con los intereses generales.

Según Hegel, Estado y sociedad se encuentran en una relación dialéctica mutua: ambos representan esferas autónomas, pero ambos dependen recíprocamente de la otra. La sociedad civil presupone la existencia del Estado, quien debe tener enfrente a aquella como algo autónomo, para poder existir. En la dialéctica hegeliana. Estado y sociedad forman una unidad, aunque con ámbitos separados.<sup>208</sup> Conforme a Hegel el Estado es la realidad de la idea ética; el espíritu ético en cuanto voluntad patente, claro por sí mismo, sustancial, que se piensa y se conoce, y que cumple lo que él sabe y como lo sabe. Concluye aseverando que:

Si se confunde al Estado con la sociedad civil y su determinación se pone en la seguridad y la protección de la propiedad y libertad personal, se hace el interés de los individuos como tales, el fin en el cual se unifican; y en ese caso, ser miembro del Estado cae dentro del capricho individual. Pero, el Estado tiene una relación muy distinta con el individuo; el individuo mismo tiene objetividad, verdad y ética solo como miembro del Estado, pues el Estado es espíritu objetivo.<sup>209</sup>

208 A. Benz, *op. cit.*, p. 140.

209 Friedrich Hegel, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Claridad, 2009, p. 211-212.



En la concepción marxista del Estado no hay una preeminencia de la sociedad, y el Estado es el resultado de procesos evolutivos que deben entenderse como relación dinámicamente cambiante entre el Estado y la sociedad. Desde esta perspectiva teórica la sociedad está organizada en grupos clave que tienen intereses antagónicos, su relación es confrontativa y se expresa como lucha de clases. Por su parte el Estado es producto de esta lucha y expresa los intereses de la clase dominante.<sup>210</sup>

Por otra parte existe el enfoque del institucionalismo centrado en actores, que no es una teoría del Estado, sino una forma de interpretación de la realidad social, por lo tanto no se pronuncia sobre la separación o fusión entre Estado y sociedad. Para quienes desarrollan este enfoque interesa el análisis de las relaciones e interdependencia entre los dos ámbitos y sientan la premisa de que el Estado no es una instancia de control supraordinada a la sociedad, sino que el control o la dirección política se realiza mediante la acción conjunta entre los actores estatales (Organismos seccionales, ministerios) y sociales (ONG, gremios, comunas).

Bajo este enfoque el mercado y el Estado se consideran órdenes institucionales estrechamente vinculados entre sí, y los actores colectivos e individuales que se interrelacionan traspasan continuamente los límites teóricos entre ellos. En las sociedades modernas, entre ambos ámbitos se forman redes que pueden regularse de manera pluralista o corporativista. Pero cabe tomar en cuenta que a lo largo de la historia se han constituido dos órdenes institucionales básicos para solucionar los problemas que surgen en la acción colectiva: el Estado y el mercado, cuyos límites se definen en prácticas concretas. Conforme a Benz en la política real, en el Estado “en funcionamiento” interactúan actores de los dos ámbitos, surgiendo de hecho interconexiones fácticas entre Estado y Sociedad. Este hecho se denuncia como “socialización del Estado” o como “estatalización de la sociedad”.<sup>211</sup>

210 Carl Marx, *Contribución a la crítica de la economía política*, Buenos Aires, Edic. Estudio, 1975, p. 9. La teoría determinista a mediados del siglo XIX ya sostenía que: “no es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, es su ser social el que determina su conciencia. Al llegar a una determinada fase de desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo que es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí”. Se deduce entonces que el Estado es expresión del ser social que domina y en tal condición somete, domina e impone un ordenamiento jurídico que garantice la propiedad privada de los medios de producción, entre otros la propiedad privada de la tierra. El Estado consolida la sociedad de clases y con su gestión pretende manejar las contradicciones de clase garantizando el sostenimiento del sistema liberal capitalista.

211 A. Benz, *op. cit.*, p. 143.

En todo caso, considerar al Estado moderno como institución no significa reducirlo a mero aparato o instrumento de ejercicio de la dominación; pero si hay más unanimidad en la necesidad de delimitarlo como organización. Con el término organización se designa una estructura que reúne y coordina la acción humana para lograr determinados objetivos políticos, económicos o sociales, por ejemplo.

Las instituciones, por su parte existen para, la consecución de determinados objetivos, y se guían con base en los principios que las rigen. Como institución el Estado<sup>212</sup> no es una entidad inalterable. Las instituciones se caracterizan por su estabilidad, pero su existencia no está al margen de las circunstancias históricas, las condiciones sociales o los procesos políticos, sino por el contrario:

Al ser una creación humana, son el resultado de procesos colectivos de construcción de normas y de decisiones políticas. En este sentido, respecto a la institución Estado: “[...] los atributos de la ‘estatalidad’ han ido surgiendo a lo largo de la historia y no son válidos eternamente, considerando que el Estado tiene su origen en los antagonismos políticos habidos en el seno de la sociedad y su carácter ha ido determinándose con los desarrollos sociales”.<sup>213</sup>

Los atributos que han ido deduciéndose de la génesis histórica del Estado moderno y que perduran con ciertos matices son, los que se sintetizan en el cuadro 2.

La interrelación de los principios e instituciones conforma la singularidad del Estado moderno: la territorialidad, la estatalidad nacional y las funciones y poderes del Estado se encuentran anclados a la Constitución originada en procedimientos democrático-liberales. En consecuencia, el titular del poder estatal en el Estado de derecho, su vinculación a la Carta Constitucional y demás legislación limitan la actuación estatal y hace que la democracia formal y todo el ordenamiento se circunscriban al territorio, a la soberanía, a la población y a un aparato administrativo estructurado territorialmente y bajo el dominio del Estado que actúa con relativa autonomía en función del “Bien común”.

212 Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*, México DF, FCE, 2006, p. 74. “Con la transformación del puro Estado de derecho en Estado social, las teorías meramente jurídicas del Estado, condenadas como formalistas, han sido abandonadas por los mismos juristas, y han tomado fuerza los estudios de sociología política que tienen por objeto el Estado como forma compleja de organización social (de los cuales el derecho solo es uno de los elementos constitutivos)”.

213 A. Benz, *op. cit.*, p. 144.



**Cuadro 2. Atributos del Estado moderno**

Principios institucionales interrelacionados que conforman la singularidad del Estado moderno	Principio de territorialidad que fija el ámbito espacial de la autoridad y lo delimita hacia afuera.
	En su calidad de Estado nacional, el Estado se convierte en unidad, que reúne a los ciudadanos que se consideran parte de una comunidad política.
	Con el reconocimiento de funciones especiales, solo a él asignadas, se justifica la existencia del Estado y sus competencias específicas, el poder estatal, en tanto se ejerzan de manera legítima mediante las leyes o con fundamento en las mismas.
La territorialidad, la estatalidad nacional y las funciones y poderes estatales se encuentran anclados en la Constitución, cuyo origen se basa en procedimientos democráticos liberales	El principio de la constitucionalidad del Estado exige que toda actuación se base en normas reconocidas y aprobadas conforme a procedimientos formalizados.
	El principio de legitimidad democrática conlleva la existencia de un principio procedimental y postula que la actuación debe fundamentarse en el consentimiento de todo el pueblo.
	El principio organizativo de la burocracia alude a una organización con capacidad ejecutiva para una puesta en práctica de la voluntad popular adecuada a los principios democráticos del Estado de derecho.

**El Estado como institución**

<b>Normas diferenciales</b>	<b>Normas estructurales</b>
Estado territorial Estado nacional Funciones y poderes del Estado	Estado constitucional Democracia Burocracia

Fuente: A. Benz, *op. cit.*, p. 144-146.  
Elaboración propia.

## CAPÍTULO II

# CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

### Crisis del Estado de derecho

Los procesos de integración y desintegración social, económica y política son diferentes en cada Estado, y producto de desequilibrios originados por factores de carácter antrópico y/o natural en determinadas condiciones específicas.

La actitud que el hombre adopta primaria e inmediatamente hacia la realidad no es la de un sujeto abstracto cognoscente, o la de una mente pensante que enfoca la realidad de un modo especulativo, sino la de un ser que actúa objetiva y prácticamente, la de un individuo histórico que despliega su actitud práctica con respecto a la naturaleza y los hombres y persigue la realización de sus fines e intereses dentro de un conjunto determinado de relaciones sociales.<sup>214</sup>

La crisis del Estado de derecho<sup>215</sup> es expresión de estos procesos y mayormente visible en la globalización, donde se conjugan elementos de coyuntura y estructurales relacionados al desarrollo de actividades productivas, extractivas, económicas, de seguridad interna y externa, entre otras.

214 Karel Kosik, *Dialéctica de lo concreto*, México DF, Grijalbo, 1976, p. 25.

215 Para desarrollar el tema se apela a autores como L. Ferrajoli, "Pasado y futuro..."; Gerardo Pisarello, "Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: Algunas notas sobre la pesadilla y la esperanza", en M. Carbonell, W. Orozco y R. Vásquez, *Estado de derecho...*; Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México DF, Fontanamara, 2007; Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Madrid, Temis, 2005; B. Clavero, *Derecho indígena...*; Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y emancipación*, Quito, CCEPT, 2011; Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009; H. L. Hart, *op. cit.*; Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2005; Liza Elena Aceves López, "El desmantelamiento del Estado", en Pilar Calveiro, coord., *El Estado y sus otros*, Buenos Aires, Araucaria, 2006; Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, LexisNexis / Abeledo-Perrot, 2003.



Pero la actual crisis del Estado, además, es producto del fuerte anti-estatismo que deriva del modelo neoliberal, tendiente a disminuir el tamaño del Estado e imponer políticas globo-neo-colonizadoras, a través de “racionalizaciones” y “reestructuraciones” privatizadoras que por lo general acaban empeorando el marco jurídico-institucional y de políticas públicas, o radicalizando la mayor dependencia de los Estados hacia los centros hegemónicos del poder mundial.<sup>216</sup>

En América Latina el ataque neoliberal contra el Estado erosiona su legitimidad política, asfixiando su economía y tornándolo ineficiente para el cumplimiento de los objetivos y fines que le son inherentes. En tales circunstancias el ente público estatal se fractura y subsume en una lógica esquizofrénica que lo hace aún más ineficaz. Al decir de O’Donnell:

La larga agonía del patrón de acumulación de capital por sustitución de importaciones centrado en el Estado nos ha dejado con un dinosaurio incapaz siquiera de alimentarse por su cuenta, mientras que las “soluciones” en curso tienden a crear una entidad anémica, no menos incapaz de sostener la democracia, un nivel decente de equidad y el crecimiento económico.<sup>217</sup>

Las reformas estructurales recomendadas por los acreedores internacionales constituyen un dogal que no ha sido fácil romper, y lo que es tan grave, la condición económico-política de cada Estado depende de las condiciones impuestas por aquellos, y por el orden económico internacional sujeto a la racionalidad económico-política hegemónica.

La crisis del Estado se incrementa al igual que la desesperación gubernamental por encontrar salidas a la desintegración del aparato estatal, aumento del déficit fiscal, mayor asimetría social, radicalización de la pobreza,

216 El sistema capitalista en su fase neoliberal ha generado cambios estructurales sustentados en los conocimientos científicos e innovaciones tecnológicas, de tal forma que los clásicos factores de la producción (tierra, mano de obra y capital) son secundarios frente a la importancia de la combinación del capital, la información, la energía y a la vez, la sustitución de la producción para los mercados locales, por la de los mercados globales. Esta nueva forma del desarrollo capitalista ha provocado al Estado pérdida de autoridad y legitimidad, debilitamiento de su soberanía y desestabilización como institución. En tales condiciones los vertiginosos cambios tecnológicos, el incremento de flujos de capital, financieros y migratorios transforman las fronteras nacionales, dificultan la definición de políticas públicas y gestión pública. La creciente pérdida del poder estatal, los cuestionamientos internos, el surgimiento de nuevas formas de soberanía política y jurídica han relativizado la soberanía del Estado de derecho y ahondado su crisis.

217 Guillermo O’Donnell, “Acerca del Estado, la democracia y algunos problemas conceptuales: Una perspectiva latinoamericana con referencias a países comunistas”, en M. Carbo-nell, W. Orozco y R. Vásquez, coord., *Estado de derecho...*, p. 253.

opinión pública hostil, *ancien régime* partidocrático ineficaz. Por todo ello el Estado trata de inmunizarse, pero como sus intentos por estabilizar la crisis (económica, social, política) exigen nuevas intervenciones más drásticas que las anteriores, aquella se agudiza.

Concomitante a la anterior se da la crisis del positivismo jurídico, sistema incapaz de generar las respuestas regulatorias, políticas e institucionales que demanda el Estado. Por ejemplo: la crisis de la separación de poderes es evidente y se argumenta que desde su origen la tesis de la independencia de los poderes es oscura y confusa: primero, porque los tres poderes son co-determinantes, entonces: ¿Puede significar algo su independencia? Luego, porque la separación de poderes habrá de interpretarse como un modo oscuro de establecer, no la separación de poderes co-determinantes, sino la separación de las instituciones que los encarnan.

Es confusa la tesis de la implicación recíproca entre la idea del Estado de derecho y la teoría de sus tres poderes. ¿Por qué tres y no dos o siete poderes? ¿Cuáles son los fundamentos de semejante proposición? Se puede partir de la idea de que una constitución política, o Constitución de cualquier entidad estructural o procesal dotada de unidad interna, requiere, por lo menos, tres determinantes (en rigor: co-determinantes), y no uno ni dos solamente. Con un solo determinante {a} cualquier sístasis estructural o procesal vería reducirse la integridad de sus partes a un único componente, es decir, dejaría de ser una entidad plural constituida por partes dotadas de ritmos relativamente independientes; recaeríamos en la concepción metafísica del hilemorfismo aristotélico, que atribuye a la única forma sustancial la responsabilidad de la unidad de la sustancia. Con dos determinantes {a, b} la situación sería similar, puesto que la co-determinación de dos principios los mantiene como mutuamente dependientes, haciendo imposible una *symploké* en la que «todo no esté relacionado con todo». Con tres determinantes {a,b,c}, en cambio, las relaciones de co-determinación toman la forma de concatenaciones conjuntas {(a,b),(a,c),(b,c)} y sus recíprocas {(b,a),(c,a),(c,b)}, en las cuales ya cabe distinguir ritmos independientes, aunque no exentos.<sup>218</sup> El tema es relevante y procede observarlo a partir de la observación que se refiere en la cita:<sup>219</sup>

218 Pelayo García Sierra, *Diccionario filosófico, Estado de derecho / Separación de poderes*, en <[www.http://filosofia.org/filomat](http://filosofia.org/filomat)>. Consulta: 27 de mayo de 2012.

219 *Ibid.*, p. 609, <[www.http://filosofia.org/filomat](http://filosofia.org/filomat)>. “Pero Montesquieu desconoce esta *symploké*, y apela a una causa genérica exterior del movimiento, como en los sistemas mecánicos. Según esto podemos asegurar, en virtud de razones estrictamente lógico-materiales, que la idea de un poder judicial, como determinante de la idea no sustancialista de una sociedad política, no podría haberse tallado aisladamente, sino conjuntamente con la idea de otros determinantes (tales como la idea de poder ejecutivo o la del poder legislativo). De la



Para enfocar esta crisis y siguiendo a Ferrajoli, cabe primero distinguir dos definiciones del Estado de derecho: a) en sentido débil o formal, Estado de derecho designa cualquier ordenamiento moderno en el que los poderes públicos son conferidos por la ley, ejercitado en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos; bajo esta visión, Estado de derecho es aquel ordenamiento jurídico moderno en el que los poderes públicos tienen una fuente y forma legal. b) en sentido fuerte o sustancial, Estado de derecho designa solo aquel ordenamiento en el que los poderes públicos están sujetos a la ley, no solo en las formas sino también en los contenidos. Entonces todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.<sup>220</sup>

Para profundizar este tópico ver Ferrajoli, 2011.<sup>221</sup> Este autor propone repensar y rediseñar la estructura de la esfera pública, y específicamente la separación de poderes,<sup>222</sup> por cuanto esta expresa explícitamente que es el poder Legislativo el único órgano de producción e interpretación de la ley, y que el poder Judicial es el único organismo para la administración de justicia. Este aserto evidencia que el Estado de derecho no asume la existencia del pluralismo jurídico para la generación de normas ni para la administración de justicia, concordando con Ferrajoli:

Se trata de modelos elaborados hace tres siglos con referencia a arreglos institucionales incomparablemente más simples que las actuales democracias constitucionales [...]. Respecto a estos arreglos la función principal de la división de poderes era la de diferenciar a los poderes

---

misma manera que a un organismo viviente, a una sístasis orgánica, no se puede asignarle, como determinante, una única función (por ejemplo, la respiración o la reproducción), sino que es preciso asignarle más de una, y aún más de dos funciones determinantes. Pero, ¿por qué tres precisamente? Si nos volvemos a las Constituciones políticas: ¿por qué tres funciones, potestades o poderes, y no cuatro o doce? ¿Acaso no sería posible la constitución de un Estado de derecho establecida en torno a siete o a doce poderes? Sin duda estas preguntas no tuvo a bien plantearlas Montesquieu; tampoco los teóricos del Estado de derecho, ni los teóricos del Estado democrático de derecho, ni siquiera los teóricos del Estado democrático social de derecho. Solo por ello ya podríamos considerar gratuita, y sin fundamento, la teoría de los tres poderes”.

220 L. Ferrajoli, “Pasado y futuro...”, p. 187.

221 L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, p. 461- 469.

222 El enfoque ferrajoliano está matizado de contenido neoconstitucional, y se lo incorpora en esta parte del análisis, a fin de anticipar las diferencias entre el (Estado-nación) Estado de derecho y el Estado constitucional de derechos, que posteriormente se lo tratará con amplitud. Ver L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, p. 801-852.

del Estado, de tal modo que el uno fuera el freno y el límite del otro; en particular se trata de garantizar la separación e independencia del poder.

Este modelo ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de derecho: en positivo ha permitido garantizar la primacía del parlamento y la independencia del poder judicial, [...] en negativo, ha dejado que todas las funciones administrativas de garantía propias del moderno Estado social (educación, salud, seguridad social) correspondientes a derechos fundamentales, se hayan ubicado dentro del poder político ejecutivo, en las dependencias justamente de gobierno.<sup>223</sup>

Conforme a este filósofo del derecho, la clásica división de poderes del Estado se remonta al siglo XVIII y es inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las democracias constitucionales contemporáneas.

Inadecuada en el plano descriptivo, ya que es desmentida por todos los sistemas políticos parlamentarios, en los que el gobierno obtiene la confianza de las cámaras y la relación entre ejecutivo y legislativo no es por tanto de separación sino de división: ya que el primero, en caso de conflicto con el segundo debe *soumettre ou se demettre*. Pero es inadecuada también en el plano axiológico, dado que la enorme cantidad de funciones hoy en día asignadas a la esfera pública no está enteramente clasificada dentro de la tripartición montesquieana.

En particular, gran parte de las funciones administrativas que se desarrollan con la construcción del Estado social no son de hecho funciones de gobierno, sino funciones de garantía, cuyo ejercicio, al igual que sucede con la función judicial, consiste en la aplicación de sus presupuestos legales y requiere no dependencia y control, sino por el contrario independencia de las funciones de gobierno, es decir del poder Ejecutivo dentro del que se han desarrollado fuera de todo diseño constitucional.<sup>224</sup>

Ferrajoli denomina esfera de lo decidible a la esfera de competencia de las funciones políticas de gobierno y de las funciones legislativas igualmente legitimadas por la representación política, obviamente respetando la Constitución. Mientras que la esfera de lo indecidible está regida por las

223 Luigi Ferrajoli, "La esfera de lo indecidible y la división de poderes", traducido por Miguel Carbonell, en *Estudios constitucionales*, vol. 6, No. 1, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales-Universidad de Talca, 2008, p. 339-340. En esta descripción se muestra a la división de poderes como instrumento que condiciona profundamente la construcción del moderno Estado de derecho.

224 *Ibid.*, p. 340.



funciones y las instituciones de garantía, dirigidas a presidir la esfera de lo indecible, en tales instituciones se incluyen además de las funciones y de las instituciones judiciales, también las administrativas de garantía, igualmente legitimadas por la aplicación sustancial y no por el simple respeto de la ley.<sup>225</sup> En consecuencia:

Los poderes públicos investidos de gobierno son de hecho poderes de disposición y de producción de innovaciones jurídicas, legitimados en cuanto tales por el consenso popular. Los que están investidos de funciones de garantía son por el contrario poderes de cognición, legitimados en cuanto tales por la aplicación de la ley, o sea por la observancia de los presupuestos legales de las decisiones, ya sean judiciales o administrativas [...]. En *Principia iuris* he definido la “esfera pública” como la suma de las funciones de tutela de los intereses generales, y en la garantía de los derechos fundamentales [...].

Antes de la creación de las Constituciones rígidas, en el Estado legislativo de derecho, la política, como expresión de la mayoría, era de hecho omnipotente. Las Constituciones rígidas han puesto fin a este residuo de absolutismo. La política, gracias a ellas, ha sido sometida al derecho y precisamente a la esfera de lo indecible, imponiendo que esté regida por funciones de garantía independientes.<sup>226</sup>

En la perspectiva de este discurso, no es que la política haya quedado disminuida. A la política le queda sobre todo la esfera de lo decidible, y la implementación de las funciones y de las instituciones de garantía, es decir, su creación y su regulación en acatamiento al mandato constitucional. Más aún, todos los derechos fundamentales requieren una legislación que los haga aplicables. Esta legislación de actuación es competencia de la política; representa su función más alta y legitimadora. Y de la actuación de la Constitución depende la legitimación sustancial de las funciones de gobierno, que es siempre una legitimación a posteriori que se suma a su legitimación formal proveniente, a priori, de la representación política.<sup>227</sup>

Ahora procede referir importantes síntomas de la crisis múltiple del Estado de derecho y que constituyen los tópicos más neurálgicos del debate jurídico-político contemporáneo.

225 *Ibid.*, p. 341.

226 *Ibid.*, p. 341-342.

227 *Ibid.*, p. 342-343.

- a) *Crisis que afecta al principio de legalidad* (como norma de reconocimiento del derecho positivo existente, y como forma de reconocimiento propia del Estado legislativo o de derecho), se expresa en la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, fruto de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Se da el caso en que las leyes están formuladas en lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a intrincados enredos y laberintos normativos que abren el camino a la discrecionalidad de los jueces, con la consiguiente pérdida de certeza, eficiencia y garantía.<sup>228</sup>
- b) *Crisis que afecta al papel garantista de la Constitución* en relación con la legislación, y que es el rasgo distintivo del Estado constitucional de derecho. La crisis es consecuencia del fin del Estado nacional como monopolio exclusivo de la producción normativa (jurídica) y que da lugar a la deformación de la estructura constitucional de las democracias nacionales (caso europeo); además la crisis ha situado por fuera de los límites de los Estados nacionales gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservados a su soberanía. El riesgo de este proceso es que se produzca la confusión de las fuentes y la incertidumbre de las competencias, es decir: una doble forma de disolución de la modernidad jurídica o la superposición de ordenamientos. Por todo esto resulta que el “principio de legalidad” y “reserva de ley” cada vez tiene menos sentido.<sup>229</sup>
- c) *Vacío del derecho público* (consecuencia del proceso de globalización e integración económica mundial) es producto de la ausencia de límites, reglas y controles internos frente a la fuerza de los Estados con mayor potencial militar y de los grandes poderes económicos privados.

El derecho de la globalización viene moldeándose cada día más, antes que en las formas públicas generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato, signo de una primacía incontrovertible de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública [...].<sup>230</sup>

228 L. Ferrajoli, “Pasado y futuro...”, p. 194.

229 *Ibid.*, p. 196.

230 *Ibid.*



Esta lectura de la crisis de las formas de Estado, también es enfatizada por Ferrajoli, cuando desarrolla el tema de la sociedad posnacional e incidencia del capital transnacional: de tal manera que la regresión neoabsolutista de la soberanía externa (únicamente) de las grandes potencias, está acompañada de una paralela regresión neoabsolutista de los poderes económicos transnacionales, un neoabsolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la ausencia de reglas abiertamente asumidas por el actual anarco-capitalismo globalizado, como una suerte de nueva *grundnorm* del nuevo orden económico internacional.<sup>231</sup>

El tema de la sociedad posnacional también ha sido tratado por Habermas, y hay coincidencias entre los dos científicos respecto a que este fenómeno tiene relación a la dialéctica a la que está sometida la sociedad, en función de cambios y transformaciones que rebasan la capacidad del Estado nacional, del Estado de derechos. Ver Jürgen Habermas, *Más allá del Estado nacional*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Ver también Jürgen Habermas, *La constelación posnacional*. 2000, p. 83-84: En este texto Habermas sostiene que: “Si queremos entender por qué hoy el Estado social se encuentra en dificultades debemos recordar la constelación en que tiene lugar su origen. El contenido contrafáctico del concepto de autonomía republicana elaborado por Rousseau y Kant ha podido afirmarse frente a múltiples desmentidos de una realidad que seguía otros derroteros porque ha encontrado su lugar en las sociedades constituidas como Estado-nación. El Estado territorial, la nación y una economía circunscrita a unas fronteras nacionales formaron una constelación histórica la cual el proceso democrático, en mayor o menor medida, pudo adoptar una convincente forma institucional”.<sup>232</sup>

231 *Ibid.*

232 Jürgen Habermas, *La constelación posnacional*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 83-84. “De la misma forma, la idea de una sociedad constituida democráticamente, cuyas partes pueden actuar reflexivamente sobre sí mismas como si fueran un todo, solo ha hecho progresos hasta ahora, en el marco del Estado-nación. Esta constelación está siendo puesta en cuestión por un serie de desarrollos que han suscitado un gran interés y que conocemos con el nombre de ‘globalización’ [...]. La paralizante perspectiva según la cual la política nacional se reducirá en el futuro a un *management* de la forzosa adaptación a los imperativos que las economías nacionales deben cumplir para preservar su posición dentro de una economía global vacía el debate político de su último resto de sustancia [...]. Una alternativa a la euforia desatada por un política neoliberal, que se ‘liquida’ a sí misma como política, podría consistir en encontrar una forma de proceso democrático que fuera más allá del Estado-nación”. Se puede consultar, Jorge Bercholz, “La dinámica política y económica de la globalización”, en Jorge Bercholz, dir., *El Estado y la globalización*, Buenos Aires, Ediar, 2008; Tulio Ortiz, “De la globalización y su impacto en los Estados modernos”, en J. Bercholz, dir., *op. cit.* Sobre todo para ampliar la comprensión de cómo la globalización impacta a los Estados periféricos cuando deslegitima su poder político, tanto desde el punto de vista normativo, como del histórico.

El anticipado enfoque de Ferrajoli y Habermas tiene sentido, en la medida en que permite relacionar el análisis contextual del (Estado-nación) Estado de derecho en sus orígenes y ahora en sus crisis.

## El positivismo jurídico

El término positivismo jurídico como teoría, método e ideología, es asumido desde el marco conceptual moderno del positivismo científico. De ahí su carácter positivo, por lo tanto, artificial y convencional. Con base en este enfoque teórico únicamente se conoce aquello que la ciencia permite conocer, y el método de conocimiento es el de las ciencias naturales a partir del descubrimiento de las leyes causales y el control que estas despliegan sobre los hechos. De aquí se deriva que el positivismo (sustentado en la racionalidad cognitivo-instrumental) es aplicable tanto para el estudio de la naturaleza (ciencias naturales) cuanto para el estudio de la sociedad (ciencias sociales y el derecho).

El positivismo científico se caracteriza por un optimismo general que surge de la certidumbre en un progreso ascendente (concebido como resultado del ingenio y del trabajo humano, y en otros casos como algo necesario y automático), que avanza hacia condiciones de bienestar generalizado en una sociedad pacífica y solidaria. Se piensa que determinados temas del positivismo proceden de la tradición ilustrada, o tendencia a considerar que los hechos empíricos son la única base del verdadero conocimiento. Exalta la fe en la racionalidad cognitivo-instrumental como herramienta para solucionar los problemas de la humanidad y entre otros postulados, establece la concepción laica de la cultura como construcción puramente humana e independiente de supuestos teológicos. Sin embargo, se ha observado que llevando al extremo la epistemología positivista, es decir, excluyendo cualquier trascendentalismo, aparece a la vez como una nueva religión que somete al pensamiento; y ahí radica en gran medida el inicio de la crisis del positivismo científico.<sup>233</sup>

233 B. de Sousa Santos, *Crítica...*, p. 159: Una comprensión más compleja del positivismo expresa este autor cuando asume que: "El positivismo es la conciencia filosófica del conocimiento-regulación. Una filosofía del orden sobre el caos, tanto en la naturaleza como en la sociedad. El orden positivista eficaz, es un orden basado en la certeza, en la previsibilidad y en el control [...]. Gracias al orden positivista la naturaleza puede tornarse previsible y cierta, de forma que puede ser controlada, mientras que por el contrario la sociedad será controlada para que pueda tornarse previsible y cierta". Concordando con De Sousa, esto



Relacionando el tema al derecho, es pertinente considerar lo que argumenta Schmitt,<sup>234</sup> respecto a cómo autores clásicos asimilan el proceso jurídico desde su propia perspectiva (la de ellos), por ejemplo, con relación a la “voluntad general” descrita por Rousseau, se la entiende mejor si previamente se recuerda la teoría cartesiana, según la cual solamente Dios tiene una “*volonté générale*” y todo lo particular es extraño a su esencia. Esto traducido políticamente permite entender que únicamente el Estado puede establecer reglas generales y abstractas, mientras que, el caso concreto debe ser decidido por subsunción de la ley general, pero no mediante una ley. En Rousseau –enfatisa Schmitt– actúa especialmente este concepto de ley, mezclado con otras diversas representaciones, incluida la positivista-racionalista conforme se deduce del siguiente texto:

El requisito de que la ley tiene que ser general, no implica como en Rousseau, un alejamiento abstracto de todo contenido concreto, sino que se deriva políticamente de la misma consideración de la que Locke deriva la *antecedent law*: una ley inmutable, constante debe dar a la vida jurídica uniformidad y calculabilidad, fundamentando con ello al mismo tiempo la independencia del juez y la libertad civil, impide una legislación y una jurisprudencia finalistas que deciden caso por caso según la situación de las cosas y garantiza lo que los modernos profesores de derecho político han llamado el carácter de “inviolabilidad de la ley”, el cual forma parte de todo ordenamiento de Estado de derecho (por oposición al Estado policial).

La garantía más importante de la libertad civil radica, sin embargo, en los poderes intermedios. El célebre párrafo de Montesquieu sobre la justicia a la que llama el tercer poder, junto al legislativo y el ejecutivo, pero que en un cierto sentido debe ser invisible y nula (*invisible et nulle*), parece estar desde luego en conexión con la concepción racionalista de la *volonté générale* y significar que el juez no es más que el aplicador independiente de la ley al caso singular, la boca que pronuncia las palabras de la ley (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*), un ser sin alma (*être inanimé*), al que el movimiento libre del derecho del siglo pasado llamó un autómatas de la subsunción.<sup>235</sup>

---

explica la diferencia y simbiosis a la vez entre las leyes científicas y las normas legales conforme al positivismo jurídico, de ahí se deduce que la ciencia moderna y el derecho moderno son las dos caras del conocimiento-regulación que coadyuvan a la consolidación del capitalismo y del Estado de derecho.

234 Carl Schmitt, *La dictadura: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Alianza, 2007.

235 *Ibid.*, p. 144-145.

Como se puede apreciar, es la racionalidad instrumental (científica) la que incide en la estructuración del derecho como disciplina que se *cientifiza*, o positivismo jurídico sobre el cual se erige el ordenamiento y la propia ley (inmutable, como si fuera una ley natural), en cuanto expresión de la voluntad general.

Según Ramón Capella, la cientificación de la ley asignada por la modernidad tiene como antecedente la racionalidad griega (reflexión ateniense sobre la noción de ley) “Nada más lejos, por tanto, del inmutable fijismo normativo de las comunidades regidas únicamente por la moral positivista tradicional [...] en la Ática y en su zona de influencia cobró gran importancia una legislación que era producto de la deliberación racional de los ciudadanos, o por emplear una expresión moderna, puro derecho positivo, puesto por la autoridad de la Asamblea”.<sup>236</sup> Y ello hizo:

Que se planteara públicamente un problema de fondo que no deja de ser contemporáneo nuestro. El problema consiste en lo siguiente: al ser las leyes, manifiestamente, un producto de la convención humana, un acuerdo al que llegan muchas personas para regular uno o varios aspectos de la vida en común, siempre se puede suscribir una duda acerca de su justicia. Nada impide que se adopte democráticamente una ley injusta.<sup>237</sup>

La referencia tiene sentido para enfatizar que la duda sobre la justicia de la ley es un problema contemporáneo cada vez más álgido y de alto riesgo para el Estado de derecho. Precisamente ello coadyuva a adoptar el nuevo paradigma jurídico neoconstitucional, en el cual la Constitución como norma prevalece sobre la ley y por tanto rompe el principio de legalidad (norma de reconocimiento) propio del Estado de derecho, tal cual se verá posteriormente.

## Contenidos esenciales del positivismo jurídico

Del estado de la cuestión se deduce que entre los aspectos fundamentales destacan tres: 1. como una forma de abordar el estudio del derecho: es decir, el positivismo jurídico asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de

236 Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida: Una aproximación histórico teórica del estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2006, p. 57.

237 *Ibid.* p. 58.



hechos verificables [...] y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores, 2. se entiende al positivismo jurídico como aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico con el Estado o poder soberano capaz de ejercitar la coacción física legítima. Se trata de la identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho, mediante la cual el Estado monopoliza el poder de producción jurídica, y 3. como ideología: el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal.<sup>238</sup> Bobbio sostiene que entre estos elementos no existe una relación necesaria, ni lógica, ni causal. Esto quiere decir que bien se puede ser positivista desde el punto de vista teórico y no serlo desde el ideológico.

Por su parte, Hart señala que él no da una definición de derecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra derecho; y que su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales.<sup>239</sup> En términos generales Hart sostiene que el positivismo jurídico se sustenta en tesis como las siguientes: 1. el derecho es el conjunto de mandatos formulados por seres humanos; 2. entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el que debiera ser, no existe una conexión necesaria; 3. el análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse de las indagaciones históricas, de las sociológicas y de los ensayos de valoración; 4. un sistema jurídico es un sistema en el cual, aplicando procedimientos lógicos, es posible inferir decisiones correctas de una serie de normas predeterminadas, sin necesidad de tomar en cuenta principios éticos o tendencias políticas; 5. los juicios morales no se formulan, ni pueden ser racionalmente defendidos en la forma en que lo son los que se refieren a hechos.<sup>240</sup>

Siguiendo a Bobbio, el positivismo jurídico parte de la tesis de que la norma es justa solo si es válida, es decir, la validez es la consagración de la justicia. En consecuencia, lo que constituye al derecho como derecho es la

238 N. Bobbio, *El problema...*, p. 49-72.

239 H. L. Hart, *op. cit.*, p. 20-21.

240 Rodolfo Vásquez, *Eduardo García Maynes y el debate positivismo jurídico jusnaturalismo*, México DF, IJJ-UNAM, 2001, p. 124.

validez, y el problema de la validez de un ordenamiento está sujeto, en última instancia, a la cuestión de su eficacia. Bobbio asiente que esta tesis es kelseniana, pero aclara que Kelsen<sup>241</sup> no afirma que el derecho válido sea también justo, pero sí que los ideales de justicia son subjetivos e irracionales, y que el problema de la justicia es un problema ético muy diferente al de la validez.<sup>242</sup>

Conforme a Bobbio, Hobbes ya sustentó que la validez de una norma jurídica y validez de su justicia no se diferencian, porque la justicia y la injusticia nacen juntas en el derecho positivo, es decir a tiempo con la validez. En otras palabras, mientras se permanece en estado de naturaleza no hay derecho válido y tampoco hay justicia. Se inquiera entonces que solo cuando surge el Estado moderno nace la justicia, pero nace a un mismo tiempo con el derecho positivo, así que donde no hay derecho tampoco hay justicia. Autores como Capella explican que el problema de la ley y la justicia es inherente al positivismo jurídico, y que el positivismo jurídico no logró elucidar este problema porque adolecía de deficiencia epistemológica.<sup>243</sup> En función de profundizar el tema, de la justicia procede apelar a Hobbes, cuya doctrina tiene un significado ideológico muy preciso, es la justificación teórica más consecuente del poder absoluto. La consecuencia es la reducción de la justicia a la fuerza. Para refutar este aserto Bobbio argumenta lo siguiente:

Si no existe más criterio de lo justo y de lo injusto que la voluntad del soberano, hay que resignarse a aceptar como justo lo que le agrada al más fuerte, desde el momento en que el soberano, si no es el más justo de los

241 M. Foucault, *Seguridad...*, p. 74. Coadyuva a entender que: "Hans Kelsen (1881-1973) radicalizó la doctrina del positivismo jurídico en obras clave como la Teoría pura del derecho. Defendió una concepción normativista del derecho, según la cual este constituye un sistema jerarquizado y dinámico de normas, articuladas entre sí por una relación de imputación (distinta a la relación de causalidad, sobre la cual se asienta el razonamiento científico)", es decir, "La relación entre cierto comportamiento como condición y una sanción como consecuencia. Para evitar una regresión al infinito (pues todo poder jurídico solo puede derivar de autorizaciones jurídicas superiores), ese sistema extrae su validez de una norma fundamental (Grundnorm) no postulada como las otras, sino presupuesta y por eso suprapositiva, que "representa el fundamento último de la validez de todas las normas jurídicas constituyentes del orden jurídico [...] en virtud de la cual debemos presuponer la necesidad de comportarse como lo prescribe la constitución que históricamente es la primera". (Traducido al español: Teoría general de las normas, México DF, Trillas 1994, cap. 59, p. 343".

242 H. Kelsen, *op. cit.*, p. 53-55: argumenta que la teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica. El derecho positivo es aquel que no es considerado una categoría eterna y absoluta, y reconoce que su contenido varía según las épocas, entonces el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y lugar. El positivismo jurídico extrae todas las consecuencias posibles del principio positivista (el de causalidad que es un principio de conocimiento) al que oficialmente adhiere.

243 J. R. Capella, *op. cit.*



hombres *sí es ciertamente el más fuerte* (y permanece como soberano no ya mientras sea justo, sino mientras sea el más fuerte). La distinción entre validez y justicia sirve precisamente para distinguir la justicia de la fuerza. Cuando esta distinción desaparece y la justicia se confunde con la validez, también se hace imposible distinguir entre justicia y fuerza.<sup>244</sup>

Con base en lo expuesto cabe concluir que el concepto derecho como sistema complejo y autónomo de normas representa una opción ideológica y supone la consagración del positivismo jurídico<sup>245</sup> o modelo jurídico liberal, caracterizado en los términos que se plantean en el cuadro 3.

### Crisis del positivismo jurídico

El contenido esencial del positivismo jurídico designa un modelo de derecho en el que las normas vinculadas a su forma de producción y los criterios sustanciales de reconocimiento y validez de las mismas, son puestos artificialmente por el propio derecho positivo.<sup>246</sup> Dworkin en clara alusión al criterio sustancial del reconocimiento de las normas establecido artificialmente por el positivismo jurídico, precisa que el uso de la regla del reconocimiento acuñada por H. Hart (1995) consiste en una práctica social que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas. Cada sistema normativo tiene su propia regla de reconocimiento y su contenido varía y es una cuestión empírica. Hay sistemas normativos que

244 N. Bobbio, *Teoría general...*, p. 32

245 El *positivismo jurídico* surge como un derecho filosófico cuya pretensión es afirmar **los valores, el orden, la seguridad, la paz y establecer las nuevas políticas liberales**. Sus principales características son: rechazo al derecho natural (iusnaturalismo); oposición a toda fundamentación metafísica del derecho; separación del derecho y la moral o entre el ser y el deber ser; valoración científica del derecho. En el positivismo jurídico, según Hart, no hay conexión necesaria entre el derecho y la moral y conforme a Bobbio las reglas jurídicas pueden identificarse mediante criterios empíricos y sin recurrir a criterios morales.

246 Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, Madrid, Fontamara, 2006, p. 266. "Si las normas formales sobre la producción de las leyes están en la base del positivismo jurídico como se expresa en lo que se llama el principio de legalidad, las normas sustantivas lo están por tanto en la del constitucionalismo jurídico, es decir, de la positivación no solo del 'ser' sino también del 'deber ser' del Derecho; manifestada en el 'principio de estricta legalidad'. Se trata de una innovación estructural en el modelo del primer positivismo jurídico, realizada en el siglo pasado mediante la articulación de los ordenamientos democráticos sobre varios niveles normativos y la disociación entre vigencia y validez, como añadida a la producida entre validez y justicia que caracterizó el tránsito del derecho premoderno al derecho positivo moderno". Luigi Ferrajoli, "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", en *Isonomía*, No. 16, México DF, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002, p. 8-14.

reconocen como fuente del derecho un libro sagrado, o la ley, o las costumbres, o varias fuentes a la vez. La regla de reconocimiento es el criterio que utiliza Hart para identificar a un sistema jurídico y fundamenta la validez de todas las normas derivadas de ella. Hart enfatiza que la autoridad de la institución que tiene el monopolio de la producción normativa, y que tiene el monopolio del poder, encuentra su autoridad en el conjunto de los estándares constitucionales que han sido aceptados, en la forma de una regla fundamental del reconocimiento, por la comunidad a la cual rigen.<sup>247</sup>

Cuadro 3. **Positivismo jurídico**

<p><b>Modelo jurídico del Estado de derecho</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ordenamiento jurídico erigido sobre la hegemonía de la ley, y en el cual constan los presupuestos sociales y políticos.</li> </ul>
<p><b>Estatismo y racionalidad formal</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ser modelo estatista (el del Estado-nacional). En esta concepción del derecho solo cabe hablar de sistema jurídico a partir de la existencia de un tipo de Estado jurídicamente constituido y hegemónico.</li> <li>• Un modelo jurídico racional-formal: simplifica el caudal de complejidad de las relaciones sociales tras la aparente neutralidad de las normas jurídicas abstractas y generales, garantizando la igualdad formal de los ciudadanos.</li> <li>• Sus funciones sociales son las características y típicas del modelo jurídico liberal.</li> </ul>
<p><b>Funciones sociales del derecho según el modelo jurídico liberal</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Orientar el comportamiento social de las personas que forman parte de una comunidad, mediante normas prohibitivas reforzadas por sanciones negativas. En el modelo jurídico liberal, el derecho por excelencia es el derecho penal. Dentro de este contexto, las funciones sociales (de vigilancia y control) del derecho se conciben negativamente, con la finalidad de asegurar los fundamentos del orden social determinados por las leyes naturales.</li> <li>• Facilitar patrones de relación jurídica. Para que los particulares puedan celebrar acuerdos privados con la mínima intervención del Estado (que se limitaría a asegurar las expectativas derivadas de los acuerdos).</li> <li>• Resolución de disputas y asegurar las expectativas de la relación social caracterizadas jurídicamente (regulación de la estructura judicial y de los procedimientos para la resolución de los conflictos).</li> </ul>

247 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002, p. 71.



<p><b>Coerción y legitimidad en el Estado de derecho</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho represivo dirigido a proteger el contenido mínimo de los fundamentos del orden social, en el que se da un sistema de control jurídico punitivo o conjunto de normas jurídicas que organizan y regulan el ejercicio de la fuerza (estableciendo los límites, los procedimientos y las personas competentes en el ejercicio de la fuerza dentro del Estado de derecho).</li> <li>• Derecho basándose en el principio de intervención mínima junto con una ideología garantista basada en el principio de legalidad, frente a la arbitrariedad del poder público.</li> </ul>
<p><b>Principio de legalidad y garantías</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• En el Estado de derecho la aceptación de la ley supone: aceptación de las actuaciones de quienes ejercen poder según la ley y por ello el sometimiento de los poderes del Estado, entre ellos el de la Administración.</li> <li>• El modelo jurídico está llamado a cumplir varias funciones:             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Establecimiento de un ámbito de libertad individual e igualdad formal.</li> <li>- Configuración de un marco de autonomía protegida.</li> <li>- Reformulación de la legitimidad en el ejercicio del poder político a partir del principio de legalidad.</li> <li>- Exaltación del modelo de dominación burocrático (principio de legalidad).</li> <li>- Control jurisdiccional de las actuaciones de los órganos de poder.</li> <li>- Consecuencias garantistas de la subordinación de los órganos de poder al imperio de la ley.</li> </ul> </li> </ul>

Fuente: Universidad de Zaragoza, Análisis de las normas jurídicas. En <[www.unizar.es/deproyecto/programas/teoriad/](http://www.unizar.es/deproyecto/programas/teoriad/)>. Consulta: 17 de marzo de 2013. Adaptación propia.

El derecho positivo disciplina, de tal modo que las condiciones formales de existencia de las normas dependen de la correspondencia empírica entre su forma y las normas formales de producción normativa; y las condiciones sustanciales de su validez dependen de la coherencia lógica de los significados normativos, por lo tanto de su contenido, frente a normas sustantivas a las que se encuentran subordinadas.<sup>248</sup>

248 L. Ferrajoli, *Epistemología...*, p. 266.

El rasgo específico que diferencia estructuralmente al derecho moderno o positivismo jurídico de los sistemas jurídicos premodernos es, precisamente, su carácter positivo (por lo tanto, artificial y convencional). Entonces el rasgo específico del constitucionalismo jurídico, que diferencia al derecho de las democracias constitucionales de los sistemas jurídicos-positivos pre o paleoconstitucionales, es una característica no menos estructural y no menos juspositiva: la sujeción de las propias leyes al derecho, de la que también depende el deber ser del derecho, es decir, las decisiones que deben presidir a su creación, son artificiales y se positivizan a través de normas sustantivas de derecho positivo. Esta segunda característica estructural es también una característica sustancial, dado que estas normas sustantivas sancionan lo que podemos denominar *la esfera de lo no decidible* constituida por principios y derechos fundamentales que tutelan los intereses y las necesidades primarias y vitales.<sup>249</sup>

Lo que no se puede dejar de afirmar es que es un modelo de derecho que corresponde a una fase histórica de civilidad jurídica moderna. Es producto de la revolución que se produjo al tiempo del nacimiento del Estado moderno, con monopolio de la producción jurídica y consiguiente afirmación del principio de legalidad como norma del reconocimiento del derecho existente.

Para Ferrajoli, mientras el lenguaje jurídico de los ordenamientos no codificados es un lenguaje natural, el lenguaje de los sistemas de derecho positivo es un lenguaje artificial, dado que todas las reglas de uso se encuentran estipuladas y son acordadas positivamente. Tal es el caso de la ley penal, esta dice que es un robo, un homicidio; las normas civiles establecen que es un contrato, una compraventa y por tanto constituyen en su conjunto las normas sustantivas sobre la producción de las sentencias civiles que determinan las condiciones de validez de los contratos, de ahí que:

[...] el positivismo jurídico se expresa a través del principio de mera legalidad, se funda, con el formalismo sobre este conjunto de normas sobre la producción. El derecho no se deriva, en ningún sentido, de la moral o de la naturaleza o de los otros sistemas normativos sino que es totalmente un objeto artificial, “puesto” o “producido” por los hombres, que, por lo mismo, conllevan toda la responsabilidad, ya que el derecho es, por completo, como los hombres lo piensan, lo proyectan, lo producen, lo interpretan y lo aplican.<sup>250</sup>

249 *Ibid.*, p. 267-268.

250 *Ibid.*, p. 268.



En el marco del positivismo jurídico el Estado de derecho es un Estado legislativo, Estado en el que rige el principio de legalidad, entonces la ley es la expresión absoluta de la voluntad de la sociedad y del Estado y todo el derecho se identifica con la ley. En el Estado de derecho el principio general de libertad del individuo contrasta con el de sujeción de la Administración y la ley explicita todo lo que esta puede hacer, para la ley todo lo no permitido está prohibido; el derecho está compuesto de leyes generales y abstractas y se caracteriza por su homogeneidad.<sup>251</sup> Francisco Ansuátegui señala que:

Zagrebelsky explica esta circunstancia utilizando la clave social, de que el sistema jurídico es expresión del monopolio legislativo de la burguesía. De ahí su coherencia, ya que dentro de sí no alberga intereses contradictorios. A partir de esta uniformidad ideológica –se explica el fundamento de la interpretación sistemática y de analogía– la ley forma parte de un edificio bien construido, y a través de operaciones intelectivas se puede llegar al encuentro de la estructura y de los principios del Ordenamiento jurídico.<sup>252</sup>

Esta es la idea de un ordenamiento jurídico en el Estado de derecho y que desde el punto de vista liberal se debe al iusnaturalismo racionalista; es la idea de un sistema racional del que se puede predicar la certeza; certeza de un sistema en el que la plenitud y la homogeneidad jurídica tienen su origen en la concepción del derecho asumido como un conjunto de

251 Luigi Ferrajoli, *Teoría general del derecho*, Madrid, Temis, 2006, p. 266-267, al afirmar que el rasgo específico que diferencia estructuralmente al derecho moderno o positivismo jurídico de los sistemas jurídicos pre-modernos es, precisamente, su carácter positivo (por lo tanto, artificial y convencional) y es un modelo de derecho que corresponde a una fase histórica de civilidad jurídica moderna, pero a la vez, enfatiza que el constitucionalismo en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento y su complemento, es decir, representa el positivismo jurídico en su forma más acabada. En estas dos concepciones del positivismo jurídico es sencillo reconocer el reflejo de dos modelos diferentes de derecho que corresponden a dos fases históricas de la civilidad jurídica moderna: “El primer modelo es el fruto de la revolución que se produjo con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica y de la consiguiente afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente. El segundo modelo (el constitucionalismo) es el fruto de una segunda revolución institucional y de un nuevo cambio de paradigma de la experiencia jurídica: la sumisión también del legislador a las normas jurídicas positivas, como lo son los principios ético-políticos jurídicamente positivados en las constituciones rígidas que están por encima de la legislación ordinaria [...] penetran nuevamente en el paradigma del Estado constitucional de derecho bajo la forma de principios positivos de justicia contenidos en normas superiores a la legislación”.

252 Francisco Ansuátegui Roig, “¿Crisis del positivismo jurídico?: Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 1, octubre 1993-marzo 1994, p. 113-154, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, p. 119, <[www.e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1473](http://www.e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1473)>. Consulta: 28 de marzo de 2012.

postulados de la razón, y que condujo al positivismo jurídico. Solo reconoce la ley positiva y fuera de ella ningún principio es jurídicamente válido; se considera derecho el establecido por el legislador y de ahí su coherencia, debido a que dentro de sí no alberga intereses contradictorios. A partir de esta uniformidad ideológica se explica porque la ley forma parte de un edificio bien construido, y como a través de operaciones intelectivas se puede llegar al encuentro de la estructura y de los principios del Ordenamiento jurídico.<sup>253</sup>

Teóricos constitucionalistas describen al positivismo jurídico a partir de sus principales postulados originarios, entre otros: reducción del mundo del derecho a lo que la ley dispone, comprensión de la actividad jurídica exclusivamente al servicio de la ley, falta de valor autónomo de una ciencia del derecho concebida según el positivismo. De este positivismo jurídico determinado históricamente por las exigencias legales de la burguesía revolucionaria, y marcado por el monopolio de la producción normativa que tiene el Estado a través de la función legislativa; y profundamente signado por una situación ideológica o cultural que asume la reducción de los derechos al derecho y de la justicia a la ley.

En efecto, Zagrebelsky sostiene que el positivismo jurídico implica una reducción de todo al mundo del derecho, a lo que la ley dispone. En este sentido, la justicia se reduce al derecho y desde esta perspectiva se identifica el positivismo jurídico con la equivalencia entre el derecho (la ley) y la justicia. Por su parte Ferrajoli aporta al esclarecimiento de estos conceptos destacando que al “positivismo jurídico” se lo entiende como sinónimo de “formalismo jurídico”, es decir, bajo una concepción y un modelo de derecho que tiene como criterio de reconocimiento de la existencia y de la validez de las leyes, solamente la forma de producción de las mismas, independientemente de su contenido.<sup>254</sup>

García Pelayo, trata exhaustivamente el tema de la ley, su desarrollo conceptual y crisis, en este sentido parte por referir que:

[...] el concepto de ley no es más que una forma de concebir el derecho y que incluso a veces ha sido considerado como contrario al auténtico Derecho –*sortir de la légalité pour rentrer dans le droit*– significa la expresión, en el campo jurídico, de una actitud mental dominante en el siglo XIX, y que se

253 *Ibid.* 1993, p. 119, conforme a Guido Fasso citado en F. Ansuátegui, *op. cit.*, p. 19.

254 L. Ferrajoli, *Epistemología...*, p. 265.



esfuerzo por encuadrar bajo la ley todos los campos posibles [...]. El hecho es que toda la pluralidad fenoménica es reducida a unidad ontológica y gnoseológica gracias a la ley, y que solo por ella es dominable; porque fuera de la ley no solo existe la oscuridad y la ignorancia, sino también el caos, lo informe, las fuerzas ciegas.<sup>255</sup>

Otra característica fundamental del positivismo jurídico tiene relación al nivel ético, defiende la tesis de que no existen principios morales ni de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. Desde el punto de vista ideológico exige que los jueces asuman una posición moralmente neutra y se limiten a decidir según el derecho vigente. En cuanto al formalismo, el positivismo jurídico defiende la idea de que el derecho está compuesto únicamente por reglas de carácter legislativo promulgadas por órganos centralizados, y que al mismo tiempo es un sistema de normas coherentes, completas y precisas, es decir, sin antinomias, sin lagunas, sin vaguedad o ambigüedad, toda vez que es fruto del monopolio estatal de la producción normativa garantizada por el riguroso procedimiento de creación de la ley y porque el legislador es fuente, legal y políticamente legitimada por la representación que ostenta.

Prieto Sanchís insiste que el positivismo jurídico parte de la llamada tesis de las fuentes sociales del derecho; el derecho como producto histórico de la voluntad de los hombres y enfatiza que el positivismo defiende la separación conceptual entre el derecho y la moral crítica, debido a que el orden jurídico es un producto cambiante de la voluntad de los hombres capaz de tutelar los más dispares principios morales y políticos, y porque su existencia es independiente de su valor moral.<sup>256</sup> Aquí está la diferencia con el iusnaturalismo y el constitucionalismo, para estos el derecho no puede renunciar a su relación con la moral, de manera que la validez de las normas no es del todo independiente de su justicia.<sup>257</sup>

Para el positivismo jurídico no se puede encontrar solución al “caso” en litigio, sino en la ley, esto explica el sometimiento de todos a la ley; no obstante, las discrepancias teóricas respecto a este y otros aspectos tornan más complejo el debate entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo, por ejemplo: varias tendencias del positivismo no niegan la posibilidad de

255 Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Caracas, Ex Libris, 2010, p. 69-70.

256 Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 28.

257 *Ibid.*, p. 28.

que el derecho y la moral interactúen en la sociedad, y en ocasiones se dé una transposición contingente en el contenido y en las funciones sociales que derecho y moral desempeñan en la sociedad.<sup>258</sup>

Según Dworkin, en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre derecho y moral no es tan clara como sostienen los positivistas. Su ataque al positivismo se basa en una distinción lógica entre normas, directrices políticas y principios. El modelo positivista es un modelo de y para un determinado sistema de normas, y su idea central es una única fuente de derecho legislativa que obliga a pasar por alto importantes papeles de aquellos estándares que no son normas. Toma en cuenta solo si tienen la particularidad de aplicarse en *todo* o no aplicarse.<sup>259</sup> Por su parte Ramiro Ávila argumenta:

[...] en el modelo positivista 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. Conservadora porque rinde tributo a la historia y a la voluntad de un legislador ancestral. Civilista porque la columna vertebral del estudio del derecho es el Código Civil que, como hemos afirmado, tiene como objeto de estudio la autonomía de la voluntad y la propiedad privada.<sup>260</sup>

De ahí la necesidad de establecer según Kelsen, el concepto clave de “norma fundamental”; conforme a Hart la “regla del reconocimiento” para identificar las normas mediante un *test* que Dworkin denomina, el “test de su *pedigree*” u origen”, es decir, con la manera en que fueron adoptadas o evolucionaron;<sup>261</sup> y ese *test* es adecuado si se afirma con el positivismo jurídico, que el derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar que comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos.

Dworkin precisamente pretende demostrar la unilateralidad de esa visión del derecho, argumentando que junto a las normas existen principios

258 L. Ferrajoli, *Epistemología...*, p. 266-267.

259 Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 72.

260 Ramiro Ávila Santamaría, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en Konrad-Adenauer Stiftung (KAS), edit., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, KAS, 2009, p. 789.

261 *Ibid.*, p. 65.



y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen, sino por su contenido y fuerza argumentativa.<sup>262</sup> En todo caso el positivismo jurídico continúa vigente como un paradigma con suficientes elementos teórico-metodológicos y filosófico-políticos, pero al mismo tiempo no ha logrado escapar a la vertiginosa dialéctica del conocimiento jurídico ni a la realidad político-social, generadoras del denominado nuevo paradigma jurídico-político o neoconstitucionalismo.<sup>263</sup>

## El constitucionalismo

Actualmente se asume como constitucionalismo una doctrina jurídico-política que exige, de una parte, que la limitación del poder estatal quede asegurada mediante la atribución de su ejercicio a órganos distintos, de manera que no se concentre en ninguno de ellos la función de establecer las normas y de aplicarlas, y de otra, que el ámbito de libertad de los sometidos incluya al menos el goce de los derechos que la filosofía política de la ilustración define como “naturales”. Esta es una conceptualización referida por Rubio Llorente para colegirla con el sentido definido con el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución”.<sup>264</sup>

262 *Ibid.*, p. 70-72.

263 Los cambios y transformaciones a nivel filosófico y jurídico-político han sido impulsados desde la tradición jurídica positivista por autores como: Jeremy Bentham, *Introducción a los principios de la moral y la legislación* (1780), *Tratados de legislación civil y penal* (1802); R. Von Hering, *El fin del derecho*, traducido por Leonardo Rodríguez (1911); Friedrich Karl Von Savigny, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949; H. Kelsen, *op. cit.*; L. H. Hart, *op. cit.*; J. Raz, *El Estado...*; Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2005; John Austin, *La teoría del derecho* y desde la corriente no positivista de filo constitucionalista (neousnaturalista) por Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducido por Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 2008; N. Bobbio, *Teoría general...* (de tendencia formalista); Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Madrid, Astrea, 2007; M. Fioravanti, *Los derechos...*; G. Zagrebelsky, *op. cit.*; Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005; R. Guastini, *Estudios...*; L. Ferrajoli, *Principia iuris...*; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2008; L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional...*; R. Dworkin, *op. cit.* Desde la filosofía política han abordado el derecho: W. Kymlicka, *Ciudadanía...*; C. Taylor, *op. cit.*; M. Walzer, *op. cit.*; J. Habermas, *Facticidad...*; John Rawls, *Teoría de la justicia*, México DF, FCE, 2006, estos últimos ya para defender los derechos individuales o la tesis comunitarista de los derechos dentro del propio marco filosófico político liberal.

264 Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 2012, p. 10.

El constitucionalismo moderno también es concebido como: “el conjunto de doctrinas que desde aproximadamente la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la Constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía”.<sup>265</sup> Se consolida en el siglo XVIII con las revoluciones liberales y es cuando la Constitución se distingue por la pretensión de regular el poder político gubernamental de manera completa y unitaria, en función de su realización y modo de ejercicio mediante una ley situada por encima del resto de las normas. Sus principales principios fueron los derechos humanos, la separación de los poderes, el gobierno representativo, la limitación del poder gubernamental, la responsabilidad política y la independencia judicial.

Al margen de que la idea de limitar el poder no era nueva, solo bajo determinadas condiciones modernas podía ser satisfecha tal idea en forma de Constitución; y la Constitución “en cuanto establecimiento sistemático de las condiciones de legitimación del poder, dependía de que el orden político se convirtiera en objeto de decisión humana”.<sup>266</sup> Desde la perspectiva de Grimm, la calidad de regulación completa y unitaria de la organización y ejercicio del poder —de la Constitución— dependía de la existencia de un objeto que permitiera tal intervención concentrada y normativa, que asintiera la diferenciación entre Estado y sociedad y entre la esfera pública y la privada:

Solo un poder público distinto y diferenciable de la sociedad podía ofrecer el punto de partida para un trabajo de regulación expresamente dirigido a la organización y ejercicio del poder y a la concepción unitaria de este; con anterioridad a la reunión de los derechos de soberanía dispersos y a su concentración en el poder estatal pleno [...] no había posibilidad de que existiera Constitución moderna alguna.<sup>267</sup>

Posteriormente, el constitucionalismo asume tres cualidades que lo caracterizan: el carácter fundamentador del poder y su aplicación al derecho público interno, es decir, a los derechos de soberanía y a la relación entre el Estado y la *nación*; la vinculación del gobernante desde la posición del derecho de rango supremo y no solo ordinario; y la representación global de la *nación*. El contenido de la Constitución estaba prefigurado en la doc-

265 Maurizio Fioravanti, *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007, p. 85.

266 Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 50.

267 *Ibid.*, p. 51.



trina previa del contrato estatal, que se vinculaba con el viejo concepto de Constitución que apuntaba hacia la limitación del Estado y la división de poderes en interés de la libertad individual y el contenido radical democrático: “el contrato siguió siendo un criterio pensado para la organización racional del Estado, que constituía el factor determinante de la Constitución, pero no ella misma”.<sup>268</sup> Dippel argumenta que la Revolución americana:

[...] esforzándose por asegurar la libertad individual, transformó esta doctrina en el principio constitucional del gobierno limitado. Por primera vez, la idea tradicional de limitar el poder había derivado en la concesión de derechos positivados a los individuos, la protección de los cuales podría reclamarse en la Corte contra las pretensiones del gobierno. De acuerdo con la ley natural, no fue el orden divino de los tiempos antiguos el que otorgaba legitimidad a la Constitución, sino únicamente el pueblo. Tal y como había insistido Thomas Paine, una Constitución así, por lo tanto, no podría ser jamás el acto de un gobierno, sino que precedería por necesidad a cualquier gobierno. Este fundamento conceptual del constitucionalismo moderno resultó en los principios de la soberanía popular, el anclaje de la Constitución en principios universales, una declaración de derechos, gobierno limitado, y la consideración de la Constitución como la ley suprema.<sup>269</sup>

Las condiciones socioeconómicas y jurídico-políticas cambian y también el constitucionalismo, que tiene una dimensión universal y no solo rige en los sistemas políticos de raigambre liberal. El propio constitucionalismo no es la única opción capaz de solucionar los problemas de la legitimación y limitación del poder político o económico, por lo que continúa latente la necesidad de una nueva constitución del poder, y de una exigencia jurídi-

268 *Ibid.*, p. 56.

269 Horst Dippel, “Constitucionalismo moderno: Introducción a una historia que necesita ser escrita”, en *Historia constitucional*, No. 6, septiembre 2005, p. 183-184. La traducción directa del original en inglés fue realizada por Salvador Sánchez González, Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica Santa María La Antigua, de Panamá, República de Panamá. El original inglés fue publicado en *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, No. 73, 2005. (Nota hecha por el autor Dippel). (Dippel, 2005, p. 1). Dippel enfatiza que estos cinco fundamentos condicionaron otros cinco principios con el objeto de hacer funcionar a la Constitución de acuerdo a las metas del constitucionalismo moderno: “gobierno representativo para ampliar su legitimidad y para prevenir el gobierno aristocrático y la corrupción; la separación de los poderes de acuerdo a Montesquieu, para excluir toda concentración tiránica del poder; la exigencia de responsabilidad política y de un gobierno responsable, para controlar el poder; independencia judicial para que la ley prevaleciera por sobre el poder y perdurara; y un procedimiento ordenado de reforma de la Constitución ante el simple paso del tiempo o para corregir errores u omisiones, con la participación del pueblo o de sus representantes, mientras que se previenen alteraciones arbitrarias. Estos diez principios aparecieron por primera vez en Virginia en 1776. El 12 de junio de 1776 la Convención General de delegados y representantes de varios condados y corporaciones de Virginia adoptaron lo que ha sido conocido como la *Virginia Declaration of Rights*” (Dippel, 2005, p. 1).

co-constitucional capaz de imponerse judicialmente, y en última instancia se requiere de nuevas relaciones de poder. Todo esto hace pensar en los obstáculos estructurales al control jurídico de la política y que tienen su causa en una constelación de problemas que caracteriza a la sociedad industrial y posindustrial, o del riesgo como la denomina Beck,<sup>270</sup> pero en ella han cambiado tanto la función como la naturaleza del Estado.

Las condiciones de crisis del Estado, del positivismo jurídico, del constitucionalismo y del sistema socioeconómico político agudizan la inequidad, la exclusión y la asimetría de clases no menos escandalosa que la del régimen colonial o la del capitalista originario. Todos estos hechos comportan consecuencias para la Constitución, en la medida en que no está adaptada a la solución de problemas materiales ni puede adaptarse a esa función sin problemas. Prácticamente la fuerza reguladora de la Constitución tiende a hundirse como consecuencia de la reorganización del orden estatal en el marco del Estado neoliberal. Es decir, no es certera la posibilidad de poner límite legal a la extensión de los poderes, de oponer a esos poderes una norma fundamental que garantice y tutele los derechos de los individuos y de los colectivos diferenciados, de manera efectiva.

Está en crisis el constitucionalismo liberal heredado y en cuya herencia: “[...] está comprendida la supremacía de la ley (*principio de legalidad*) y el principio de igualdad, entendido como el igual sometimiento de todos a la misma ley”. Es posible entonces como lo fue antes —apelar al soberano dotado de un poder constituyente en esencia privado de límites— para impulsar un modelo político de Estado impregnado de una nueva teoría del derecho, de una nueva teoría de la democracia, es decir, para superar el concepto de Constitución que ya definiera Jellinek, en el marco filosófico político en el que se inscribe el Estado de derecho y el positivismo jurídico:

La Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, los modos de su formación, sus relaciones mutuas fijan el círculo de su acción, y por último, la situación de ellos respecto al poder del Estado.<sup>271</sup>

Desde el enfoque que le asigna Jellinek, la Constitución es una *ley fundamental escrita*, es decir en sentido formal, porque siendo la Constitución un contrato solemne sobre el que descansaban los derechos y

270 Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, España, Paidós, 2006.

271 G. Jellinek, *op. cit.*, p. 457.



deberes de todos los miembros del Estado, debía hacerse por escrito. Y respecto al concepto de ley fundamental (*lex fundamentalis*) de la Constitución, en cuanto tiene una fuerza superior a las demás leyes, refiere que aparece por primera vez en el siglo XVI y en Inglaterra hacia 1653 limitando el poder del rey, y en el derecho alemán aparece el concepto desde la paz de Westfalia.<sup>272</sup> De todas formas la naturaleza del Estado descansa en la Constitución o ley fundamental y la consecuencia es limitar el poder del Estado; poder que vive por entero y potencialmente en el pueblo pero que se reparte entre diversos órganos, poderes o funciones (legislativo, judicial y ejecutivo) para que estos lo ejerciten.

Desde un enfoque filosófico-político y jurídico actual, Ferrajoli propone un concepto de Constitución que expresa la noción estructural, en referencia a su colocación en el vértice de la jerarquía de normas (como ya lo hiciera Kelsen), y además la noción axiológica en referencia a los contenidos normativos, y a su vez formales y sustanciales requeridos para su calificación como Constitución democrática. Según esta definición:

Constitución será el estatuto de una institución política consistente en un conjunto de normas sobre la producción dotadas de algún grado de efectividad, cuyo acto institutivo es el acto constituyente y que, en democracia, encuentra: a) sus normas de reconocimiento de la esfera pública en las normas formales de competencia que disponen la división de los poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno mediante el ejercicio de los derechos políticos y la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía, b) sus normas de reconocimiento de la esfera privada en las normas hipotética que confían al ejercicio de los derechos civiles la producción de las situaciones disponibles; c) su razón social en la garantía del conjunto de los derechos de libertad y de los derechos sociales convenidos como vitales por sus normas sustantivas.<sup>273, 274</sup>

272 La Paz de Westfalia da lugar al Primer Congreso Diplomático moderno (1648) e inició un nuevo orden político en Europa Central, basado en el concepto “soberanía nacional”. En Westfalia se establece el principio de que la integridad territorial es el fundamento de la existencia de los Estados, a diferencia de la concepción feudal de que territorios y pueblos constituían un patrimonio hereditario. Por esta razón marca el nacimiento del “Estado nación”.

273 L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, p. 841-842.

274 Sobre el concepto Constitución ver Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 80 y s.; H. Kelsen, *op. cit.*, p. 113-115; M. Fioravanti, *Constitución...*, p. 71 y s.; M. García Pelayo, *Derecho constitucional...*, p. 33-46.

Es en estas normas sustantivas sobre el significado de las leyes donde reside la razón social del Estado constitucional de derecho: ya impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, ya impongan obligaciones, como en el caso de los derechos sociales, para la tutela en ambos casos de los intereses o necesidades convenidas en términos de “fundamentales” y en tal condición pertenecientes a la *esfera de lo indecidible (que o que no)*. Y es con ellas y con estipulación en la convención democrática la forma como alcanza cumplimiento el paradigma jurídico de la modernidad.

Una vez superado el principio de legalidad (del positivismo jurídico), Ferrajoli configura uno innovado que denomina “principio de estricta legalidad” y a este conforme al nuevo paradigma constitucional, otros autores lo llaman el “principio de constitucionalidad” o “principio de juridicidad” que resulta ser la positivación no solo del “ser”, sino también del “deber ser” del derecho, manifestada en el “principio de estricta legalidad”.

De acuerdo con Ferrajoli, este derecho sobre el derecho, este sistema de normas metalegales destinadas al legislador y a los otros poderes públicos es lo que se llama Constitución: que si es democrática representa la convención en torno no solo de las formas políticamente representativas de las decisiones legislativas, sino igualmente a lo que resulta *indecidible* por estas, porque no puede ser decidido o porque no puede dejar de ser decidido.

Y esta convención —en la que bien podemos reconocer la forma positiva concretamente aceptada por el contrato social formulado como hipótesis por la filosofía contractualista— en su parte esencial no es otra cosa que la estipulación de esas normas que son los derechos considerados como “fundamentales”: es decir, de los derechos elaborados por la tradición iusnaturalista en los orígenes del Estado moderno como “innatos” o “naturales” y que, a su vez sancionados por esos contratos sociales en forma escrita que son justamente las Constituciones, han devenido en derechos positivados de rango constitucional.<sup>275</sup>

De lo expuesto se desprende que:

[...] el Derecho de las modernas democracias constitucionales se diferencia de los otros derechos deónticos por dos esenciales características estructurales: de un lado, por su carácter positivo y por tanto artificial y convencional, que es el rasgo específico, frente a los sistemas no jurídi-

275 L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, p. 803.



cos y al derecho premoderno, del iuspositivismo y del Estado legislativo de derecho; de otro, por el sometimiento de sí mismo al Derecho no solo en cuanto a la forma de producción sino también en cuanto a los contenidos producidos, que es el rasgo específico del ius-constitucionalismo, o sea, del Estado constitucional de derecho.<sup>276</sup>

Es precisamente la crisis de los postulados del constitucionalismo clásico lo que constituye el dispositivo del nuevo paradigma constitucional que vincula en modo sustancial a los conceptos Constitución y democracia. La doctrina de la democracia constitucional o constitucionalismo, une indisolublemente a la democracia y a la Constitución. Desde esta perspectiva teórica no se concibe la una sin la otra. El constitucionalismo se expresa a través de tres dimensiones básicas: a) en la dimensión política: el constitucionalismo identifica un tipo de Estado de derecho que se organiza con base en la Constitución; b) en la dimensión teórica el constitucionalismo es la teoría jurídica que explica las características del modelo político de Estado constitucional; c) en la dimensión ideológica defiende la idea de organización política estructurada de esta forma.

Varios autores contemporáneos asumen que el Estado constitucional es la mejor forma de organización política, Prieto Sanchís corrobora este aserto y enfatiza que ello mismo es un problema, toda vez que el presentar el constitucionalismo como la mejor forma de gobierno ya implica: “ hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias”.<sup>277</sup>

## El neoconstitucionalismo

Del análisis que hace García Amado se deduce que el neoconstitucionalismo es una doctrina de caracteres difusos, desarrollada por filósofos jurídicos que le asignan sus propias especificidades y que: “ello constituye una dificultad para decantar los elementos comunes de la nueva doctrina, teoría que no ha encontrado aún plasmación completa y coherente en una obra central de referencia, en este sentido, sus caracteres esen-

276 *Ibid.*

277 L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional...*, p. 102.

ciales serían contruidos más como descripción del común denominador de una tendencia genérica presente y dominante en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy".<sup>278</sup> Por la indefinición teórica y el designio preferentemente político de quienes lo sustentan, asecha el riesgo de errar en la descripción de dicha doctrina o tendencia y de proyectar las críticas sobre molinos de viento, sobre un espantajo teórico que no se corresponda en verdad con ninguna teoría efectivamente operante.<sup>279</sup> El autor en cita, al margen de su reticencia al nuevo paradigma argumenta que:

Al positivismo del siglo XIX y al neoconstitucionalismo le son comunes una serie de notas: la confianza en el carácter en el fondo perfecto y completo de los sistemas jurídicos; el desdoblamiento del ordenamiento jurídico en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias, y una parte profunda o esencial, que contiene solución predeterminada para cualquier caso difícil; la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria (el método meramente subjuntivo en el positivismo, el método de la ponderación en el neoconstitucionalismo) y la consiguiente negación de la discrecionalidad judicial.

Según García Amado positivismo jurídico decimonónico y neoconstitucionalismo actual son extremos que se tocan y se combaten por razón de su semejanza estructural y de sus similares pretensiones políticas.

Donde aquel tomaba como axioma la idea del legislador racional, este adopta con similar convicción la del juez racional; donde aquel quería ver en el legislador un mero portavoz de los intereses objetivos de la nación o de las esencias inmutables y necesarias del derecho, y en la ley la plasmación perfecta de la justicia ideal, este hace de la Constitución la quintaesencia de la verdad moral y de la justicia objetiva, y de los jueces los traductores seguros de esas verdades axiológicas-jurídicas a decisiones materialmente justas y objetivamente correctas, sin asomo de subjetivismo ni desfiguración por intereses políticos o gremiales.<sup>280</sup>

Esta perspectiva analítica lleva a argumentar que así como al derecho decimonónico se lo veía perfecto, objetivamente verdadero y al cual la ra-

278 Juan García Amado, "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", trabajo inserto dentro del proyecto titulado Teoría del derecho y proceso. Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España, SEJ2007-64496, p. 1-2, en <www.garciamado.blogspot.com>. Consulta: 17 de julio de 2012.

279 *Ibid.*, p. 2.

280 *Ibid.*



cionalidad cognitivo-instrumental (científica) debía pulirlo; el derecho actual, el neoconstitucionalismo visto como Derecho básicamente constitucional, debe ser alumbrado también por la ciencia jurídica que interpreta la Constitución a base de bucear en el orden axiológico y que es su esencia. En este sentido se puede deducir que se trata de alcanzar la hegemonía de una objetiva razón práctica y no una razón científico-natural.

El abordaje del nuevo paradigma neoconstitucional, a partir de las observaciones de García Amado tiene sentido en función de desarrollar otros enfoques que no excluyen una visión dialéctica del derecho y del constitucionalismo, es decir, en el marco de conceptos históricos y dinámica de la realidad socioeconómica, científica y jurídico-política de la sociedad. En este sentido, del proceso de mutación del derecho positivo y del derecho constitucional modernos deviene el constitucionalismo actual, que al sujetar la validez de las leyes a la sustancia y, por ello, a los contenidos, más allá de la forma de las decisiones y fundando aquella validez en principios constitucionales como criterios de justicia, y no solo en las reglas de procedimiento como criterios de existencia y de validez formal de las normas; ha reintroducido en el derecho una racionalidad sustancial. Esta racionalidad era propia de la tradición iusnaturalista y había sido sacrificada ante las instancias de certeza y racionalidad formal, como las llamó Weber<sup>281</sup> y se afirmaron con el primer positivismo jurídico<sup>282</sup> que propició el sometimiento del poder político al derecho, a la ley.

Con el advenimiento del nuevo paradigma jurídico-político constitucional, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se acelera el proceso de cambios en el derecho y su plasmación en el ámbito jurídico. Desde esta perspectiva, cuando se alude al neoconstitucionalismo se hace referencia a un “ordenamiento jurídico constitucional” que rige en varios Estados europeos, en otros del área de influencia de la antigua Unión Soviética y Es-

281 M. Weber, *op. cit.*, p. 1048: “[...] en el Estado racional, el único en el que puede prosperar el capitalismo moderno. Se funda en la burocracia profesional y en el derecho racional [...]. El derecho racional del moderno Estado occidental, según el cual decide el funcionario de formación profesional, proviene en su aspecto formal, no en cuanto al contenido, del derecho romano”.

282 U. Beck en *La sociedad...* enfatiza que la explicación del positivismo jurídico que hacen varios autores tiende a ser más política que científica; sostienen que en el Ordenamiento jurídico, la ley ocupa el primer y más importante puesto entre las fuentes del derecho. Sobre la ley se levantaba todo el edificio político jurídico de la democracia liberal. Pero esta visión ingenua de la democracia liberal ha conducido a una tremenda desilusión, en la medida en que se ha constatado la incapacidad de los instrumentos tradicionales para responder a los fenómenos que caracterizan a la sociedad actual globalizada y de riesgo, tal cual la denomina Beck.

tados latinoamericanos como Brasil en 1988, Colombia en 1991, Ecuador en 1998 y el en el 2008, Bolivia en 2009. Se infiere que el neoconstitucionalismo también está siendo desarrollado por la academia en general, en Ecuador por ejemplo, aún es incipiente.

Los rasgos que definen al neoconstitucionalismo son de intensidad variable y entre los más importantes cabe mencionar los siguientes: los contenidos constitucionales además del valor pragmático obligan a todos los poderes públicos; ponen límites al legislador; dan lugar a la existencia de tribunales competentes para anular leyes o decisiones y disposiciones que vulneren la Constitución, esto implica plena vigencia de la garantía jurisdiccional constitucional.<sup>283</sup>

Donde tiene vigencia el Estado constitucional por lo general la Constitución es rígida, garantista y normativa; es de aplicación directa y su influencia sobre las relaciones políticas también es directa; la interpretación de las leyes y normativa en general se da conforme a la Constitución; diversos espacios que antes eran privativos de la política pasan a ser controlados por el derecho, por ejemplo, los actos discrecionales de los poderes públicos pueden ser susceptibles de control jurisdiccional y ello implica que existen pocos actos puramente políticos.

En el sistema constitucional, el derecho no es visto como el conjunto de reglas o pautas de comportamiento estrictamente legal, porque tienen primacía los derechos erigidos sobre principios y valores, en consecuencia el derecho es más dúctil que en el Estado de derecho;<sup>284</sup> los jueces disponen de un poder inusitado para salvaguardar los derechos fundamentales y son intérpretes y ejecutores de los derechos. En este sentido el neoconstitucionalismo ha sido conceptualizado como una teoría de los derechos humanos (fundamentales), centrada en el valor y posición jerárquica de tales derechos en el orden constitucional.

283 Víctor Bazán, "En torno a la justicia constitucional latinoamericana en los albores del siglo XXI", en Ernesto Álvarez Miranda, edit., *Constitución y proceso*, Lima, Jurista Editores, 2009, p. 29, informa que sobre el aspecto de indemnidad de la Constitución, Zagrebelsky sostiene: "[...] que si bien existen en su origen relevantes distancias entre los esquemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: *Judicial Review* o justicia constitucional; tradiciones del *common* o *civil law*; control abstracto o concreto, preventivo o subsecuente; tutela de los derechos constitucionales o control de las leyes, etc., el Estado de derecho no siempre es la misma cosa en cuanto *État de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. La noción de Estado constitucional, por consiguiente, no coincide en todas partes. La misma Constitución no es una norma suprema en la misma medida, en donde cambian las relaciones entre Cortes y poderes legislativos. Son diferencias relevantes".

284 G. Zagrebelsky, *op. cit.*



Desde otra perspectiva se argumenta que tiene elementos para ser una teoría del Estado.<sup>285</sup> Lo hace Ferrajoli por ejemplo, al plantear la diferencia entre Estado legislativo de derecho (o Estado legal) moderno, que tiene el monopolio de la producción jurídica, y el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente, y el modelo neouspositivista del Estado constitucional de derecho (o Estado constitucional), vigente a partir de la Segunda posguerra en Europa, con la subordinación de la legalidad misma –garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad– a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Es decir: “Cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no solo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales”.<sup>286</sup>

Los dos modelos son fruto de un triple cambio de paradigma: el Derecho pre-moderno, el Estado legislativo de derecho, y el Estado constitucional de derecho. Cambio que se expresa; a) en la naturaleza y estructura del derecho; b) en la naturaleza de la ciencia jurídica, y c) en la naturaleza de la jurisdicción.

En el Estado constitucional se sustituye el criterio formal y procedimental de validez de las normas del Estado de derecho, por el criterio material, es decir, para que una norma sea válida no puede contradecir la Constitución ni atentar contra los principios y los derechos. En este sentido el neoconstitucionalismo genera el colapso de la distinción entre normas jurídicas y normas morales: y asume que hay un solo concepto de norma, el moral, dando lugar a las normas constitucionales que encarnan a su vez normas de moralidad y singularmente expresan derechos fundamentales que son, según el criterio común, el compendio de la moralidad pública de la modernidad.<sup>287</sup>

En este sentido, Prieto Sanchís ubica a Ferrajoli como el autor que ha construido un modelo más denso y vigoroso de Constitución normativa,

285 L. Ferrajoli, “Iuspositivismo...”, p. 8.

286 L. Ferrajoli, “Pasado y futuro...”, p. 192: “La existencia (o vigencia) de las normas en el paradigma paleouspositivista se había disociado de la justicia, ahora se disocia también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales”. *Ibid.*, p. 192.

287 Susana Pozzolo, “Reflexiones sobre la concepción neoesntitucionalista de la Constitución”, en Miguel Carbonell y Leonardo García G., edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (UEC), 2010, p. 218.

y este es el núcleo del paradigma constitucional actual: la regulación no solo del quién y del cómo se manda, sino también de qué puede o debe mandarse; no solo normas de competencia y procedimiento, condicionantes de la vigencia de la ley, sino también normas sustantivas condicionantes de su validez. Si la regulación de las formas caracteriza al positivismo jurídico y al Estado de derecho en sentido débil, “la regulación de sus significados mediante normas sustantivas caracteriza en cambio al constitucionalismo y al Estado de derecho en sentido fuerte, que exigen que todos los poderes, incluso el Legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido”.<sup>288</sup>

En el neoconstitucionalismo los derechos humanos “fundamentales” son tomados muy en serio por el sistema jurídico constitucional, al igual que la “democracia sustancial” propia de aquel; no obstante, persiste la preocupación respecto a que el neoconstitucionalismo no es la panacea para todos los males del Estado de derecho y del positivismo jurídico.

Cuando se alude al neoconstitucionalismo como neopositivismo es porque existen fundamentos que dan pábulo a ello; por ejemplo, académicos como Ferrajoli, del cual no se puede afirmar que sea neoconstitucionalista, con su teoría del garantismo<sup>289</sup> rompe la estructura básica del positivismo jurídico y ello coadyuva a la mejor determinación del nuevo paradigma jurídico-político.

Para Ferrajoli, el “garantismo” resulta extensible como paradigma de la teoría general del derecho a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean estos patrimoniales, y a todo el conjunto de poderes públicos o privados, estatales o internacionales. En este sentido, el “garantismo” se opone a cualquier concepción de las relaciones económicas como de las políticas, tanto las del derecho privado como las del derecho público, fundada en la ilusión de un “poder bueno” o, en todo caso, de una observan-

288 Luis Prieto Sanchís, “*Principia iuris*: Una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *op. cit.*, p. 277.

289 L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo...*, p. 61. En el sentido ferrajoliano el “garantismo” tiene un mayor alcance que el originario en materia civil, dirigido a asegurar el cumplimiento de los correspondientes derechos patrimoniales. Para este autor: “la introducción del neologismo ‘garantismo’ está dado para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales. Es decir: [...] aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar, ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos”.



cia espontánea del derecho y de los derechos. En su teoría el autor discute sobre el garantismo patrimonial, social e internacional, o “paradigma teórico general” que implica sujeción de todos los poderes al derecho, y garantía de los derechos de todos mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, públicos o privados.<sup>290</sup>

Conforme a Ferrajoli “El Estado constitucional de derecho, fundado sobre esa verdadera invención de nuestro siglo XX que es la rigidez constitucional”, permite que:

Las Constituciones, los principios y los derechos fundamentales establecidos en las mismas pasan a configurarse como pactos sociales en forma escrita que circunscriben la esfera de lo indecible, esto es, aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir: de un lado los límites y prohibiciones en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones de garantía de los derechos sociales. Se trata de una profunda transformación del paradigma original del positivismo jurídico, con el que alcanza su culminación el principio, característico del Estado de derecho, de la sujeción a la ley de todo poder, incluido por tanto, el propio poder Legislativo.<sup>291</sup>

Es importante entender la tesis ferrajoliana, porque connota y explica el alcance de la transformación del positivismo jurídico, gracias a ella:

cambia la naturaleza de la validez de las leyes, que deja de coincidir con su mera existencia determinada por el simple respeto a las formas y procedimientos establecidos por las normas formales sobre su producción, y que exige además la coherencia de sus significados con los principios constitucionales. En segundo lugar, cambia la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, a las que ya no corresponde únicamente la aplicación y el conocimiento de unas normas legales cualesquiera, sino que asumen, además, un papel crítico de su invalidez siempre posible.<sup>292</sup>

290 En este acápite, cabe recordar lo mencionado por A. Benz, *op. cit.*, p. 180, cuando afirma que: “[...] dentro del Estado constitucional no existe ningún soberano”. Únicamente los derechos constituyen en el contrapoder del poder y están por sobre la soberanía del Estado y cualquier derecho de carácter patrimonial. Ver Iván Narváez y María José Narváez, *Derecho ambiental en clave neoconstitucional: Enfoque político*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos / FLACSO-E, 2012, p. 14.

291 L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo...*, p. 65-66.

292 *Ibid.*

“sobre todo, con la transformación de las condiciones de validez de las leyes, cambia la propia naturaleza de la democracia y la política”.<sup>293</sup> Y aquí radica un punto nodal del garantismo constitucional, porque: “introduce en la democracia una dimensión sustancial, ajena al viejo paradigma del Estado legislativo de derecho y generada, precisamente, por las prohibiciones y obligaciones impuestas a las opciones políticas, tanto legislativas como de gobierno, por parte de las garantías primarias de los derechos fundamentales sancionados en las Constituciones”.<sup>294</sup>

De este modo, en el Estado constitucional de derecho la legitimidad tanto política como jurídica del ejercicio del poder ya no está solo condicionada por las reglas que disciplinan las formas mayoritarias de su ejercicio —el *quién* y el *cómo* de las decisiones—, sino también por las reglas que condicionan su sustancia —es decir, qué es lícito u obligatorio decir, por cualquier mayoría— y que son, justamente, las garantías impuestas a sus contenidos por la constitucionalización de los derechos fundamentales: las garantías primarias negativas en forma de límites o prohibiciones impuestas por los derechos de libertad; las garantías primarias positivas en forma de vínculos u obligaciones impuestas por los derechos sociales; las garantías secundarias del control de constitucionalidad de las leyes y la de accionabilidad en juicio de todos los derechos subjetivos, comenzando, obviamente, por los derechos fundamentales.<sup>295</sup>

La referencia de los diversos autores ubicados en una u otra tendencia, se lo hace en función de posicionar el debate teórico positivista y constitucionalista, y además para señalar que la diferencia fundamental entre el positivismo jurídico y el no positivismo, es la no conexión necesaria entre el derecho y la moral; de aquí se establece que la aceptación a dicha conexión o separación de ella marca la primera línea divisoria entre positivistas y no positivistas o neo(constitucionalistas). Cabe enfatizar: la moral insertada en la

293 Lo de fondo radica, tal cual lo proclama el propio Ferrajoli, en *Democracia y garantismo*..., p. 32, a consecuencia de todo ello cambia: “[...] la relación entre la política y el derecho, dado que ya no es el derecho el que se subordina a la política como instrumento, sino la política la que se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los límites impuestos por los principios constitucionales: vínculos negativos, tales como los generados por los derechos de libertad que no pueden ser violados; vínculos positivos, tales como los generados por los derechos sociales que deben ser satisfechos. Política y mercado quedan configurados de tal manera como la esfera de lo decidible, rígidamente delimitada por los derechos fundamentales, los cuales, justamente por estar garantizados a todos y sustraídos de la disponibilidad del mercado y de la política, determinan la esfera de lo que debe o no debe ser decidido, sin que ninguna mayoría —ni siquiera la unanimidad— pueda decidir legítimamente violarlos o no satisfacerlos”.

294 *Ibid.*, p. 66.

295 *Ibid.*, p.66-67.



dimensión de la filosofía política interesada en establecer los términos de la justicia a ser tutelada por la instancia pública, hace que el neoconstitucionalismo también se vislumbre como una forma de teoría del Estado.<sup>296</sup>

En términos de Ferrajoli, queda pendiente la difícil y compleja refundación de la legalidad del Estado social, debido a su progresiva expansión de la mediación burocrática, crecimiento de sus espacios de discrecionalidad, acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares responsables tanto de la ineficiencia de las prestaciones públicas como de sus degeneraciones ilegales. Una refundación del Estado social en función de los principios “[...] se hace necesaria para la efectiva satisfacción de los correspondientes derechos, cuyo costo se vería compensado con la reducción de los despilfarros producto de los enormes aparatos burocráticos y parasitarios que hoy administran la asistencia social de manera a veces corrupta y con criterios arbitrarios y discriminatorios”.<sup>297</sup>

Esta perspectiva teórica sostiene que el segundo desafío está dirigido a la dimensión constitucional del Estado por la pérdida de soberanía de los Estados, por el desplazamiento de las fuentes del derecho fuera de sus confines y por el consiguiente debilitamiento de su papel garantista de las constituciones nacionales. Frente a estos procesos la alternativa al Estado de derecho es la promoción de un nuevo modelo político de Estado, que priorice la integración jurídica e institucional como complemento de la integración económica y política, hoy ya irreversible, y de pronto el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos espacios ya no estatales, sino supraestatales, a los que se han desplazado el poder y las decisiones.<sup>298</sup>

Desde esta perspectiva, no cabe duda que el neoconstitucionalismo es una expresión de una teoría de Estado, en la medida en que plantea salidas

296 L. Ferrajoli, “Pasado y futuro...”, p. 194. Existe una interacción entre transformaciones institucionales y transformaciones culturales, es decir: las filosofías jurídica y política son un reflejo y a la vez un factor constitutivo, performativo de las concretas experiencias jurídicas, por ejemplo: el iusnaturalismo fue en muchas de sus variantes la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó el monopolio estatal de la producción jurídica; el iuspositivismo lo ha sido a partir de las codificaciones y nacimiento del Estado moderno; y el constitucionalismo lo es hoy, o en todo caso, está llegando a serlo, después de la introducción de la garantía constitucional de la rigidez de las Constituciones.

297 *Ibid.*, p. 197-198.

298 *Ibid.*, p. 199.

a esa crisis. Un ejemplo es el nuevo modelo político de Estado constitucional-plurinacional, ya vigente en la fase del experimentalismo político ecuatoriano y boliviano, donde la garantía de los derechos individuales y colectivos no tiene diferencia porque son asumidos como de igual jerarquía, así lo establece la CRE, art. 11, num. 6. Esta condición era impensable en el Estado de derecho regido por el positivismo jurídico.<sup>299</sup>

## El neoconstitucionalismo como: teoría, ideología y método

En su momento Bobbio caracteriza al formalismo jurídico y señala que este formalismo es considerado en casi todas las acepciones, uno de los motivos de acusación y condena al positivismo jurídico. Más aún, en la polémica antiformalista la teoría del derecho natural es expuesta a manera de teoría material del derecho, por cuanto lo define no por medio de su creación o aplicación, sino a través de su contenido y de su finalidad. Las dos definiciones muchas veces son estudiadas como si fueran sinónimos. Bobbio por su parte enfatiza, en primer lugar: la existencia de una estrecha vinculación entre el formalismo ético y el significado que ilustra el positivismo jurídico como ideología; el formalismo en la definición del derecho (derecho como forma); el formalismo en la concepción de la ciencia jurídica (la ciencia jurídica como ciencia formal), y el formalismo en la interpretación (la interpretación jurídica como operación lógica) pueden ser considerados caracteres peculiares del positivismo jurídico en su segundo significado, es decir, entendido como una teoría específica del derecho. Bobbio sostiene que en su primer significado el positivismo jurídico es visto como un modo de acercarse a la comprensión del fenómeno jurídico, o forma típica de *approach* al estudio del derecho, está dentro de una de las acepciones del formalismo jurídico.<sup>300</sup>

A la luz de este enfoque se expresan tres aspectos desde los cuales ha sido presentado históricamente el positivismo jurídico: como un modo (mé-

299 El nuevo paradigma jurídico-político o neoconstitucionalismo es objeto de diversas interpretaciones y análisis filosófico-político-jurídicos que coadyuvan a una comprensión integral, para el efecto ver L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo...*; Luigi Ferrajoli, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2010; Paolo Comanducci, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo"; en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *op. cit.*; Alfonso García Figueroa, "Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica, en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *op. cit.*; S. Pozzolo, "Reflexiones..."; Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, UEC, 2008.

300 N. Bobbio, *El problema...*, p. 42-43.



todo) de acercarse al estudio del derecho; como una determinada teoría o concepción del derecho; y como una determinada ideología de la justicia.<sup>301</sup> La reseña es pertinente para señalar que el enfoque analítico de Bobbio ha sido tomado por diversos estudiosos de la filosofía jurídica y por juristas, a manera de base para explicar el neoconstitucionalismo como teoría, como ideología y como método, proponiendo una aproximación conceptual y formal comparativa entre el positivismo jurídico y el nuevo paradigma.

Para el filósofo jurídico Prieto Sanchís, por ejemplo: el neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas, son expresiones que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica que: en principio puede encarar un cierto tipo de Estado de derecho designando un modelo institucional de una determinada forma de organización política; en segundo lugar constituye una teoría del derecho apta para explicar las características de dicho modelo; y como ideología justifica o defiende la fórmula política así designada.<sup>302</sup> En el primer nivel ideológico –insiste Prieto Sanchís– puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado constitucional de derecho representa la mejor o más justa forma de organización política.

Paolo Comanducci explora un análisis que no difiere sustancialmente del anterior; y argumenta que el constitucionalismo o neoconstitucionalismo designa en una primera acepción una teoría y/o una ideología y/o un método del derecho. En una segunda acepción designa algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” designan un modelo constitucional, o conjunto de mecanismos normativos e institucionales creados en un sistema político-jurídico históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.<sup>303</sup>

301 *Ibid.*, p. 44. Además, para una mayor comprensión de este enfoque, seguir el desarrollo conceptual que Bobbio hace de lo que considera “modo” y “método”; de lo que entiende por “teoría” y finalmente lo que asume por “ideología”. En principio argumenta que es útil distinguir estos tres aspectos de aquello que comúnmente se considera como una única doctrina, porque le parece que no existe una relación necesaria (tanto en sentido lógico como causal”, entre ellos ni en sentido recíproco ni en sentido unívoco.

302 Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 123.

303 P. Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo...”, p. 75-76.

Si el neoconstitucionalismo es pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica anti-iuspositivista, su vertiginosa difusión amplía su capacidad denotativa pero reduce sus potencialidades connotativas y explicativas. Ha servido –siguiendo a Comanducci– para identificar fenómenos diferentes y para indicar un modelo de sistema jurídico con características específicas denominado “Estado constitucional de derecho”, dotado de una Constitución larga y densa.

En términos de Pozzolo, en la medida en que se consolida la concepción neoconstitucionalista de la Constitución, se produce una correspondiente percepción de la realidad, sobre todo por parte de los operadores del derecho y más en general de los intérpretes.<sup>304</sup>

Una visión latinoamericana sobre el nuevo paradigma es la de Andrés Gil Domínguez, y la aborda a partir de una aproximación a la teoría general de los derechos colectivos en el marco de un Estado constitucional de derecho; con el particular de que su tesis es desarrollada a partir de la siguiente pregunta: ¿Son los derechos colectivos derechos fundamentales que amplían la dimensión sustancial de un Estado constitucional de derecho? Y de ahí su requerimiento del neoconstitucionalismo para elaborar una teoría del Estado constitucional de derecho, teniendo en cuenta la elemental diferencia que existe entre la estructura que define los rasgos esenciales del modelo y el sistema de garantías que posibilita su eficacia.<sup>305</sup> Este autor reconoce que el neoconstitucionalismo alude una nueva cultura jurídica caracterizada por cuatro acepciones: La primera refiere un cierto modelo de Estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. En esta acepción:

El neoconstitucionalismo se asienta sobre una naturaleza estructural y tiene los siguientes elementos constitutivos: carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución; supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes; eficacia o aplicación directa; garantía judicial; presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, y

304 S. Pozzolo, “Reflexiones...”, p. 209-210. En el mismo texto, p. 210, argumenta: “Muchos son los aspectos dirigidos a caracterizar el neoconstitucionalismo como doctrina de la interpretación constitucional, aunque la característica fundamental, en la que coinciden todos los estudiosos neoconstitucionalistas, es seguramente la crítica al positivismo jurídico”. Desde esta perspectiva analítica, tanto Pozzolo como Bobbio tienen punto de vista coincidente.

305 Andrés Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, EDIAR, 2005, p. 9.



formado por principios, derechos y directrices más o menos precisos llamados a ser aplicados solo en los casos concretos; rigidez constitucional (a mayor dificultad de reforma para la mayoría legislativa, mayor fortaleza del modelo constitucional).<sup>306</sup>

La segunda acepción –señala Domínguez– configura una teoría del derecho apta para explicar o describir las características del modelo, de tal forma que el Estado constitucional demanda una nueva teoría caracterizada por: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes en lugar de espacios extensos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario; coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica.<sup>307</sup>

La opción tercera establece una ideología que justifica o defiende el paradigma propuesto y donde subyace un alto grado de tensión entre democracia y Constitución.

La cuarta acepción se refiere a una dimensión filosófico-jurídica, que tiene por objetivo revisar categorías tradicionales instituidas por la Teoría general del derecho.<sup>308</sup> Gil Domínguez tiene principal interés en que se revise el tema de los derechos colectivos, señalando que: “no deben ser asimilados en su estructura, contenidos y garantías a los derechos subjetivos sino que, partiendo de la afirmación de que son derechos fundamentales, deben determinarse sus elementos constitutivos y las consecuentes garantías que los tutelan dentro del marco constitucional de derecho”.<sup>309</sup> Gil Domínguez caracteriza a la constitucionalización del ordenamiento jurídico y destaca las siguientes condiciones:

Constitución rígida, o sea, escrita y garantizada contra la legislación ordinaria mediante un proceso especial de revisión constitucional; garantía jurisdiccional de la Constitución; fuerza vinculante de la Constitución; sobreinterpretación de la Constitución, ello implica que no existe espacio

306 *Ibid.*, p. 18.

307 A. Gil Domínguez, *op. cit.*, p. 20.

308 *Ibid.*, p. 20.

309 *Ibid.*, p. 20. Esta observación tiene sentido para la presente investigación, porque precisamente trata sobre los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación, en un Estado constitucional de *derechos, plurinacional*, que como se puede apreciar, no expresa el mismo contenido esencial que la noción Estado constitucional de derecho.

para ninguna discrecionalidad legislativa y consecuentemente, no hay ninguna cuestión, por más política que sea su naturaleza, que quede al margen del control de constitucionalidad; aplicación directa de las normas constitucionales, que sugiere la difusión de la cultura jurídica de cierta concepción de la Constitución y una determinada actitud de los jueces (respeto a la operatividad de la totalidad del texto constitucional en las relaciones emergentes entre las personas y el Estado como entre los particulares; interpretación conforme a la constitución, esto es, aquella que armonice la ley con la Constitución –previamente interpretada– y evitando la contradicción entre ellas; influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas lo cual depende del contenido de la Constitución), postura de los jueces que detentan el control de la constitucionalidad, la orientación de los órganos constitucionales y de los actores políticos.<sup>310</sup>

Prieto Sanchís señala que al establecer el constitucionalismo como la mejor forma de gobierno, ha de hacer frente a una objeción importante, que es: la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más Constitución y mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias (y esta es una de las consecuencias de la ponderación judicial). Otra dimensión del constitucionalismo como ideología, según Prieto Sanchís, es aquella que pretende ofrecer consecuencias metodológicas o conceptuales y la resume de la siguiente manera: “[...] dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo del Estado de derecho, al menos donde allí existe cabe sostener una vinculación entre el derecho y la moral y postular de alguna forma la obligación de obediencia al derecho.”<sup>311</sup>

Reconociendo el formato restringido del análisis expuesto, no se puede excluir de este al menos una referencia básica sobre el garantismo constitucional, en la medida en que es precisamente el que inserta en la democracia una dimensión sustancial, y tal cual lo sustenta Ferrajoli:

Se habla en este sentido de garantías constitucionales para referirse a la tutela reforzada de los derechos resultantes de su estipulación en una

310 *Ibid.*, p. 18.

311 L. Prieto Sanchis, “Neoconstitucionalismo...”, p. 124. Para este autor, una tercera versión del constitucionalismo ideológico y que podría tal vez denominarse constitucionalismo dogmático: “[...] representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no solo descriptiva por parte del científico del Derecho. Ejemplo de estas dos últimas implicaciones pueden encontrarse en los planteamientos de autores como Dworkin, Habermas, Alexy, Nino, Zagrebelsky y, aunque tal vez de un modo más matizado, Ferrajoli”. (*Ibid.* 2003, p. 124).



constitución rígida. Ferrajoli exalta al: “*Estado constitucional de derecho fundado sobre esa verdadera invención de nuestro siglo que es la rigidez constitucional* [...] Las constituciones y los principios y derechos fundamentales establecidos en las mismas pasan así a configurarse como pactos sociales en forma escrita que circunscriben la *esfera de lo indecible*, esto es que ninguna mayoría puede decidir o no decidir: de un lado, los límites y prohibiciones de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales”.<sup>312</sup>

Está claro que en materia de derechos el Estado constitucional supera al viejo modelo de Estado legislativo de derecho o del positivismo jurídico, tal cual se reitera en la nota del pie de página.<sup>313</sup> Este constitucionalismo está dirigido a limitar el poder del Estado y de todos los poderes públicos y privados; a la defensa de las libertades y los derechos humanos fundamentales, y tiene como trasfondo el iusnaturalismo que se caracteriza por mantener la tesis de la conexión entre el derecho y la moral. Este es el signo distintivo que lo ubica en una posición contraria al positivismo jurídico.

Por su parte, Andrés Gil Domínguez también asume al garantismo constitucional como: “el conjunto de garantías políticas y jurisdiccionales que tiene por objeto tornar vigente el modelo de Estado constitucional de derecho, ya sea respecto de las formas de producción del derecho, o en torno a las sustancias constitucionales afincadas en los derechos fundamentales”,<sup>314</sup> y son las que connotan la expansión de la fuerza normativa de la Constitución en la dimensión social.

## **El nuevo constitucionalismo social latinoamericano (dimensión jurídica)**

En las décadas de los 70 y de los 80 América Latina vive una represión extrema bajo fórmulas explícitas o de excepción que desarticulan las distintas fuerzas sociopolíticas alternativas, y desbrozan el camino

312 Luigi Ferrajoli, *Neoconstitucionalismo...*, p. 65-66.

313 L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, p. 636 insiste que: “[...] la estructura del Estado constitucional de derecho se caracteriza, en su modelo normativo por la tutela de las necesidades vitales de las personas a través de su reconocimiento como derechos fundamentales, y por la consiguiente configuración que llama ‘esfera pública’, como un sistema de prohibiciones de lesión y de obligaciones de prestación, o sea, de límites y vínculos dispuestos para su garantía”.

314 A. Gil Domínguez, *op. cit.*, p. 20.

para la imposición del modelo neoliberal en los años 90. Las tres décadas suman represión, frustración socioeconómica y fracaso del constitucionalismo liberal, con la complicidad del ancien régimen partidocrático y grupos hegemónicos detentadores del poder real.

No obstante, en la década de los 90 empieza a convalecer el destruido tejido social y se produce un reacomodo ideológico-político de los movimientos sociales, dando lugar a un proceso emancipatorio no protagonizado por estructuras partidistas o “grupos revolucionarios”, sino por un vasto universo de organizaciones sociales urbano-rurales y los pueblos indígenas. Su agenda se centra en la defensa y fortalecimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), argumentando que sin ellos nos es posible la concreción de los derechos civiles y políticos y menos los derechos colectivos y ambientales. En una primera fase los DESC son nominales, posteriormente, la incidencia de los colectivos sociales, la reforma del Estado y la nueva arquitectura constitucional-legislativa les dotan de una progresiva normatividad, tal cual sucede en Brasil (1988), Colombia en 1991, Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia en (2009).

Estos cambios jurídico-legales marcan el inicio del nuevo constitucionalismo social latinoamericano que incluye los postulados jurídico-programáticos prescritos en instrumentos internacionales como: la Convención Americana de Derechos Humanos; el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador);<sup>315</sup> el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos; la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos (ONU, 1993); el Convenio 107 relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y Tribu-

315 En el “Preámbulo” del Protocolo, suscrito el 17 de noviembre de 1988; entrada en vigor el 15 de noviembre de 1999, se establece, por ejemplo: La estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros [...]. Solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. En I. Narváez y M. J. Narváez, *op. cit.*, p. 133.



les en Países Independientes; el Convenio 169 de la OIT respaldado por FAO, UNESCO, OMS e Instituto Indigenista Interamericano, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas proclamada por Naciones Unidas (ONU) en 2007.<sup>316</sup> Todos estos instrumentos sancionan la indivisibilidad de los derechos humanos (fundamentales), y generan condiciones para contrarrestar las iniquidades neoliberales que han estado a punto de convertir las sociedades latinoamericanas en desvertebradas y miserables.

El nuevo constitucionalismo social impregna a la Constitución de una innovada dimensión jurídica en el marco de la democracia sustancial; y constituye el mecanismo expedito por el cual la ciudadanía limita al poder, en otras palabras, el poder constituyente determina las normas constitucionales. Desde esta perspectiva, el referido constitucionalismo social latinoamericano:

Asume las posiciones del neoconstitucionalismo sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico, pero su preocupación no es solo la dimensión jurídica de la Constitución, sino, su legitimidad democrática. En efecto, si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación de las normas constitucionales.<sup>317</sup>

El fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico solo puede encontrarse en el hecho de que la Constitución es fruto del

316 Existen otros instrumentos pertinentes en el marco de la Naciones Unidas, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial; y otra vertiente de interpretación de ciertos derechos de los pueblos indígenas a través de deducciones individualistas o colectivas de los derechos humanos, sustentada en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y tramitados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y que si son del caso pasan a la Corte IDH. Tiene fundamental relevancia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007, ya que “regula”, tanto los derechos individuales y los derechos colectivos. De este modo incluye derechos culturales, el derecho a la identidad, derechos sobre la educación, salud, empleo, idioma, prohíbe la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve su participación en los asuntos que les conciernen. Elizabeth Salmón, coord., *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, p. 181-192.

317 Roberto Viciano y Ruben Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en Corte Constitucional del Ecuador, edit., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, CCEPT, 2010, p. 18.

mandato del poder constituyente, que reside en el pueblo, refleja su voluntad y es legitimada por él; no por ningún representante. Al final subsiste el debate entre la tesis de que el neoconstitucionalismo es una teoría del derecho, y la otra, de que el nuevo constitucionalismo es una teoría (democrática) de la Constitución.<sup>318</sup>

El nuevo constitucionalismo social latinoamericano (en clave sociocultural) busca garantizar un real control del poder por parte de los colectivos diferenciados y de los ciudadanos organizados, y gira en torno a cómo solucionar los problemas de la injusticia cultural y de la injusticia distributiva que finalmente devienen en iniquidad social. Es la lucha de los pueblos indígenas y de los movimientos sociales la base del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, ahora impregnado de neoconstitucionalismo.

Los detractores del neoconstitucionalismo califican de neopopulistas a los regímenes que lo han adoptado, argumentando que el recurrente uso de plebiscitos y referendos para avanzar con sus agendas políticas y sociales, los convierte en aquello. Es decir, a su criterio son populistas porque apelan de manera directa y frecuente al pueblo para que sea él quien decida los aspectos más trascendentes del país.

Un asunto clave del nuevo constitucionalismo social latinoamericano radica en impulsar el cambio del modelo de desarrollo, del modelo político de Estado y la transformación de las relaciones de poder. El cambio del modo de producción implica el cambio de las relaciones sociales de producción. Esta propuesta político-constitucional ha sido impulsada por los movimientos sociales en general y el movimiento indígena le ha impregnado su propio signo distintivo (enfoque sociocultural), fraguado en sus grandes movilizaciones y luchas emancipatorias. De aquí emergen los elementos simbólicos y fácticos del constitucionalismo comunitario indígena que marca la diferencia entre el Estado por destruir y el Estado por construir; y la necesaria y contingente superación de la democracia formal (electoral) por la democracia sustancial (constitucional).

318 Coincidiendo con Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau: El nuevo constitucionalismo entiende que para que el Estado constitucional tenga vigencia efectiva, además de que se ha seguido el proceso constituyente y se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución; defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con la fundamentación democrática, generando mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, garantizando la totalidad de los derechos fundamentales, incluidos los sociales y económicos, tal cual los asume el art. 11, No. 6 de la CRE, que declara a los principios y derechos de igual jerarquía". En I. Narváez y M. J. Narváez, *op. cit.*, p. 136.



El simbolismo referido no se expresa por el solo uso de términos lingüísticos quichwas como el *sumak kawsay* (buen vivir) o el *allin kawsay* (vivir plenamente), ni por el solo reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, sino porque su uso está relacionado con el fortalecimiento de la dimensión jurídica y constitucional y con la lectura política que de ella hacen cada pueblo y cada ciudadano, antes que por la sola previsión de efectos jurídicos.

El enfoque artículo del que está impregnado el nuevo constitucionalismo social latinoamericano y constitucionalismo comunitario, reitera su impugnación a la Conquista acaecida en el siglo XV, cuestiona las formas de relación impuestas por el sistema colonial y la hegemonía de las potencias imperialistas, que durante siglos saquearon los recursos naturales y expropiaron a los seres humanos del continente. Y cuestiona la época republicana, porque al margen de la soberanía política estatal alcanzada en ella, los Estados dependen de nefastas economías primario-exportadoras y de vínculos comerciales desiguales con la órbita capitalista europea, que a partir de la primera posguerra mundial con el cierre de los mercados europeos se reorientan los flujos hacia los Estados Unidos de Norteamérica (EUA), en cuanto nuevo eje de dominación y potencia capitalista en plena expansión.

Así es como en medio de tales eclosiones y en el marco del proceso de globalización neoliberal y del poder transnacional, América Latina ha tenido que ampliar y diversificar mercados para enfrentar las estrategias competitivas entre Europa y EUA, asimilar el derrumbe del socialismo real y la incursión de los gigantes del Asia como nuevas potencias emergentes.

El nuevo constitucionalismo social latinoamericano y que comprende al constitucionalismo comunitario indígena es radicalmente crítico a los procesos políticos demo-liberales, y una de sus premisas es la autonomía continental sobre la base de objetivos económicos, políticos, culturales y de seguridad regionales. Propicia la integración Sur-Sur y demanda que la relación Sur-Norte se de en términos de respeto a la autodeterminación de los pueblos, protección del ambiente global y cooperación y solidaridad incondicionadas.

Plantea que este proceso ha de concretarse en el marco de estrategias innovadas y diferentes a la sola globalización del mercado y fomento empresarial típico del aperturismo indiscriminado; por ejemplo: en el marco de la suscripción de acuerdos de propiedad intelectual y de servicios e inversiones equitativos; es decir, totalmente contrarios a los del modelo de

desarrollo impuesto por la lógica economicista del capital transnacional y potencias globo-neo-colonizadoras.

En este sentido, el nuevo constitucionalismo social latinoamericano, rescatando las demandas históricas de los pueblos indígenas; promueve el reconocimiento de la diversidad, de las diferencias y la igualdad entre pueblos iguales. Y asimilando los mandatos de los levantamientos indígenas, impulsa la redefinición y cambio del Estado desarrollista, burocrático-autoritario y de mercado. Tal redefinición es entendida como producto de un proceso histórico que implica la transición hacia nuevos marcos normativos, institucionales y políticos que irradian el contenido esencial de la cosmovisión indígena y de todos los pueblos;<sup>319</sup> y está planteada para desarticular los sistemas de dominación y explotación capitalista que en la actual “sociedad del riesgo” como la denominara Ulrich Beck, son tan sofisticados como la globo-neo-colonización.

Autores como Viciano y Martínez Dalmau se refieren a un nuevo constitucionalismo latinoamericano como un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más bien de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho constitucional. Derecho que carece de una cohesión y articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional.<sup>320</sup> Pero, estos autores, no abordan la emersión del constitucionalismo originario indígena, ni siquiera en términos exploratorios, por lo que su análisis en ciernes lo asumimos bajo nuestra responsabilidad, en los siguientes términos.

## El constitucionalismo comunitario indígena

Se fragua al calor de una larga lucha emancipatoria de los pueblos indígenas y sus nociones básicas constan en el complejo entramado normativo del ordenamiento de usos y costumbres. Es mayormente visible con el autodescubrimiento del “indio” a partir de sí mismo,<sup>321</sup> es decir, desde

319 *Ibid.*, p. 138.

320 Roberto Viciano y Ruben Martínez Dalmau, “¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”, VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constituciones y principios, 2010, México DF, UNAM, p. 2-3, en [www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf). Consulta: 25 de febrero de 2012.

321 F. Mires, *El discurso...*, p. 96.



que afirma su existencia y continúa afirmándose: ¿En la recuperación o en la exaltación del pasado? ¿En las luchas del presente? ¿En la apropiación del porvenir? o quizás en los tres tiempos que expresan la presencia permanente de “lo indio” como “indianidad” en la historia de América. La indianidad no es un objeto ni un concepto: es un proyecto por construir o, lo que es parecido, que se construye en las distintas formas como se manifiesta la presencia del indio en la historia,<sup>322</sup> identidad que “es” en un dialéctico devenir del que no se excluye, y que es incluyente para ser con el otro, en igualdad entre pueblos iguales.

La incidencia del constitucionalismo originario indígena en el nuevo constitucionalismo social latinoamericano, se manifiesta a través de procesos en los que sobresale la dialéctica concreta de los conflictos que viven los pueblos originarios, y tiene sus raíces en formas políticas que precedieron la Conquista y que, a pesar de la brutal violencia y toda forma de represión de la que han sido víctimas, logran sobrevivir de modo fragmentario y diluido en las regiones más pobres y más remotas.<sup>323</sup> La diferencia cognitiva es elemento constitutivo clave del constitucionalismo comunitario indígena, y tiene relación con lo que se denomina des-mercantilizar, democratizar y descolonizar a partir de una epistemología construida en las sociedades del hemisferio del Sur.<sup>324</sup> Epistemología que es evidente a partir de los cambios y transformaciones jurídico-institucionales y de políticas públicas generadas por la incidencia indígena en el proceso de constitucionalización de sus derechos colectivos. La constitucionalización no es asumida como un renunciamiento al proyecto político histórico de construir el Estado plurinacional y transformar las relaciones de poder.

El constitucionalismo comunitario indígena se configura desde la exclusión y la marginalidad y boga por la concreción del derecho al territorio y autodeterminación para el ejercicio del poder indígena en sus es-

322 *Ibid.*, p. 96.

323 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, Universidad Politécnica Salesiana / A-Y, 2010, p. 101.

324 Se entiende por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimientos, a partir de las prácticas de las clases y grupos que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y el colonialismo [...] el Sur es una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a nivel global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y anti-imperialista (B. de Sousa Santos, *Refundación...*, p. 57).

pacios ancestrales; por la concreción de la plurinacionalidad y vigencia plena de la pluralidad jurídica. Desde esta perspectiva, el constitucionalismo comunitario indígena lleva implícito el cambio de la naturaleza de la ley, porque si cambia la naturaleza de la ley cambia la naturaleza de la democracia, de la política y cambian las subjetividades colectivas. El constitucionalismo comunitario indígena es producto de una construcción epistemológica colectiva.

La dinámica política indígena trastoca la centenaria temporalidad del Estado de derecho y provoca su refundación.<sup>325</sup> Implica una lucha política, pero sobre todo sociocultural por símbolos, mentalidades, habitus y subjetividades. Es la disputa por una nueva hegemonía plural.<sup>326</sup> Lucha contra el colonialismo extranjero y el colonialismo interno recordando que: “Cuanto más amplio sea el concepto de justicia, más abierta será la guerra de la historia y de la memoria; la guerra entre los que no quieren recordar y los que no pueden olvidar”.<sup>327</sup>

La CRE 2008 está impregnada del constitucionalismo comunitario, en consecuencia es posible crear nuevos mecanismos de participación política, económica y social en el marco de la plurinacionalidad, interculturalidad, pluralidad jurídica e institucional y de la teoría garantista de los derechos humanos fundamentales individuales y colectivos.

325 B. de Sousa, *Refundación...*, p. 101. La refundación del Estado es más que una demanda civilizatoria y exige un diálogo intercultural que movilice diferentes universos culturales y distintos conceptos de tiempo y espacio. Y demanda la convergencia de voluntades políticas diferentes e históricamente formadas más por el choque cultural que por el diálogo cultural, más por el desconocimiento del otro que por su reconocimiento. “La refundación pasa por el reconocimiento de la plurinacionalidad, que es una categoría antípoda al de la nación-cívica o conjunto de habitantes en un cierto espacio geopolítico (Estado-nación) a quienes el Estado reconoce como ciudadanos. La plurinacionalidad implica el reconocimiento de un concepto de nación concebida como pertenencia común a una cultura, a un pueblo e implica el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos, considerando que los derechos individuales de las personas que integran tales pueblos resultan ineficaces para garantizar la persistencia de su identidad cultural, supervivencia física o el fin de la discriminación social de que son víctimas” (*Ibid.*, p. 119). La plurinacionalidad es el fin de la homogeneidad del Estado.

326 *Ibid.*, p. 175. “La pérdida de hegemonía es siempre un proceso histórico más amplio que la transitoria pérdida del control del Estado, por parte de los sectores más retrógrados formados en la tradición del racismo, del patrimonialismo y del rentismo, no pueden subsistir sin controlar recursos políticos que hacen posible la permanencia de la acumulación primitiva. En países como Bolivia y Ecuador, de una u otra forma esos sectores desisten temporalmente del control del Estado central y se refugian en el regionalismo, en la autonomía local y/o regional y se comportan como demócratas radicales a nivel local o regional y como fascistas o proto-fascistas a nivel nacional. Su tiempo es el tiempo impaciente del golpismo”.

327 *Ibid.*, p. 57.



El constitucionalismo comunitario indígena es causa eficiente del Estado constitucional de derechos, y como se viene sustentando, es producto de una epistemología estructurada colectivamente desde la pluralidad, las diferencias e intensidad de los procesos emancipatorios, del reconocimiento de la otredad y los saberes diversos que funcionan como trama de la relación entre los seres humanos y la naturaleza, y coadyuvan a la optimización de las relaciones con el Estado.

Este constitucionalismo posee un contenido esencial que no es meramente cuantificable, mensurable; porque está impregnado de simbolismos y temporalidades que rompen con el determinismo racionalista del Estado de derecho y su sistema político demo-electoral. El constitucionalismo comunitario es contra hegemónico e insurgente porque revoluciona el constitucionalismo social latinoamericano, y lo dos, parafraseando a Viciano y Martínez, son: “un fenómeno surgido en el extrarradio de la Academia, producto más bien de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho constitucional” lo que concuerda con el enfoque sociocultural asumido por la jurista indígena Nina Pacari:

[...] en contrapartida a esa inercia de la clase política y de una sociedad, muchas veces racista y excluyente, el fortalecimiento de los pueblos indígenas, por la vía de la reconstitución y cohesión territorial, identitaria y epistemológica, ha permitido desarrollar propuestas más avanzadas como la libre determinación o la autodeterminación que incide en la estructura misma del Estado, la construcción de un poder alternativo, así como en lo referente a los derechos fundamentales específicos de los pueblos indígenas.<sup>328</sup>

Para enfatizar en la construcción epistemológica colectiva del área constitucional, es decir, desde la diversidad, Pacari hace reminiscencia de dos aspectos lesivos que constando en la primera Constitución del Ecuador, no fueron derogados sino hasta hace poco y seguramente por su carácter lesivo funcionaron como un dispositivo de la lucha emancipatoria indígena, propiciatoria del cambio de los contenidos del principal Estatuto del país.

*Primer aspecto lesivo:* “la condición situacional de los vencidos”, considerando que el art. 68 de la Constitución ecuatoriana de 1830 prescribía: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por

328 Nina Pacari, “Módulo Derechos indígenas”, en *Programa de formación: Líderes indígenas de la comunidad andina*, La Paz, Fondo para el Desarrollo Indígena de América Latina y el Caribe, 2004. <[www.fondoindigena.net/pflican.htm](http://www.fondoindigena.net/pflican.htm)>. Consulta: 3 de marzo de 2013, p. 5.

tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”.

*Segundo aspecto lesivo:* “El predominio de la visión hegemónica de lo individual y lo excluyente, por lo que el indígena ni es sujeto de derechos, ni es concebido como miembro de una entidad colectiva o comunidad histórica en su condición de pueblos como sujetos de derechos colectivos, ni formaba parte constitutiva de los Estados nacientes”.<sup>329</sup>

El otro tópico de fondo es la debilidad de las sociedades multiculturales, en las que no obstante el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, el obstáculo en su materialización se concentra en la (i)racionalidad con la que los gobiernos asumen dicha implementación. Es decir, el problema no solo está solo en la falta de voluntad política para aplicarlos, o en la carencia de mecanismos institucionales para el ejercicio pleno de los derechos, sino en el contenido con el cual se pretende materializarlos.<sup>330</sup>

Las situaciones descritas demandan además del reforzamiento de las nociones indígenas en el conocimiento sistematizado, la búsqueda de nuevas herramientas para el desarrollo epistemológico colectivo del conocimiento de los pueblos indígenas y enfrentar eficazmente dichos obstáculos.<sup>331</sup> Un resultado del proceso político indígena es la constitucionalización de los derechos colectivos al territorio y autodeterminación, la promulgación misma de la Carta Fundamental que establece el Estado constitucional de derechos-plurinacional, y de un nuevo orden normativo, institucional y de políticas públicas impregnado del *sumak kawsay*, además del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Esta es la impronta que deja el emergente constitucionalismo comunitario indígena en el marco del nuevo constitucionalismo social latinoamericano.

## El Estado constitucional de derechos plurinacional

Hacia 1997 el ex Juez de la Corte de Justicia Italiana, Gustavo Zagrebelsky, en su texto fundamental “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, refiere que en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos

329 *Ibid.*

330 *Ibid.*, p. 8.

331 *Ibid.*



ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta el punto –enfati-za– que para establecer una diferencia con el “Estado de derecho decimonónico, hoy se habla a veces del Estado de derechos”.<sup>332</sup> En el plano del Derecho constitucional, este punto de llegada puede considerarse como la consecuencia de fenómenos más generales que sacuden completamente el campo de la experiencia política y ética contemporánea.

De lo expuesto se deduce que la Asamblea Nacional acopló al término constitucional el vocablo “derechos”, y en consecuencia forjó el nombre “Estado constitucional de derechos”, tratando con dicha designación además de extinguir todo vestigio que la pueda identificar con el Estado legislativo (decimonónico), proyectar el nuevo modelo político de Estado garantista de los derechos, y plurinacional.

El profesor Ramiro Ávila, en relación con la designación del Estado ecuatoriano como Estado constitucional de derechos, sin considerar la observación hecha al respeto por Zagrebelsky, argumenta que:

Una lectura ligera y rápida sobre el *Estado de derechos* nos llevaría a pensar que hubo un error de codificación en el texto constitucional: “Se les fue una s”. No existe en el derecho constitucional comparado Estado alguno que cualifique al Estado como *de derechos*. La otra lectura podría conducirnos a pensar que los constituyentes ecuatorianos no tenían mayor idea del derecho constitucional y que inventaron un calificativo que no existe en la teoría: todos los Estados tienen que ser *de derecho*. Así como hace cincuenta años fue una insensatez pensar que existía un modelo denominado *Estado social de derecho* o *Estado constitucional de derecho*, ahora nos puede resultar incómodo que un Estado sea Estado de derechos.<sup>333</sup>

En el afán de justificar y dar sentido al calificativo novedoso asume que:

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado con relación al derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho (Estado absoluto), el Estado de derecho, el Estado de derechos. En el Estado absoluto, el derecho está sometido al poder; en el Estado de derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia que se podría entender como el sistema jurídico for-

332 G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 65.

333 R. Ávila Santamaría, “Del Estado...”, p. 785.

mal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que Luigi Ferrajoli llamaría estricta legalidad. En el Estado de derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.<sup>334</sup>

La travesía del Estado de derecho al Estado constitucional de derechos, es la transición natural en una era de cambios y transformaciones y jurídico-políticas internas y exógenas, para dar respuesta a las necesidades históricamente postergadas de la sociedad. La Constitución en cuanto norma jurídica suprema dotada de rigidez garantizada jurisdiccionalmente, propicia la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales y de todos los derechos. Esta es una perspectiva clave para comprender el ejercicio del poder a través de una Constitución normativa que dispone del instrumental para construir la comunidad política y dar forma a la libertad política.<sup>335</sup>

En consecuencia, la función política acaba convirtiéndose en el elemento clave del texto constitucional que se reivindica como norma jurídica, y cuya aplicación es indispensable para dar respuesta a una controversia concreta. Entonces, la Constitución organiza el tránsito de régimen a través de su plena eficacia normativa, porque caso contrario, sino transforma la realidad, fracasa en su efectividad y con su viabilidad histórica.

A partir de octubre de 2008 entra en vigencia la nueva Constitución de 2008 y en el art. 1 establece que:

Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

334 *Ibid.*, p. 785.

335 *Ibid.*, p. 786, con respecto al ejercicio del poder argumenta que: “[...] en el Estado absoluto quien ostenta el poder es la autoridad, que somete al sistema jurídico a su voluntad. En el Estado legislativo de derecho, el parlamento es quien somete, por medio de la ley, al Estado. En el Estado constitucional de derecho, la Asamblea constituyente somete a través de la Constitución a todos los poderes constituidos. Finalmente, en el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes, incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales. El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: 1. la pluralidad jurídica y 2. la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado”.



Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

En la prescripción constitucional referida tiene relevancia la designación “Estado constitucional de derechos”, para enfatizar que dicha designación marca la ruptura con el orden jurídico positivista ortodoxo, y evidencia su identidad con el nuevo paradigma en el que prevalecen los derechos, o derechos constitucionales tal cual los designa la Corte Constitucional ecuatoriana.<sup>336</sup>

Haciendo referencia a Bobbio, Ávila exalta que:

[...] la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, con relación al Estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad Estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el Estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido [...]. Así en las relaciones del Estado. En la era de las obligaciones, la autoridad estatal decide el destino de las personas; en la era de los derechos, las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten de las personas y no del Estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o grupo; desde el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreductible.<sup>337</sup>

El Estado es de derechos y redefine la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley. En este sentido, en la CRE de 2008 los derechos de las personas, los de los pueblos y los de la naturaleza son un eje transversal y determinan la esencia del Estado constitucional de derechos y de las relaciones sociales y políticas que a su interior se generan.

Este proceso ha concluido en la constitucionalización del ordenamiento jurídico y del Estado. Ello quiere decir que la Constitución se ha juridizado, se ha convertido en una norma jurídica completa y eficaz, hasta el punto que el preámbulo ahora es norma jurídica operativa de aplicación di-

336 Para revisar el tema ver Luis Fernando Torres, edit., *Debate constitucional: Monografías*, Quito, FHS / Corporación Autogobierno y Democracia, 2010, p. 237.

337 R. Ávila Santamaría, “Del Estado...”, p. 791.

recta. La Constitución concentra el derecho y las leyes se trivializan y pierden significado, porque el derecho deja de ser un sistema de normas y se convierte en un sistema de principios y valores constitucionales, que son la base para interpretar las leyes, dando lugar a la fusión de lo jurídico con lo moral y lo político.

Es evidente que se vive una especie de judicialización de la vida política y de la vida social, y ello implica que para justificar el gobierno judicial se crea un control judicial constitucional. El Estado constitucional de derechos, plurinacional, es una respuesta a la menesterosidad constitucional que ha sufrido el pueblo ecuatoriano. Durante doscientos años el Estado de derecho ha operado más como gendarme e instrumento propietario, donde el constitucionalismo es disminuido a modo de liberalismo constitucional censitario y en las últimas décadas este constitucionalismo funciona en el marco de un Estado excluyente y oligarquizado, en el que apenas se ha podido ejercer de manera restringida las dos primeras generaciones de derechos.<sup>338</sup>

No es casual la emergencia del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, sino producto de una lucha colectiva en contra del sistema liberal capitalista y del neoliberalismo, cuyo postulado o solución a todos los males era la absoluta desustancialización social y pública del Estado. Desustancialización (o vaciamiento del Estado) que demostró lo contrario, por cuanto las prácticas neoliberales lo convirtieron en un Estado mínimo y lo condujeron a una mayor ineficacia.

La crisis estuvo a punto de convertir a Ecuador en país fracturado e inviable, pero es enfrentada con la instauración del Estado constitucional de derechos, plurinacional y un modelo ideológico-político denominado "Socialismo del siglo XXI", que en realidad es un modelo político experimental de raigambre neoconstitucional, cuya gobernanza jerárquica trata de garantizar los mecanismos de justicia constitucional para asegurar los derechos y el bienestar como mandatos normativos eficaces, y para que el despojo de territorios, asimilación forzosa, exclusión, y relaciones sociales inequitativas no vuelvan a repetirse.

338 I. Narváez y M. J. Narváez, *op. cit.*, p. 132.



## CAPÍTULO III

### DIMENSIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS INDÍGENAS

Abordar la problemática de los derechos colectivos desde una perspectiva jurídica implica en principio: elucidar qué son los derechos individuales, qué son los derechos comunitarios, quiénes sus titulares, cuál es la diferencia específica entre derechos objetivos y subjetivos, y en qué consiste el contenido esencial que identifica a los “derechos humanos” para diferenciarlos de las nociones: garantías constitucionales, derechos del hombre, derechos fundamentales, o derechos constitucionales.

Las respuestas a las interrogantes han estado llenas de significados jurídicos, ideológicos, filosófico-políticos y morales, no obstante desde los requerimientos de esta investigación, un primer acercamiento a las diversas categorías se justifica para sustentar que los “derechos humanos” son normas de derecho público de la más alta jerarquía constitucional, que protegen ciertos bienes jurídicos fundamentales considerados inherentes a la dignidad humana, cuya identificación y precisión son producto del desarrollo de la conciencia y organización social.

Esta es una definición abierta cuyo enfoque no se restringe a lineamientos formales de carácter interno o internacional. Por otra parte la categoría “derechos fundamentales” ha sido desarrollada desde la complejidad teórica y político-jurídica por autores como R. Alexy, R. Dworkin, N. Bobbio, L. Ferrajoli, L. Prieto Sanchís y M. Carbonell, entre otros, a los que puede agregarse J. Habermas, por la noción asumida respecto a los derechos humanos.<sup>339</sup>

Siguiendo a Ferrajoli, el análisis de la problemática planteada depende de la diversidad de enfoques teóricos o filosóficos, descriptivos

339 R. Alexy, *Teoría de los derechos...*; R. Dworkin, *op. cit.*; Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, edit. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009; L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional...*; Jürgen Habermas, *Más allá del Estado nacional*, México DF, FCE, 2006.



o prescriptivos y de las disciplinas jurídicas, éticas, sociológicas o historiográficas que se ocupan de ellos; y ahí radica la variedad de significados asociados a las expresiones: derechos humanos, derechos fundamentales, derechos públicos, derechos constitucionales, derechos personalísimos, derechos morales, o derechos de ciudadanía.<sup>340</sup> Los léxicos de las distintas disciplinas, entre sí, refieren elementos distintos y heterogéneos:

[...] como los valores o fines ético-políticos que se persiguen con ellos, los concretos intereses o necesidades tutelados, de hecho o de derecho, a través de ellos, el rango constitucional o en todo caso privilegiado de sus fuentes o el carácter universal, ya de los principios que los derechos fundamentales expresan o de los sujetos a los que se atribuyen o de aquellos que los reivindican o comparten su validez.<sup>341</sup>

## Los derechos humanos: aproximación histórica

A partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en la Revolución liberal de 1789, la filosofía política, la filosofía jurídica y el constitucionalismo han generado un amplio debate en torno a la noción “derechos humanos”, y aún existe confusión debido a la ambigüedad del término y por la dificultad de distinguir si los derechos del ciudadano son también los derechos del hombre. Para Sartori, por ejemplo, los derechos del ciudadano son además derechos territoriales en el sentido de que se aplican Estado por Estado, y solo en el territorio sobre el que cada Estado tiene soberanía y jurisdicción.<sup>342</sup>

Para analizar debidamente este tema procede plantear preguntas claves: ¿Qué son los derechos humanos? ¿Son derechos humanos los derechos del hombre, ahora declarados universales? Cabe recordar que los derechos del hombre fueron incorporados a las Constituciones de tipo occidental, en cambio no es así respecto a los derechos universales proclamados por la ONU. Solo algunos Estados los asumen y la Declaración de las Naciones Unidas suscrita en 1948 no es por sí misma obligatoria. Para Sartori:

340 L. Ferrajoli, “Los fundamentos...”, p. 287.

341 *Ibid.*, p. 287.

342 Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica: Extranjeros e islámicos*, México DF, Taurus, 2001, p. 51.

[...] los derechos “humanitarios” están incubando un perverso derecho que hace daño al derecho. A ese derecho que ha sido siempre *dura lex, sed lex*, o sea que el derecho debe ser “duro” porque si no, no es derecho. El derecho no se puede dulcificar y aplicar según los casos. Si se hace, entonces la ley no es igual para todos y el derecho se desnaturaliza en una casuística abierta a la incertidumbre, al privilegio y al arbitrio. Para el derecho, pues, *lex amica non est lex*: una ley “amigable” que se conmueve, que se pliega de vez en cuando a los casos de sus destinatarios, no es ley [...] Los derechos humanos-humanitarios no pueden y no deben concebirse como un ordenamiento de rango superior a los otros, y en particular a los derechos del hombre ciudadano.<sup>343</sup>

Este enfoque es eminentemente positivista y delata una contraposición a la tesis neoconstitucionalista ya desarrollada con anterioridad, y sustentada por autores como: R. Alexy, 2008; G. Zagrebelsky, 1997; L. Prieto Sanchís, 2009; R. Guastini, 2010 y L. Ferrajoli, 2009 (que se reconoce como neopositivista), pero es útil para ubicar las tesis principales de estas teorías y para guiar el abordaje de los derechos colectivos, ya asumidos como derechos humanos en varios instrumentos internacionales.

En principio, es prioritario determinar los derechos subjetivos de los bienes protegidos por las normas jurídicas, porque no es raro escuchar, por ejemplo: que los derechos humanos pueden ser transgredidos por cualquier persona y no solo por el Estado; este aserto ya connota una concepción jurídica imprecisa para distinguir una norma de otras y diferenciar los tipos de derechos objetivos. Es fácil no caer en cuenta que un mismo bien jurídico, como el caso de la libertad, está protegido por distintas clases de normas llamadas derechos humanos, garantías constitucionales o normas constitucionales fundamentales, y también por la norma o legislación ordinaria penal.

Por otra parte, se ha establecido una gama de derechos que en general marcan diferencias entre: derechos civiles y los políticos (derechos humanos de primera generación); derechos económicos, sociales y culturales (derechos humanos de segunda generación); derechos de solidaridad o el derecho al desarrollo (derechos humanos de tercera generación). A estos se añaden los derechos de los pueblos indígenas y de los afrodescendientes, se incluyen además los derechos de ciertos grupos de personas necesitadas de protección especial (mujeres, niños, jóvenes, adultos mayores), personas con discapacidades, migrantes y sus familias, per-

343 *Ibid.*, p. 60.



sonas con diversa orientación sexual, desplazados internos, refugiados, apátridas y personas privadas de la libertad; se añade el derecho de todas las personas a un ambiente sano libre de contaminación, y en el caso ecuatoriano los derechos de la naturaleza, en la medida en que se la reconoce como sujeto de derechos.

Como se puede apreciar los derechos humanos evolucionan y son múltiples, pero tienen un contenido o núcleo esencial que permanece y es asumido en las Constituciones de los Estados y en los Convenios internacionales. Por ejemplo, la Carta Andina para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, suscrita en Guayaquil, el 26 de julio de 2002, refleja el contenido esencial de los derechos humanos contenidos en otros instrumentos análogos.<sup>344</sup> Núcleo esencial que descansa en la noción ciudadana del individuo enfrentado al Estado, y por ello dotado de ciertos derechos entendidos como garantías individuales que limitan la arbitrariedad, y eventual abuso de poder de la autoridad encargada de velar por la seguridad y bienestar de los habitantes asociados en el Estado de derecho.

Este es el punto nodal que muestra la principal limitación histórica y política que deberá mutarse para hacer de los derechos colectivos indígenas, derechos humanos en un sentido no individualista o atomizado, ni meramente jurídico; porque estas características son contrarias a los intereses y trayectoria de la lucha emancipatoria de los pueblos indígenas.

El aserto anterior tiene sentido para relieves que el despojo de la ciudadanía al indígena ha significado entender al indígena como mera fuerza de trabajo, como insumo de la producción y por tanto prescindible. Este “entendimiento” ha agudizado la injusticia cultural y la injusticia distributiva, y ha sido en parte ese menosprecio de la esencia humana indígena,

344 Waldemar Hummer y Markus Frischhut, *Derechos humanos e integración: Protección de los derechos humanos en la Comunidad Andina y en la Unión Europea*, Quito, UASB-E / CEN, 2004, p. 97-150. La Carta Andina para la promoción y Protección de los Derechos Humanos, art. 3, en este instrumento en el preámbulo nombra como tratados internacionales que le sirvieron como antecedentes: la Carta de las Naciones Unidas, la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (II. Pacto de la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (I. Pacto de la ONU), Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Carta Democrática Interamericana y demás instrumentos internacionales sobre los derechos humanos, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Ver Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III), p. 7-115.

el origen del desdén con que se ha tratado históricamente los derechos y otros asuntos relativos a los pueblos indígenas.

En este entorno socio-económico-político complejo tienen lugar: la propuesta de la resignificación de la ciudadanía, la demanda de los derechos al territorio y autodeterminación y de otros derechos que de una u otra forma constan en instrumentos internacionales.<sup>345</sup>

El enfoque axiológico tiende a explicar que un objetivo de los derechos es conseguir la igualdad; noción que en el pensamiento filosófico moderno ha estado vinculada al concepto más amplio de justicia. Carbonell sugiere abordar el tema de la igualdad a partir de tres perspectivas o niveles de análisis: el lógico lingüístico, el filosófico-político y el jurídico. Este último tiene relación a cómo lograr la igualdad y en cuanto principio está recogido en los textos constitucionales. Desde el punto de vista de la dogmática constitucional no se tiene necesidad de justificar el nivel jurídico como valor, sino de explicar las condiciones para aplicarlo.<sup>346</sup>

Lo relevante de este aspecto radica en pensar que no se trata de ver la igualdad solo en términos de las personas individualmente consideradas, sino y sobre todo, de la igualdad entre pueblos iguales, y este es un aspecto de fondo que reivindican los pueblos indígenas para justificar su demanda de los derechos colectivos al territorio y autodeterminación.

De todas formas, la complejidad de los derechos humanos más que en el marco conceptual radica en las dificultades que giran en torno a la relación de causalidad jurídica, es decir: nacimiento de los derechos y cumplimiento de las obligaciones correlativas, por cuanto se genera una especie de perplejidad y duda que sustituyen a la certeza y vuelven confuso el concepto derechos humanos. Todo empieza cuando surgen preguntas como las siguientes: ¿Cuándo nacen los derechos humanos? ¿Cuáles son los bienes jurídicos que protegen tales derechos? ¿Qué supuestos jurídi-

345 *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948); *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), Colombia, Novena Conferencia Americana, 1948, ACNUR, p. 7-34; Waldemar Hummer y Markus Frischhut, "Carta Andina para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos (2002)", *Convención Americana sobre Derechos Humanos* "Pacto de San José de Costa Rica" (1969); *Derechos humanos e integración...*; Organización Internacional del Trabajo –OIT–, *Convenio 169*, Ginebra, OIT, 1967; ONU, *Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Washington, ONU, 2007.

346 Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos, 2011, p. 190-197.



cos deben materializarse para ejercitar estos derechos? ¿Qué circunstancias de hecho deben existir?

Como respuesta surgen dos posiciones polémicas: una considera que la existencia de los derechos humanos depende de su reconocimiento por parte del Estado y de que estén consagrados en el sistema jurídico; la otra sostiene que los derechos humanos son anteriores a la organización estatal, e independientes de su sistema jurídico, y que por naturaleza pertenecen a todo ser humano. En este sentido sobresalen criterios como los siguientes:

- a) Si la finalidad de los derechos humanos es impedir los abusos del poder por parte de los titulares de las funciones estatales y garantizar la vigencia del derecho, mal se haría dejarlos a la arbitrariedad de aquellos, porque le bastaría al Estado no reconocerlos para que dejaran de existir; y este ha sido el camino que han seguido los regímenes dictatoriales para librarse de los obstáculos que los derechos humanos representan para el ejercicio omnímodo del poder.<sup>347</sup>
- b) La teoría del derecho natural no es muy convincente debido a su débil argumento científico, porque en el fondo el derecho es creación social humana y no un atributo natural. Solo al llegar a cierto desarrollo social surge la concepción del derecho, entonces en la naturaleza prima la necesidad y no el deber, que es la esencia del derecho. La tesis de que el nacimiento concreto de tales derechos y la posibilidad de su ejercicio no necesitan otro supuesto jurídico más que la sola existencia humana, es relativa, por ejemplo:

[...] la categoría ciudadano es taxativamente establecida por el Estado en la Constitución, para ostentar la categoría de ciudadano debe cum-

347 Luis Ernesto Arévalo, *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, Puebla-México DF, UIP, 2001, p. 76. Argumenta que fue precisamente este hecho el que llevó a adoptar la categoría "derechos humanos" en vez de la categoría "garantías constitucionales": "El concepto constitucionales se interpretaba en el sentido de que estaban expresados en la Constitución y no en el sentido de que se trataba de normas de máxima jerarquía jurídica, de jerarquía constitucional, en tal sentido se llegó a la conclusión de que si no aparecían en aquel documento, dichas garantías dejaban de existir. Así es como a partir del caso de Sudáfrica, que elevó a la segregación de los negros (*apartheid*) a rango constitucional y privó así de garantías a la mayoría de la población sudafricana, lo que obligó a las Naciones Unidas a adoptar el término 'Derechos Humanos', asumiendo que así se expresaría la idea de que se trata de derechos fundamentales de los que no puede privarse a persona alguna y se evitaría interpretaciones mal intencionadas". Pero lo cierto es que el término derechos humanos sí induce a confusión y más aún, connota una identidad con la ideología del Estado liberal, mayormente penpenso a tutelar los derechos individuales.

plirse con ciertos requisitos establecidos en la Constitución, y estos son los supuestos jurídicos que se deben realizar para que una persona adquiera concretamente los derechos políticos y pueda ejercerlos. Luego, no todos los derechos humanos fundamentales corresponden a la persona humana por el solo hecho de serlo, o bien los derechos políticos no son derechos humanos fundamentales”.<sup>348</sup>

En concreto los “derechos humanos” “fundamentales” exigen la materialización de ciertos presupuestos jurídicos que establece el sistema u ordenamiento. Son producto histórico de acontecimientos sociales concretos, y no de fáciles concesiones que el Estado puede modificar a su arbitrio. La génesis histórica de los derechos humanos es importante para correlacionarlos con los derechos colectivos de los pueblos indígenas al territorio y autodeterminación, cuyo contenido esencial está ligado a la propuesta de transformación de las relaciones de poder y construcción del Estado plurinacional.

Otro elemento de la positivización de los derechos humanos tiene relación al sentido subjetivo, es decir, a las facultades que estas normas otorgan a los titulares, para exigir de los obligados el cumplimiento de sus obligaciones. Entre los bienes protegidos constan: la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad. Los derechos subjetivos han sido positivados en el ordenamiento jurídico y son ciertas normas que conceden prerrogativas a los titulares de tales derechos; facultades (o derechos subjetivos) para exigir el cumplimiento de las obligaciones que imponen al Estado las normas constitucionales llamadas derechos humanos, y entre las principales constan: el derecho de acción, derecho de petición, derecho de hábeas corpus, acción de protección, recurso de inaplicabilidad de la ley, por ejemplo: el derecho de resistencia conforme al art. 98 de la Constitución ecuatoriana. Vale recordar que con la Revolución liberal de 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 2, establece el derecho de resistencia a la opresión como derecho humano.

En el sentido objetivo los derechos humanos son normas jurídicas constitucionales, por su jerarquía y por la materia, es decir, por la clase de relaciones sociales que regulan. Las normas constitucionales por su jerarquía son normas jurídicas superiores a todas las demás que están subordinadas a la norma supraordenada o Constitución. Ni las leyes ordinarias, reglamentos, contratos u otras normas individualizadas, ni mucho menos los actos

348 *Ibid.*, p. 77.



arbitrarios de la autoridad pueden contrariar lo que aquellas normas supremas establecen”.<sup>349</sup> Y los derechos son constitucionales tanto en el Estado de derecho como en el Estado constitucional:

[...] porque regulan las relaciones fundamentales de constitución del Estado de derecho, y aquellas relaciones que deben existir entre gobernantes y gobernados, para mantener los bienes jurídicos fundamentales de los seres humanos a salvo de los abusos del poder público. Por eso, todos los derechos subjetivos concedidos por esta clase de normas son inalienables e imprescriptibles, no desaparecen ni caducan pese a cualquier olvido, ignorancia, atentado o negación. Al revés, lo que desaparece en tales casos es la legitimidad de la autoridad abusiva que lacera tales derechos, autoridad que pierde su calidad de tal y se convierte en un mero poder de hecho al cual no se le debe acatamiento ni obediencia alguna.<sup>350</sup>

El aserto anterior tiene su origen en la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), cuyo art. 16 prescribe: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. Concepto ratificado en instrumentos internacionales posteriores y más, aún, ha sido perfeccionado en la Constitución conforme a las circunstancias históricas de cada Estado.

Insistiendo en el sentido objetivo de las normas llamadas “derechos humanos” o “normas constitucionales fundamentales”, pueden ser infringidas por una autoridad que incumple la obligación de respetarlas. Por ejemplo: si dicha autoridad priva arbitrariamente de la libertad a una persona, infringe una norma constitucional fundamental o “derecho humano”; pero si es una persona particular la que priva de la libertad a otra persona, está transgrediendo una norma penal y en consecuencia comete el delito tipificado como secuestro, rapto u otra figura delictiva, tal cual se establezca con base en los supuestos jurídicos que materialice con su conducta ilícita. Como se puede observar, en los dos casos se atenta contra el mismo bien jurídico que es la libertad, pero la norma infringida es distinta.

La positivización de los derechos humanos ha implicado ajustar de manera estricta todo lo concerniente a ellos, a procedimientos legales que deben ser cumplidos por las autoridades y en función de evitar la arbitrarie-

349 *Ibid.*, p. 58.

350 *Ibid.*

dad; y por otra parte las autoridades también están obligadas a orientar su actividad para alcanzar determinados objetivos y metas sociales, ahora establecidos por las “normas constitucionales” o derechos humanos. Conforme lo señala Clavero, algunas constituciones latinoamericanas diferencian entre “derechos humanos” y “derechos constitucionales” por considerar a los primeros de un orden superior, de un rango internacional o supraestatal:

[...] entre los derechos humanos se comprenden ahora los derechos indígenas siguiéndose con esto la propia evolución del derecho internacional: derecho a la propia cultura como derecho a la par individual y comunitario, derecho de las personas y de las comunidades indígenas a su propia lengua o propios códigos de comunicación, sus propios usos del territorio y propio manejo de los recursos, sus propias formas de resolución de conflictos o sus propios modos de vida, entre otros. [...] Ahora es un derecho de todos y capaz por tanto de fundar el derecho propio indígena, el derecho ante todo a la libre determinación de las personas, de las comunidades y de los pueblos indígenas, con la capacidad por tanto de impeler a los Estados la forma de constituir y ejercer sus poderes.<sup>351, 352</sup>

## Los derechos humanos fundamentales

Existe acuerdo general respecto a que los individuos y pueblos del mundo poseen derechos humanos básicos que los Estados deben tutelar y respetar. Pero el tema continúa en debate a nivel de los Estados, de la Organización de Naciones Unidas, de expertos, iglesias, academia y ONG. Concuerdan en que abusos como la tortura, esclavitud, genocidio, detenciones arbitrarias, asesinatos, entre otros, no son los únicos que violan los derechos humanos, sino además aquellos que atropellan las garantías del derecho individual a la libertad, a los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales, a los derechos colectivos indígenas y de otros grupos humanos.

351 Bartolomé Clavero, “Supremacismo cultural. Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010, p. 371. Aquí se enfatiza dicho reconocimiento en la Constitución mexicana en 2001 y cabe recordar que lo hicieron las Constituciones ecuatorianas de 1998, en menor nivel, y la de 2008 establece los derechos al territorio y la autodeterminación y al Estado como plurinacional.

352 Respecto a la afirmación de Clavero, recordar el veredicto de la Corte Constitucional del Ecuador, en el cual asume que los derechos constitucionales tiene una cobertura más amplia que la de los derechos humanos, en L. F. Torres, edit., *op. cit.*, p. 237.



Para discernir el problema corresponde elucidar la clave teórica “derechos fundamentales”, y que ha sido tratada por filósofos de la política y del Derecho. La definición teórica, formal y estructural dada por Ferrajoli explica que:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que responden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.<sup>353</sup>

Y son fundamentales, reitera el autor: “los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas física en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”. Para Ferrajoli la definición se basa en el carácter universal de su imputación, y entiende por universal en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de los sujetos que son titulares de los mismos. “De hecho son tutelados como universales, y por consiguiente como fundamentales: la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. Pero allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como acontecería, por ejemplo, en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, estos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales”.<sup>354</sup>

De hecho en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos. Pero tal garantía se realiza precisamente a través de la forma universal recibida mediante su estipulación como derechos fundamentales en normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisional: si son normativamente de todos (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados.<sup>355</sup>

353 L. Ferrajoli, “Los fundamentos...”, p. 19-20.

354 *Ibid.*, p. 20.

355 *Ibid.*, p. 21.

Un aspecto de fondo en la teoría de Ferrajoli es que la ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de estatus que aún delimitan la igualdad de las personas humanas, y que pueden ser asumidas como parámetros sobre los cuales fundar dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía que corresponden a todos los ciudadanos; y la existente entre derechos primarios (o sustanciales) que corresponden respectivamente a todos, y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía) que corresponden solo a las personas con capacidad de obrar. Del cruce de estas categorías surgen cuatro clases de derechos:

Cuadro 4. **Clases de derechos**

a) Los derechos humanos, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, por ejemplo: el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales;
b) Los derechos públicos, que son los derechos primarios reconocidos solo a los ciudadanos, el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo;
c) Los derechos civiles, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado;
d) Los derechos políticos, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho al voto, el de sufragio pasivo, derecho de acceder a cargos públicos, y en general todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se funda la representación y la democracia política.

Fuente: Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 22-23. Adaptación propia.

Esta definición y tipología de los derechos fundamentales tiene un valor teórico independiente de cualquier sistema jurídico concreto e incluso de la experiencia constitucional moderna. Pero, afirma el autor: “cualquiera que sea el ordenamiento que se tome en consideración, a partir de él son derechos fundamentales –según los casos: los derechos humanos, públicos, civiles y políticos– todos y solo aquellos que resulten atribuidos



universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar”.<sup>356</sup>

Si bien es cierto: “históricamente han sido las tres entidades (identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar) los parámetros de inclusión o exclusión de los seres humanos en los titulares de derechos y por consiguiente de su igualdad o desigualdad; una vez alcanzada la afirmación del valor de la persona humana, las desigualdades se propugnaron solo excepcionalmente con la negación de la identidad de persona y de la capacidad jurídica (poblaciones indígenas, víctimas de la colonización) etc. En la actualidad [...] la desigualdad pasa esencialmente a través del molde *estatalista* de la ciudadanía, cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales y territoriales representa la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídica”.<sup>357</sup>

Las cuatro tipologías de derechos fundamentales son a su juicio esenciales para una teoría de la democracia constitucional: 1. Radical diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, 2. Los derechos fundamentales forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica, y por ello de la dimensión “sustancial” de la democracia, 3. Naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales, 4. Relaciones entre los derechos y sus garantías.<sup>358</sup>

Alexy relaciona los derechos fundamentales a la teoría del discurso, y basado en tres dimensiones conexas: la “dimensión filosófica de los derechos fundamentales”; la que trata sobre la institucionalización de los derechos fundamentales “problema político”; y la que tiene relación con la interpretación de los derechos fundamentales “dimensión jurídica”; y concluye que sobre tales derechos, son tres los posibles conceptos: formal, sustancial y procedimental.<sup>359</sup> Está claro que por “derechos fundamentales” se

356 *Ibid.*, p. 23.

357 *Ibid.*

358 Tanto los derechos fundamentales como los demás derechos consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Lo importante de referir estas cuatro tesis, es para enfatizar que Ferrajoli, en Antonio y Gerardo Pisarello, a partir de ellas muestra como: “la constitucionalización de los derechos fundamentales llevada a cabo por las constituciones rígidas ha producido un profundo cambio de paradigma del derecho positivo en relación con el clásico paleopositivismo jurídico”. En otras palabras, se ha producido la crisis del positivismo jurídico y del Estado de derecho, y la emersión del Neoconstitucionalismo, dando lugar a fórmulas como el Estado constitucional de derechos, que rige en Ecuador desde 2008.

359 Robert Alexy, “Teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en Agustín José Méndez y Eric Oddvar Eriksen, edit., *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2010, p. 30.

designan los contenidos en la Constitución y catalogados como tales por la ley fundamental, o los derechos que son objeto de protección especial de conformidad con la Constitución, por ejemplo, el recurso de protección.

Con relación a la ubicación derechos fundamentales dada por Schmitt: “los únicos derechos fundamentales genuinos son los de defensa del ciudadano contra el Estado”, a lo que Alexy expresa que, admitir aquello implicaría aceptar una visión exclusivamente liberal de tales derechos;

[...] los derechos a la organización y al procedimiento, y los derechos sociales no pueden excluirse del conjunto de los derechos fundamentales genuinos, apoyándose para ello en el débil argumento de que hemos de respetar una acendrada tradición jurídica. A la hora de ampliar la latitud del concepto de derecho fundamental, puede afirmarse que solo hay un concepto sustancial de derechos fundamentales apropiado: el concepto de derechos humanos.<sup>360</sup>

Son entonces derechos fundamentales, los derechos humanos constitucionalizados, los dos son equivalentes en términos extensivos. Alexy sostiene que los derechos fundamentales son derechos incorporados en la Constitución con la intención de positivizar los derechos humanos; “el fundamento de los derechos fundamentales pasa a ser en esencia la justificación de los derechos humanos. Lo que implica incorporar una crítica al concepto de los derechos fundamentales [...]”.<sup>361</sup> “[...] no puede plantearse cuál será la justificación o fundamentación de los derechos fundamentales sin antes considerar la justificación de los derechos humanos”.<sup>362</sup>

El tercer concepto de derechos fundamentales es de naturaleza procedimental, y da cuenta de los problemas institucionales que surgen de la positivación de los derechos humanos.

La enumeración de los derechos humanos en la Constitución y la atribución al Tribunal Constitucional de la competencia para controlar la constitucionalidad de las decisiones y acciones de las autoridades públicas, limita el poder del parlamento. *Desde este punto de vista los derechos fundamentales son una expresión de desconfianza hacia el proceso democrático. Las normas iusfundamentales son, a la vez, fundamento y límite de la democracia.* En relación con ese aspecto, existe un concepto

360 *Ibid.*, p. 31.

361 *Ibid.*, p. 32.

362 *Ibid.*



procedimental de derechos fundamentales que sostiene que los derechos fundamentales son derechos tan importantes que su protección no puede confiarse a las mayorías parlamentarias de turno.<sup>363</sup>

A la teoría de los derechos fundamentales de Alexy le han sobrevenido reconocimientos y observaciones específicas como las propuestas por Máximo la Torre,<sup>364</sup> respaldado en la crítica de Habermas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, y en el *postscript* de H. L. A. Hart al *Concepto del derecho*, como respuesta a la crítica que Dworkin hace al positivismo de Hart, no obstante, su teoría lo empuja a una caracterización en clave universal de los conceptos jurídicos fundamentales.<sup>365</sup>

Por su parte Grimm<sup>366</sup> asume una perspectiva histórica que connota el carácter burgués de tales derechos fundamentales establecidos en cuatro grupos:

[...] el que asegura la libertad de la persona y la esfera privada, libertad personal entendida como abolición de todas las relaciones privadas de dominio y la libertad frente a detenciones y castigos arbitrarios, así como la garantía del espacio vital privado; el grupo que se refiere al ámbito de la comunicación y asegura las libertades de conciencia, de prensa y de opinión, así como las de asociación y asamblea; el tercer grupo atañe a la vida económica y garantiza, sobre todo, las libertades de contratación y empresa, finalmente el grupo que trata sobre la igualdad, cuyo contenido resulta de la reacción contra la sociedad estamental y no se entiende como igualdad social, sino jurídica (igualdad en la libertad).<sup>367</sup>

Esta constelación de derechos constitucionales ponen límites al poder y son el contrapoder del poder; enfoque que Grimm lo visualiza cuando informa que los derechos fundamentales impiden la acumulación de poder en manos del Estado y así es como la libertad en sus diferentes expresiones, es definitivamente protegida por los derechos fundamentales,<sup>368</sup> que son fenómenos concurrentes en la realidad social y en consecuencia categorías factibles de relacionar en el discurso de la ciencia política y de la

363 *Ibid.* p. 33.

364 Máximo la Torre, "Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy", en A. J. Méndez y E. O. Eriksen, edit., *La argumentación...*, p. 77-96.

365 *Ibid.*, p. 81.

366 D. Grimm, *op. cit.*, p. 80.

367 *Ibid.*, p. 80.

368 *Ibid.*, p.106.

praxis política y jurídica, por ello precisamente son objeto de perfeccionamiento teórico.<sup>369</sup>

## **Claves teóricas para analizar los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación**

### **Estado-nación, integración y asimilación indígena**

El Estado-nación busca homogeneizar a la población y el principal problema que enfrenta es la pluri-etnicidad. El proyecto de identidad nacional asumido por las élites en el poder excluye a los pueblos indígenas, con base en la estrategia de invisibilización o desconocimiento de la diversidad cultural, para el efecto califica a lo autóctono como expresión de brutalidad, pereza e insensibilidad.

Este imaginario comprende a los “indios” como identidades inferiores y es instituido en la Colonia, continúa en la República al margen de la igualdad y libertad pregonadas, y hacia la segunda mitad del siglo XIX entra en apogeo el denominado “nacionalismo” liderado por el Estado-nación como representante de la “civilización y el progreso”. En tales circunstancias la República construye una institucionalidad anclada en prácticas coloniales, pero además genera un mayor conocimiento del territorio, de los pueblos originarios y del nuevo tipo poblacional emergido de la mezcla, en función del proceso civilizatorio, de la consolidación del modelo político de Estado liberal y del modelo de desarrollo sustentado en la racionalidad del capital y del mercado.

Los pueblos originarios son comprendidos con base en la lógica indio = primitivo = atraso = indolencia; y si no son un buen material humano para construir la “nación”, la alternativa es la asimilación, la integración, y el mestizaje la materia prima para crear la comunidad imaginada.

369 El propio R. Alexy, *Teoría de los derechos...*, p. 11, cuando trata sobre el objeto y tarea de una teoría de los derechos fundamentales sostiene que: “Es posible formular teorías de tipos muy distintos sobre los derechos fundamentales, las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social, son solo tres ejemplos. No existe ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos”.



De tal forma el “indio” y su identidad son difuminados por el bien del “Estado-nación” emergente. La asimilación o integración indígena se concreta a través de la educación y otros mecanismos homogeneizantes, conforme a Castillo:

El relato de la Nación como un todo unificado y homogéneo entra en conflicto con la jerarquía de clases, con la diversidad cultural y con la existencia de múltiples grupos étnicos. En forma paradójica las clases dominantes necesitan producir una forma simbólica nacional homogénea que tiene que negar la heterogeneidad, pero al mismo tiempo la reproduce.<sup>370</sup>

La integración indígena a la sociedad nacional está marcada por la lógica y racionalidad del modelo económico y de desarrollo impuesto por la nación opresora, es decir, que la economía pre-capitalista se funcionaliza a la de mercado; y en “el fatalismo de la asimilación y el mestizaje forzoso subyace un trasfondo integracionista que solo ve como posible y lógico los sistemas culturales mestizos, o mejor dicho la variante neocolonial, trasplantada de la cultura europeo-norteamericana [...] que promueve el imperio del sistema económico-social actual”.<sup>371</sup> Ayala observa que: “En el naciente Ecuador no solo que el Estado era débil, disperso, crecientemente proclive a la subordinación al mercado externo y a las grandes potencias en ascenso, sino que las fórmulas constitucionales y legales no corresponden a una realidad social compleja y heterogénea”.<sup>372</sup> Ramón argumenta que la integración de los indios ideada por la inteligentzia criolla hacia 1830, en 1950 seguía pendiente:

[...] aún que habían logrado desindianizar y mestizar a un importante sector de la población a la que poco a poco habían consolidado, marcando una diferencia abismal con el tratamiento a los indios. Se diría que el proyecto de los intelectuales criollos habría fracasado hasta 1950 por ex-

370 Luis Carlos Castillo, *Etnicidad y nación: El desafío de la diversidad en Colombia*, Cali, Universidad del Valle, 2007, p. 69.

371 Ileana Almeida, *El Estado plurinacional: Valor histórico y liberad política para los indígenas ecuatorianos*, Quito, A-Y, 2008, p. 29.

372 Enrique Ayala Mora, “Estado nacional, soberanía y Estado plurinacional”, en Milton Álava Ormaza *et al.*, edit., *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, CEN / A-Y / CORPEA / ILDIS / TCC, 1992, p. 33. Además sostiene que: “[...] Se declaraba la igualdad ante la ley, pero habían en el país negros esclavos, considerados como cosas; se vendían haciendas “con indios y todo”; se consagraba la inferioridad jurídica de los “naturales”; se establecía que el único idioma oficial era el castellano, cuando la mayoría solo hablaba quichua”. Ver Enrique Ayala Mora, *Ecuador: Patria de todos. La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Quito, UASB-E, 2002.

clusión, por imposibilidad estructural política de ponerlo en marcha. Por su parte, en ese mismo período entre los indios, si bien habían soportado un proceso de ladinización en su periferia, existían importantes sectores que resistían, es decir, que la vigencia de lo indio no era un resultado exclusivo del fracaso de la aplicación del proyecto criollo, sino también de la voluntad india por reproducir su identidad.<sup>373</sup>

Pasado el tiempo este elemento –la reproducción de la identidad– se constituye en el instrumento de lucha contra la injusticia cultural, es decir:

[...] tras la enorme desconstrucción de los ayllus y parcialidades que produjo la composición del sistema hacendario y que provocó una movilización total de la población india, los grupos familiares lograron reconstituirse formando pequeñas comunidades, grupos rizomáticos de afinidad y parentesco [...] y al interior de estas formas organizativas, los indios mantenían su sistema de parentesco, idioma, vestido, costumbres, sus mecanismos de reciprocidad, autoridad política y demás formas culturales.<sup>374</sup>

Desde una perspectiva inversa a la homogeneización impulsada por el Estado-nación, Ramón hace notar que el mundo indio se había homogeneizado, *comunalizado*, negando por dentro toda forma de representación política centralizada, a la vez que hacia afuera, no se reconocían en el poder blanco mestizo, se negaban a integrar el sistema político diseñado por los blancos, que por otra parte también los excluía. Hacia 1950 es evidente la conducta política indígena, y se puede deducir que este es el inicio de la resistencia contemporánea que se expresa con los levantamientos indígenas en Ecuador de los 90.

## La etnicidad

La propuesta colectivista tiene su enfoque central en la etnicidad y en la identidad política desde la perspectiva sociocultural, que difiere sustancialmente de aquella emergida de la racionalidad cognitivo-instrumental, moderna. La etnicidad tiene que ver con las alteridades, con la manera de problematizar el contacto con el “Otro”, con la Otredad; sea de manera física, simbólica o espiritual y política.

373 Galo Ramón, “Estado plurinacional: Una propuesta innovadora atrapada en viejos conceptos”, en M. Álava Ormaza *et al.*, *op. cit.*, p. 14-15.

374 *Ibid.*, p. 15.



La etnicidad es un componente central que plantea problemáticas sobre la gestión de las reivindicaciones *identitarias* colectivas locales y regionales. Esto no se limita únicamente a los pueblos autóctonos u originarios, sino también a cada grupo que reivindica su sentido de pertenencia particular. Con ello se plantea una problemática que difiere del sempiterno ideal unicista y de la homogeneización prevaleciente durante la modernidad, donde culturas, creencias y sociedades se sustentaban bajo la idea de aglomeración de una pluralidad de mundos en un solo grupo único e indivisible.<sup>375</sup>

Stavenhagen suscribe que el conflicto étnico cubre una temática muy amplia que incluye toda clase de confrontaciones sociales y políticas. Dichos problemas se abordan en discusiones teóricas, pero están relacionados a situaciones concretas y tienen implicaciones prácticas.<sup>376</sup>

Por lo general se consideraba que la identidad étnica, o la etnicidad, era algo permanente, inherente y eterno, y que cuando se presentaba la oportunidad esta aparecería o reaparecería en la vida política y social. Posteriormente la etnicidad estaba implícita en términos tales como “nación” y “clase”, que eran identidades más amplias e impactantes. Se afirmaba que la “construcción nacional”, proceso aclamado en los años 60, provocaría la desaparición de las identidades subnacionales, como los grupos étnicos.

Se esperaba que las agrupaciones sociales y sus organizaciones basadas en las clases y las ocupaciones (los obreros, sectores medios, empresarios, campesinos, intelectuales, etc.) asumieran posiciones determinantes y relegaran la etnicidad a segundo lugar. Se consideraba que esto sería no solo inevitable en el proceso de “modernización”, sino también lo deseable. Los vínculos étnicos de alguna manera eran vistos como “premodernos”, “irracionales” y un obstáculo en el proceso de desarrollo y construcción nacional.<sup>377</sup>

En América Latina no se consuma dicha presunción y por el contrario se dan procesos dinámicos de *etnogénesis* y politización de la etnicidad, ello implica que los políticos tienen que decidir su incorporación a los sistemas electorales, en los convenios para compartir el poder, al redactar constituciones o al adoptar legislaciones.

375 Daniel Gutiérrez y Helene Balslev, coord., *Revisitar la etnicidad: Miradas cruzadas en torno a la diversidad*. México DF, El Colegio de Sonora / EL Colegio Mexiquense, Siglo XXI, 2008, p. 7.

376 Rodolfo Stavenhagen, *Conflictos étnicos y Estado nacional*, México DF, Siglo XXI, 2000, p. 23.

377 *Ibid.*, p. 36-37.

La etnicidad está relacionada a las luchas de los pueblos indígenas por el reconocimiento de los derechos al territorio y autodeterminación, inicialmente en el marco del Estado-nación y su ordenamiento jurídico. Recuérdese que con la poscolonización, los únicos sujetos con derecho a territorio y autodeterminación son las naciones-Estado. Los pueblos indígenas se resisten al uninacionalismo y al propio Estado posnacional, por cuanto también niega la plurinacionalidad. Esta politización de la etnicidad es un vector de cambios y transformaciones e implica el respeto a las diferencias, a la diversidad y práctica de la tolerancia vista como derecho. La politización se expresa cuando los pueblos indígenas plantean la transformación de las relaciones de poder, la redefinición del Estado-nación o construcción del Estado plurinacional, y ello a la vez reafirma su identidad cultural y política.

En tal sentido el elemento étnico no es políticamente peyorativo, sino un instrumento objetivo para la disputa de espacios en función de la transformación de las relaciones del poder, del cambio del modelo político de Estado. La etnicidad es inherente a los pueblos indígenas, a las minorías o mayorías poblacionales asentadas al interior de un Estado, y que han de ser tratadas como iguales entre iguales, al menos con el alcance jurídico que tiene la igualdad en el derecho internacional.

Superada la vaguedad de los términos minorías étnicas o nacionalidades, se asume la categoría político-jurídica pueblos, o sujetos políticos capaces de decidir su futuro con libertad. Esta politización del elemento étnico resulta de *sustancializar* la calidad del sujeto político indígena y su capacidad de incidir en los aspectos trascendentes del país. En el marco de este enfoque Pacari argumenta que:

Al abordar el tema de la identidad, es necesario no quedarse en la diversidad cultural (con una visión eminentemente culturalista), sino es-carbar la institucionalidad que funciona en el desenvolvimiento cotidiano de esos pueblos [...]. La historia en muchos pasajes tiene que ser recreada. Es decir, tiene que enriquecerse con la visión y la versión del ente colectivo originario. No para quedar como piezas de museo evocando únicamente el pasado, sino proyectando un presente digno que, con imaginación y creatividad, trace las líneas de un futuro incluyente.<sup>378</sup>

378 Nina Pacari, "El auge de las identidades como respuesta política", en Milka Castro Lucic, edit., *Los desafíos de la interculturalidad, identidad, política y derecho*, Santiago, Universidad de Chile (Uch), 2004, p. 37.



Más aún, la dimensión étnica es básica en la configuración del actual “conflicto étnico”. Bajo ciertas circunstancias la etnicidad y las identidades étnicas como principios motores vuelven, pero expertos sostienen que la etnicidad existe permanentemente y surge de manera natural cuando se rompen los lazos que la refrenan.

Stavenhagen establece 5 criterios objetivos relevantes en casos de conflictos étnicos: la lengua, la religión, el territorio, la organización social y la cultura.<sup>379</sup> Por estricto carácter investigativo se pone énfasis en el territorio, por cuanto es la base de las estructuras económicas y políticas, y que constituyen las unidades fundamentales en la vida de las etnias y las naciones. El Estado territorial es el elemento determinante de la existencia de “una nación” en tiempos modernos. La identificación con un territorio como propio es esencial para justificar la identidad y la continuidad étnica, concluye Stavenhagen.<sup>380</sup>

## La cuestión nacional

El estado del arte sobre el tema da cuentas de una amplia gama de definiciones de nación, unas propuestas en una época de desarrollo del imperialismo y de configuración de los Estados-nación, muy diferentes a la elaborada por Stalin: “[...] nación es una comunidad humana estable, formada históricamente y surgida sobre la base de la comunidad de cuatro rasgos principales, a saber: la comunidad de idioma, de territorio, de vida económica y de psicología, manifestada esta última en la comunidad de peculiaridades específicas de la cultura nacional”,<sup>381</sup> al momento en que la configuración nacional es distinta, por hechos como el desmembramiento de los grandes imperios y el proceso de descolonización en pleno apogeo.

También se concibe a la nación como “una comunidad política imaginada e inherentemente limitada y soberana”, pero esta definición está atravesada por el conflicto entre distintos significados potenciales, entre distintas comunidades imaginadas, entre distintos proyectos de nación y los actores que los encarnan. Así, la nación puede concebirse como un

379 R. Stavenhagen, *Conflictos étnicos...*, p. 39-43.

380 El tema territorio ya se trató en el capítulo I, a partir de referencias a G. Jellinek, *op. cit.*; H. Heller, *op. cit.*; A. Benz, *op. cit.*; S. Sassen, *El Estado...* y M. Foucault, *Seguridad...*

381 José Stalin, *La cuestión nacional y el leninismo*, Moscú, Edic. en Lenguas Extranjeras, 1950, p. 3.

“significante vacío”, cuyo significado depende de las relaciones de poder entre proyectos de nación antagónicos en disputa por la hegemonía.<sup>382</sup>

Bajo esta óptica, una tendencia sostiene que aquella comunidad humana con unidad de lengua, psicología, cultura, ethos, formas de vida, se transformó de manera espontánea y automática en Estado.

Otra tendencia asume que la comunidad nacional, con los mencionados rasgos antropológico-sociales, no es la que se transforma en Estado; sino que el Estado constituye la negación de los valores de identidad nacional. Que el Estado emerge de la destrucción de la sociedad comunitaria, de sus valores culturales, y de la apropiación de la riqueza de la sociedad por parte de una clase social hegemónica. De ahí la inferencia de que existen diferencias sustanciales entre el reconocimiento de una autoidentidad común; y la existencia de una “autoridad” formal, impuesta y obligatoria que implanta el Estado.

Si se asume a la nación como una categoría histórica, entonces solo puede ser definida históricamente. Cabe argumentar que el aserto es una clave de lectura de los procesos de liberación nacional, partiendo de unos principios generales:

[...] defensa del derecho de autodeterminación de los pueblos, lucha contra la opresión y todas las formas de violencia de la nación opresora y constante búsqueda de la recomposición de la unidad de clase, se debe analizar cada caso concreto, estudiando la correlación de fuerzas, el contexto histórico, la voluntad popular y como esta se articula en un proyecto de resistencia que, partiendo de la conciencia de la pertenencia a una nacionalidad oprimida, puede desarrollar su conciencia hasta objetivos mucho más progresivos que el de la liberación nacional.<sup>383</sup>

Al margen de la adhesión que pueda generar una u otra tendencia ideológico política relacionada a la cuestión nacional, sea la liberal eurocéntrica o la del materialismo histórico, las dos han sido cuestionadas, es decir: [...] la percepción de la experiencia social: sea en su versión ahistórica, que percibe aislados o separados los fenómenos o los objetos y no requiere

382 Edwin Cruz, “Redefiniendo la nación: Luchas indígenas y Estado plurinacional en Ecuador (1990-2008)”, en *Nómadas: Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, número especial, América Latina, Madrid, UCM, 2012, p. 147-157.

383 Carlos Gutiérrez, *La cuestión nacional y el proyecto revolucionario*, Madrid, 2006, p. 2, en [www.creandopueblo.files.wordpress.com/2011/08/carlosgutierrez-lacuestionnacionalyelproyectorevolucionario.pdf](http://www.creandopueblo.files.wordpress.com/2011/08/carlosgutierrez-lacuestionnacionalyelproyectorevolucionario.pdf). Consulta: 9 de septiembre de 2013.



en consecuencia ninguna idea de totalidad; sea en la que admite una idea de totalidad evolucionista, organicista o sistemicista, incluida la que presupone un macro sujeto histórico. Esta perspectiva de conocimiento está actualmente en uno de sus más abiertos períodos de crisis, como lo está la entera versión eurocéntrica de la modernidad.<sup>384</sup>

Por lo expuesto, se justifica con mayor razón la tesis de Quijano, para América Latina, la de volver a mirarse desde una nueva mirada, en cuya perspectiva puedan reconstituirse de otro modo, no colonial, nuestras ambiguas relaciones con nuestra propia historia. Un modo para dejar de ser lo que nunca hemos sido.<sup>385</sup>

Refiriendo el caso ecuatoriano, Ramón enfatiza que a inicios del siglo XX se consolida la idea de la unidad nacional basada en el mestizaje: entonces la idea de una sola religión, una lengua, un territorio, un solo poder representado en el Estado con su respectivo cuerpo de leyes y organización política, es una reinterpretación oficial de la historia para justificar el proyecto liberal.

[...] pero ello no quería decir que se habían resuelto los problemas étnicos, regionales y las diferencias clasistas, solo significaba que el proyecto criollo de 1830 se había redefinido en función de la alianza de los criollos con el nuevo sujeto social mestizo que había irrumpido en el escenario político.

La Revolución liberal de 1895 no solo significó la llegada de la burguesía comercial al poder, sino la presencia de un nuevo sector étnico que se legitimaba con su ascenso. Definitivamente, el mundo mestizo y blanqueado se hizo uno solo desde el punto de vista étnico y desde el punto de vista de la construcción del Estado Nacional.<sup>386</sup>

Ayala Mora respecto a la “cuestión nacional” ecuatoriana sustenta que: “Ecuador es un Estado-nación que no existió siempre. Tuvo origen histórico y su construcción ha sido un proceso largo, conflictivo e inacabado. Nuestro país no es una realidad simple u homogénea ni lo ha sido nunca. Es una nación compleja”.<sup>387</sup> En general, la tradición del análisis político suele definir a la nación como una comunidad históricamente desarrollada de tradiciones, cultura, lengua y objetivos comunes. Esa comuni-

384 A. Quijano, “Colonialidad del poder...”, p. 2.

385 Anibal Quijano, *Modernidad, identidad y utopía en América Latina*, Quito, El Conejo, 1990, p. 46.

386 L. Ferrajoli, “Los fundamentos...”, p. 17.

387 E. Ayala Mora, *Ecuador: Patria de todos...*, p. 74.

dad tiende también a ser vista como unidad geográfica, es decir, ubicada en un territorio.

A estos elementos humanos, psicológicos, culturales y territoriales se añade el económico. La nación se configura y consolida cuando los lazos económicos, principalmente el mercado, coadyuvan a integrarla.<sup>388</sup> Para Ayala un elemento fundamental destacado en la nación es la autoconciencia de un conglomerado humano que gira en torno a ella, y otro, que el análisis político más generalizado establece un origen histórico al fenómeno nacional moderno. Las naciones no han existido siempre, sino que surgen como un fenómeno de la modernidad europea, de la descomposición del feudalismo.

[...] al hablar de Estados-nación se plantea necesariamente la relación entre los dos elementos, la visión tradicional sostiene que las naciones se gestan en las sociedades y que luego se constituyen jurídicamente como Estados. De acuerdo con esta postura, las comunidades nacionales se forman en largos períodos y solo cuando han madurado se organizan como entes políticos formales, es decir como Estados. En algunos casos se habla de la "nación eterna" o milenaria que en un momento de su vida pasa a formar un Estado como una formalidad necesaria.

No se discute el que las naciones anteceden a los Estados. Pero la verdad es que las naciones no son permanentes, sino hechas históricas en las que los Estados tienen un papel crucial. Solo desde que aparecen las comunidades políticas modernas que llamamos Estados, estos determinan la construcción de las modernas naciones. No hay naciones sin una base estatal concreta y sin un esfuerzo consciente por crearlas y desarrollarlas, que se da desde el poder estatal y quienes lo controlan. Es la presencia de los Estados la que va consolidando las naciones.<sup>389</sup>

Desde esta perspectiva, el desarrollo histórico de las naciones en el mundo moderno está sujeto al de los Estados, y se da en medio de procesos complejos en los que la acción del poder constituido es importante, al mismo tiempo que la presencia de los pueblos. La historia de los Estados-nación está dominada por diversos niveles de contradicciones dialécticas entre autoridad y pueblo, opresores y oprimidos, intentos de

388 Aunque son numerosos los estudios marxistas sobre la cuestión nacional, el que ha tenido quizá más influencia es el de Stalin (Cfr. José Stalin, *El marxismo y la cuestión nacional*. Barcelona, Anagrama, 1977). *Ibid.*, p. 74.

389 E. Ayala Mora, *Ecuador: Patria de todos...*, p. 76, citando a Tomás Pérez Vejo, *Nación, identidad nacional y otros mitos nacionalistas*, Oviedo, Ediciones Nobel, 1999, p. 129.



unidad, centralización, homogenización y resistencia por mantener la diversidad.<sup>390</sup> El surgimiento de los Estados modernos es un gran avance histórico, pero este avance se da en medio del conflicto de clases. “La autoridad de los Estados era ejercida por minorías social y económicamente poderosas que trataron de homogenizar a la sociedad imponiendo una cultura oficial. Se dieron grandes esfuerzos por divulgar los valores dominantes como ‘universales’, por eliminar las especificidades culturales”.<sup>391</sup>

Los Estados son determinantes en la vida de las naciones. La autoridad política mantiene control sobre el territorio, emite las leyes, organiza la sociedad y, mediante la extensión de las comunicaciones y los sistemas educativos estatales divulga la cultura dominante, especialmente los idiomas oficiales, los símbolos nacionales, los rasgos fundamentales de la “comunidad imaginada”. No hay naciones sin base estatal.

Lo que sí parece común a todas las naciones modernas es que son conglomerados políticos y culturales con una “comunidad de destino”, es decir con una conciencia que, más allá de sus diversidades y conflictos internos, participan de un gran objetivo nacional común. Este objetivo no solamente afirma un “nosotros”, sino que también enfrenta al “otro” o a los “otros”, si no como enemigos o inferiores en todos los casos, al menos como distintos y excluidos. No es realmente posible pensar en naciones y Estados en forma separada. Debemos, por ello, pensar en naciones-Estado o Estados nacionales, con los dos términos juntos. Esta es la realidad política y cultural prevaleciente en el mundo.<sup>392</sup>

Conforme a lo expuesto, para Ayala, las naciones no son producto de la acción espontánea de los pueblos, los habitantes comunes y corrientes se reconocen en los elementos integradores de las naciones-Estado, como su historia, su cultura, sus símbolos, y así se apropian de la idea y la identidad de las naciones. De esta manera se identifican con los Estados nacionales y los consideran su patria.<sup>393</sup> El término patria sostiene Ayala:

390 *Ibid.*, haciendo referencia a Josep Fontana, *La historia después del fin de la historia*. Barcelona, Crítica, 1992, p. 109.

391 *Ibid.*

392 *Ibid.*, p. 76-77.

393 “Patria: Tierra natal o adoptiva ordenada como nación, a la que se siente ligado el ser humano por vínculos jurídicos, históricos y afectivos” (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. 22a. ed., 2001, Madrid, Espasa Calpe, p. 1155), citado por E. Ayala Mora, *Ecuador: Patria de todos...*, p. 78.

[...] tiene muchos significados que no podemos agotar aquí. El más común hace referencia a la tierra de los padres, de los mayores. La patria, en este sentido, es la tierra que nos alimenta y guarda los restos de nuestros antepasados. *La patria es esa nación-Estado que, como comunidad, nos incorpora* como sus integrantes. Es también el conglomerado de sus habitantes, que son conscientes de su pertenencia no solo por motivos de relación de familias y parentescos, sino por tener una ciudadanía en común. La patria es, en fin, el patrimonio material y cultural, como las tradiciones, la lengua, la historia colectiva, los recursos naturales.<sup>394</sup>

Respecto a que los criollos arrebatan el poder a las autoridades coloniales españolas se plantea un proyecto nacional que concibe al naciente Ecuador como una continuación de la hispanidad en el Nuevo Mundo; el enfoque de Ayala es análogo al que sustenta Galo Ramón, es decir, el proyecto de la inteligentzia criolla no logra integrar a los diversos componentes sociales y regionales del naciente Ecuador, en una comunidad cultural que asuma una experiencia histórica y un destino común. Ayala enfatiza:

Mucho de lo que no hizo el liberalismo en el campo social por sus límites económicos y políticos, fue tarea de la izquierda socialista que surgió con fuerza y capacidad crítica en la década de los veinte, en medio de una etapa de aguda recesión e inestabilidad que duró hasta los cuarenta.<sup>395</sup>

El proyecto nacional que se había desarrollado a base de la percepción del pueblo como una comunidad mestiza con una cultura común, lo comenzó a percibir también como el conjunto de los trabajadores pobres del país que, además del mestizaje tenían como elemento de su identidad, una situación de explotación y miseria que los enfrentaba a las oligarquías criollas y al poder internacional. La construcción de la nación, con un énfasis clasista, se vio como la lucha entre capitalismo y socialismo.<sup>396</sup>

En el sentido expuesto, la afirmación de la identidad implica concebir a la nacionalidad como síntesis integradora de las diversas herencias culturales, es decir de las naciones, y desde esta perspectiva se entiende a la "nación" como una comunidad étnica o cultural políticamente movilizada. En contraste Quijano sostiene que: "El nacionalismo latinoamericano fue concebido y actuado desde una perspectiva eurocéntrica de Estado-nación y nacionalismo, como una lealtad a una identidad estable-

394 *Ibid.*

395 Enrique Ayala Mora, *Los partidos políticos en el Ecuador: Síntesis histórica*. Quito, La Tierra, 1989. p. 25.

396 E. Ayala Mora, *Ecuador: Patria de todos...*, p. 84.



cida o asumida por los beneficiarios de la colonialidad del poder, al margen y no pocas veces en contra de los intereses de los explotados/dominados colonial y capitalistamente”.<sup>397</sup>

Colonialidad del poder es un concepto que da cuenta de uno de los elementos fundantes del actual patrón de poder, la clasificación social básica y universal de la población del planeta en torno de la idea de “raza”. Esta idea y la clasificación social en ella fundada o “racista”, fueron originadas hace 500 años junto con América, Europa y el capitalismo. Son la más profunda y perdurable expresión de la dominación colonial, y fueron impuestas sobre toda la población del planeta en el curso de la expansión del colonialismo europeo. Desde entonces, en el actual patrón mundial de poder impregnan todas y cada una de las áreas de existencia social y constituyen la más profunda y eficaz forma de dominación social, material e intersubjetiva, y son, por eso mismo, la base intersubjetiva más universal de dominación política dentro del actual patrón de poder.<sup>398</sup>

En esta línea argumental: “[...] el liberalismo latinoamericano se empanató en la quimera de una modernidad sin revolución social. El ‘materialismo histórico’ naufragó en otra dimensión de naturaleza igualmente eurocéntrica: queda la idea de que los dominadores de estos países eran y son, por definición, ‘burguesías nacionales y progresistas’. De ese modo se confundió a las víctimas y se desviaron sus luchas por la democratización/nacionalización de sus sociedades”.<sup>399</sup>

Corroborando a Quijano, la descolonización social, material e intersubjetiva, es la condición sine qua non de todo posible proceso de democratización y de plurinacionalización. Y en concordancia con Etxeberria, una vez asumida la nación como grupo cultural, se relativiza la dimensión biológica o la solo electiva. Una cultura nacional desde esta perspectiva es integradora de diversos elementos: simbólicos, institucionales, costumbristas y lingüísticos; y para que sea éticamente aceptable debe integrar los principios y valores presentes en los derechos humanos, entre otros los derechos de las minorías. En este sentido:

[...] la “nación” encarna una comunidad histórica, que dando una herencia impone una obligación y se extiende hacia el futuro. Entonces la colectividad nacional se considera como un sujeto colectivo que a través de sus

397 A. Quijano, “Colonialidad del poder...”, p. 15.

398 *Ibid.*, 2000, p. 1.

399 *Ibid.*, p. 15.

instituciones toma decisiones y hace cosas en común. Acopla combinaciones de carácter histórico con elementos míticos.

La conciencia y el reconocimiento mutuo es otro rasgo que se asigna a la nacionalidad, esto es, una voluntad política libremente compartida y expresada. La característica territorial connota que el grupo está asentado en un área geográfica considerada propia y que se muestra como condición necesaria para la soberanía y autodeterminación.<sup>400</sup>

Las referencias teóricas instan a deducir que si un Estado-nación no reconoce la plurinacionalidad conforme a los rasgos antes señalados, es conflictivo porque la plurinacionalidad ataca dos elementos políticamente decisivos: la soberanía y el territorio. Según la teoría clásica a cada nación le corresponde un territorio, y conforme a la actual, el Estado plurinacional afirma la soberanía política, pero comprende dinámicas complejas entre lo propio de cada nacionalidad y lo común de todas, e implica el ensamblaje de dinámicas del multiculturalismo crítico con la interculturalidad.<sup>401</sup>

## La plurinacionalidad

Pluralismo es un término polisémico que connota la factibilidad de la convivencia dentro de una determinada colectividad con diferencias y opciones, de las cuales habrá que optar. Coadyuva a la construcción del término plurinacionalidad, y retrotrae a la idea de que existe fricción o choque entre aparentemente valores contrapuestos, como puede ser el caso de libertad e igualdad o libertad y justicia. La filosofía política por su parte califica la pugna entre valores como un posible conflicto paradigmático, el más problemático y peligroso de la filosofía política contemporánea.<sup>402</sup> Para Díaz-Polanco, actualmente:

[...] la filosofía más invocada para fundar “La supremacía de los derechos liberales sobre los culturales” es el llamado *liberalismo igualitario*; sustentado por el “primer” Rawls. Un elemento básico de esta filosofía es que “La libertad es un valor sustantivo”, mientras “la igualdad es en sí misma un valor adjetivo”[...] lejos de ser un adversario de los derechos sociales

400 Xabier Etxebarria, *Sociedades multiculturales*, Bilbao, Mensajero, 2004, p. 101-103.

401 *Ibid.*, 2004, p. 105.

402 Pablo Badillo O'Farell, “¿Pluralismo versus multiculturalismo?”, en Pablo Badillo O'Farell, coord., *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo: Reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Akal-UIA, 2003, p. 48.



y culturales, más bien el liberalismo sostiene que los derechos sociales y culturales “son un extensión natural de los derechos individuales”. El liberalismo igualitario, además, conceptualiza los derechos sociales y culturales como “medios necesarios” para el goce de los individuales.<sup>403</sup>

En el marco de esta complejidad semántica se aborda la plurinacionalidad, con el objetivo de elucidar sus implicancias jurídico-políticas, y en la doctrina se expresa que “el pluralismo es un concepto oscuro y complejo y ha sido convertido en una noción que sirve para todo, en consecuencia demasiado fácil y vacía como para tener utilidad heurística. Es una palabra desgastada que está de moda y por ello trivializada”.<sup>404</sup> En su afán de restaurar el concepto, Sartori sostiene que:

Históricamente la idea de pluralismo –no la palabra– ya está implícita en el desarrollo del concepto tolerancia y en su aceptación gradual en el siglo XVII. Se comprende que tolerancia y pluralismo son conceptos distintos intrínsecamente conectados. En este sentido el pluralismo presupone tolerancia y, por consiguiente, el pluralismo intolerante es un falso pluralismo. La diferencia está en que la tolerancia respeta valores ajenos, mientras que el pluralismo afirma un valor propio. Porque el pluralismo afirma que la diversidad y el disenso son valores que enriquecen al individuo y también a su ciudad política.<sup>405</sup>

Se creía que la diversidad era causa de discordia y desórdenes que llevaban a los Estados a la ruina, por tanto la salud de estos demandaba la unanimidad. Sin embargo –sostiene Sartori– fue esta la que en el siglo XVIII poco a poco se hizo sospechosa y con el tiempo la democracia liberal se funda sobre el disenso y la diversidad, así se consolida un sistema político de *concordia discors*, de consenso enriquecido y alimentado por el disenso, por la discrepancia.<sup>406</sup>

Para el pluralismo la sociedad óptima es la sociedad integrada, pero ¿cómo y en qué sentido?, precisamente considerando los conceptos que tratan de los estados y procesos de la convivencia: “Homogeneización, incorporación, inclusión, asimilación, aculturación, por un lado; y diversificación, segmentación, separación, desintegración, por otro. La integración

403 H. Díaz-Polanco, *Elogio de la diversidad...*, p. 56-57.

404 Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica: Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, México DF, Taurus, 2001. p. 17-18.

405 *Ibid.*, p. 18-19.

406 *Ibid.*, p. 21.

pluralista se sitúa más o menos en el centro de esta gama [...] rechaza sus extremos o sea la homogeneización como la separación-desintegración".<sup>407</sup> El contenido esencial de este enfoque radica en asumir que:

[...] si bien es verdad el pluralismo aprecia y alimenta la diversidad, su "integrar" no debe sin embargo bloquear el potencial de deflagración y por tanto tiene que incorporar las diversidades amalgamándolas. El pluralismo cree en la fertilización recíproca (entre culturas). Pero precisamente ese encuentro debe ser recíproco, y debe enriquecer (fertilizar) las distintas identidades culturales, haciéndolas convivir bien.<sup>408</sup>

La cita en referencia obliga a recordar que esa no es la idea de *integración* de la "inteligentzia criolla" en el siglo XIX, así lo sustentan varios autores Ramón (1992), Quijano (2000), Ayala (2002), Almeida (2008), Díaz-Polanco (2008), León Bastidas (2012) Schavelzon (2012). La idea del liberalismo criollo es extinguir las culturas diferentes; al margen de la constatación histórica como en el caso del Ecuador, donde no existía ni existe una única cultura y menos que esta haya sido o sea nacional y homogénea. Al contrario, la esencia del Ecuador fue y es su pluriculturalidad, pluriethnicidad y en consecuencia su plurinacionalidad. "La demostración de la plurinacionalidad se da por el hecho de que las naciones difieren en tanto sus sistemas culturales divergen. Si en Ecuador existen sistemas culturales distintos, también existen nacionalidades distinta".<sup>409</sup>

Acudiendo a otras referencias teóricas, Ortiz, enfatiza que "la más simple constatación en relación al término nación, es que este designa un grupo de personas conscientes de ser una "nación" y que esto parece ser concluyente en cualquier discusión en torno a las nacionalidades indígenas: los indios conscientes de serlo".<sup>410</sup> Por su parte Ayala Mora argumenta que a los grupos humanos –pueblos enteros– que tienen varios de los atributos de la "nación", y no tienen el de la soberanía ejercida sobre un territorio, se los define como nacionalidades, por tal razón:

En los numerosos casos de plurinacionalidad, es frecuente hallar un solo Estado predominante o mayoritario y nacionalidades que se definen y consolidan justamente en la resistencia al intento de implantar ese pro-

407 G. Sartori, *La sociedad multiétnica: Extranjeros...*, p. 35-36.

408 *Ibid.*, p. 41-42.

409 Gonzalo Ortiz Crespo, "Las tareas inconclusas de nuestra historia. A propósito de la plurinacionalidad y el movimiento indígena", en M. Álava Ormaza *et al.*, *op. cit.*, p.125.

410 *Ibid.*, p. 125.



yecto nacional único [...] en la realidad andina y ecuatoriana las raíces históricas son diversas, las experiencias aborígenas, colonial y republicana resultan irrepetibles [...] pero el esclarecimiento terminológico ensayado en las líneas anteriores puede ayudar a ver como se ha enfrentado en otros lugares el hecho de la diversidad y la plurinacionalidad.<sup>411</sup>

En la perspectiva analítica de Ayala Mora, desde su génesis misma el Estado-nación ecuatoriano se consolida en diversos aspectos:

[...] pero sin superar, sino agudizado las diferencias sociales y la explotación. La comunidad cultural, económica y política había permeado amplias capas sociales y rebasado los límites regionales [...] y esa realidad ha ido patentizando que la sociedad ecuatoriana no es única ni homogénea, que no existe una sola identidad nacional “criolla” o “mestiza”, sino que frente a esta se han ido definiendo nacionalidades indígenas, como continuidad histórica de aquellos pueblos que poblaban esta tierra antes de la invasión hispánica.<sup>412</sup> Identidad diversa asentada en la resistencia india a la Conquista, a la Colonia y su continuidad en la República, es decir, nacionalidades indígenas diversas surgidas de la resistencia. Por ello se afirma que Ecuador es un país heterogéneo, multicultural y plurinacional.<sup>413</sup>

Diversos estudios señalan que a fin de mantener sumisos a los pueblos indígenas: el Estado crea la figura de la división administrativa y política del territorio, estableciendo provincias, cantones y parroquias, y en cada una de estas jurisdicciones territoriales pone a dos personajes funcionales a sus fines:

Al cura, para adoctrinar a los feligreses, metiendo en la mente del indígena, que deben ser sumisos y obedientes a Dios para ganar el “reino de los cielos” ; y al teniente Político, para controlar y oprimir en caso de que alguien se revelara contra el “amo”, con la aplicación de las leyes tan severas. De esta manera, el Estado ecuatoriano nace de la explotación económica, social y étnica del indígena, es por ello que han surgido la inconformidad social y las nuevas ideologías frente al conservadurismo clerical, abuso oligárquico, gobiernos etnocentristas, políticas públicas desfavorables para los pueblos.<sup>414</sup>

411 E. Ayala Mora, “Estado nacional...”, p. 39.

412 *Ibid.*, p. 34.

413 *Ibid.*

414 Arturo León Bastidas, *La plurinacionalidad en el Ecuador*, Riobamba, Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, Núcleo de Chimborazo, 2012, p. 208-209.

Siguiendo a Julio César Trujillo, recién en los últimos años, con la irrupción de las organizaciones indígenas en la vida nacional, se inicia un proceso de identificación colectiva y no es de subestimar el que, gracias a su presencia, el resto de la sociedad se haya declarado mestiza, incluyendo en esa denominación aún aquellos que, hasta hace poco, presumían de la pureza de su sangre o de su estirpe.<sup>415</sup> De acuerdo con Trujillo, no cabe enfrascarse en la dilucidación de lo que ha de entenderse por nación o nacionalidad, ya que ni siquiera en Europa, lugar de origen del término, han podido ponerse de acuerdo sobre el tema:

[...] lo que no puede dejarse de anotar es que cualquiera que sea el concepto, la verdad es que todos coinciden en reconocer a la nación como sujeto portador de una cultura propia lo que va desde la cosmovisión y creencias religiosas, la de organizarse social y políticamente hasta los términos de relacionarse con la naturaleza para extraer de ella sin degradarla o destruirla, sino más bien enriquecerla, lo necesario para su vida, de los suyos y la comunidad, con respeto del derecho de las futuras generaciones.<sup>416</sup>

Por otra parte, sigue el debate respecto a si el pluralismo es compatible o de difícil convivencia con la idea de multiculturalismo.<sup>417</sup> Multiculturalismo que ha generado un aluvión de teorías de las que se sirven las más diversas y heterogéneas líneas de acción de los Estados, de los organismos multilaterales de crédito, de organizaciones de la sociedad civil, en función de establecer políticas públicas asimilacionistas o de integración de las culturas indígenas a la cultura dominante; y de esta forma eludir los problemas históricos, socioeconómicos, políticos y culturales que han sido planteados por los pueblos indígenas desde su propia cosmovisión y en función de un nuevo modelo político de Estado, de un nuevo modelo de desarrollo y de la transformación de las relaciones de poder.<sup>418</sup>

415 Julio César Trujillo, "El Estado plurinacional en el Ecuador: Las reformas constitucionales", en M. Alava Ormazá, *et al.*, *op. cit.*, p. 167.

416 J. C. Trujillo, *Constitucionalismo...*, p. 310.

417 P. Badillo O'Farell, *op. cit.*; G. Sartori, *La sociedad multiétnica: Pluralismo...*; Will Kymlicka, *Las odiseas multiculturales: Las nuevas políticas internacionales de la multiculturalidad*, Barcelona, Paidós, 2007; Fernando Salmerón, *Diversidad cultural y tolerancia*, México DF, Paidós, 1998; Milka Castro-Lucic, edit., *Los desafíos de la interculturalidad, identidad, política y derecho*, Santiago, UCh, 2004.

418 H. Díaz-Polanco, *Elogio de la diversidad...*, p. 237-238: "El multiculturalismo realmente existente aparece en su estricto carácter cuando prestamos atención a su médula, en tanto un peculiar enfoque teórico-político que contiene una concepción acerca de que es la diversidad y como esta ha de insertarse en el sistema de dominación; y que, consecuentemente, recomienda un conjunto de prácticas o 'políticas públicas' que deben adoptarse con respec-



En concreto la plurinacionalidad es un concepto holístico y tiene relación a cambios civilizatorios, como el de transformar el Estado moderno, re-fundarlo o crear otro sin olvidar la historia. Esta es una tesis clave que viene sosteniendo De Sousa Santos, y los pueblos indígenas la fundamentan a partir de la construcción colectiva del concepto, con base en una epistemología que emerge desde lo plural, desde los saberes diversos y los colectivos diferenciados mayormente visibles en el Sur, a partir de los 80 del siglo XX. La plurinacionalidad corporeiza la urgencia de actuar políticamente con base en las diferentes cosmovisiones, y por fuera de la teoría política unicultural impuesta desde el Norte y respaldada por el endocolonialismo partidario de la “identidad ciudadana” como signo de igualdad.

Bajo el enfoque impulsado por los pueblos indígenas: “Lo cultural es económico y también es político. Por eso plantea cuestiones como la refundación del Estado y la refundación de la democracia”.<sup>419</sup> En este sentido la plurinacionalidad conlleva aquellas y otras nociones como la de interculturalidad y poscolonialidad. De Sousa Santos advierte que:

No hay interculturalidad si no hay una cultura común. ¿Cuál es la cultura compartida en las sociedades plurinacionales? Es la manera específica de cómo cada sociedad organiza su plurinacionalidad, su convivencia plurinacional. Es decir, es la nación compartida, la cultura común, la cultura compartida. Es de esta manera como las sociedades van creando formas de convivencia intercultural de manera específica.<sup>420</sup>

Continuando con Ayala Mora, la interculturalidad se construye mediante un esfuerzo expreso y permanente. Va mucho más allá de la coexistencia o el diálogo de culturas; es una relación sostenida entre ellas. Es una búsqueda expresa de superación de prejuicios, racismo, desigualdades, asimetrías que caracterizan a Ecuador; bajo condiciones de respeto, igualdad y construcción de espacios comunes. Una sociedad intercultural es aquella en donde se da un proceso dinámico, sostenido y permanente de relación, comunicación y aprendizaje mutuo.

Allí se da un esfuerzo colectivo y consciente por desarrollar las potencialidades de personas y grupos que tienen diferencias culturales, sobre una

---

to a las diferencias (políticas de identidad), especialmente teniendo en cuenta la discutida neutralidad del Estado y las llamadas acciones afirmativas o “discriminación positiva”.

419 Boaventura de Sousa Santos, “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, coord., *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Quito, A-Y, 2009, p. 30.

420 *Ibid.*, p. 38.

base de respeto y creatividad, más allá de actitudes individuales y colectivas que mantienen el desprecio, el etnocentrismo, la explotación económica y la desigualdad social. La interculturalidad no es tolerarse mutuamente, sino construir puentes de relación e instituciones que garanticen la diversidad, pero también la interrelación creativa. No es solo reconocer al “otro”, sino también entender que la relación enriquece a todo el conglomerado social, creando un espacio no solo de contacto sino de generación de una nueva realidad común. Ecuador del siglo XXI debe ser esa realidad común.<sup>421</sup>

Superar la noción “nación moderna”, ficticia, sustentada en la artificial construcción política de signo liberal, implica construir el Estado plurinacional sin élites económicas y políticas enquistadas en el poder, como si ello fuera garantía de estabilidad política y del orden social. Para los grupos oligárquicos la plurinacionalidad es un atentado a la democracia, a la libertad, a la paz, a la justicia, al carácter unitario del Estado, al progreso, al desarrollo, al orden establecido.

Para la sociedad excluida la plurinacionalidad es un proceso histórico que conlleva al control económico, político, de los recursos naturales y a la autodeterminación de los pueblos. En ella está implícita la condición poscolonial porque impulsa un Estado que no sea culturalmente neutro y un sistema político no discriminatorio por ninguna razón. En el imaginario de los pueblos la plurinacionalidad expresa la superación de la injusticia cultural y de la injusticia distributiva, conforme a los principios del nuevo constitucionalismo social latinoamericano y del constitucionalismo comunitario indígena.

## **La autodeterminación de los pueblos indígenas**

Se ha referido en esta investigación, que en América Latina, desde su inicio el Estado-nación (moderno) expresa una contradicción interna, entre el poder estatal que busca imponer una unidad y uniformidad, y una diversidad de pueblos con culturas diferentes que tratan de mantener sus identidades colectivas. Las respuestas a esta realidad han sido múltiples y generalmente violentas, van desde el exterminio de los pueblos, su reducción a reservas o protectorados, la deportación masiva fuera de sus territorios, las políticas de integración forzosa a la cultura dominante.

El Estado moderno defiende la libertad individual (autonomía individual), pero reprime a los colectivos de los que forman parte los individuos.

421 E. Ayala Mora, *Ecuador: Patria de todos...*, p. 36.



Es decir, propicia la emancipación de estos, mientras arremete contra las comunidades que son los espacios donde las personas pueden realizarse; es el caso de los pueblos indígenas. En este sentido, el problema surge cuando se trata de combinar la existencia y los derechos de los individuos y de las colectividades a las que pertenecen.

El movimiento indígena latinoamericano plantea el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos, y ello implica el respeto a su vida, la aceptación de su autonomía entendida como su capacidad de decidir conforme a sus propios valores y facultad de ejercer esa decisión, igualdad entre pueblos iguales y reconocimiento para que los pueblos puedan guiar sus decisiones con base en sus propios fines y valores, es decir, en ausencia de coacción por parte de los otros.

El reconocimiento de personalidad colectiva y capacidad para proveer su existencia y futuro, constituye el camino de su libre determinación, que no implica secesión y se expresa en diferentes grados, formas y modalidades. Se refiere a una autodeterminación dentro del propio Estado, el cual propicia pactos sociales libres y voluntarios respecto a la forma como los pueblos indígenas ejercen sus derechos dentro del Estado. De lo que se trata es de enfatizar la autodeterminación indígena, interna, asumida de forma libre para continuar perteneciendo al Estado al que están integrados. La autonomía es una forma de ejercicio de la libre determinación y la soberanía radica en el pueblo todo, del cual los pueblos indígenas son una parte. Al respecto la doctrina señala que la autonomía es:

[...] un régimen especial que configura un gobierno propio (autogobierno) para ciertas comunidades integrantes, las cuales escogen así autoridades que son parte de la colectividad, ejercen competencias legalmente atribuidas y tienen facultades mínimas para legislar acerca de su vida interna y para la administración de sus asuntos [...]. Los rasgos específicos de la autonomía estarán determinados, de una parte, por la naturaleza histórica de la colectividad que la ejercerá, en tanto será el sujeto social que, con su acción, a fin de cuentas la convertirá en realidad histórica, y le dará vida cotidiana; y, de otra, por el carácter sociopolítico del régimen estatal nacional en que cobrará existencia institucional y práctica, por cuanto la profundidad de las conquistas, las facultades asignadas y, en suma, el grado de autogobierno reconocido, en su despliegue concreto dependerá en gran medida de la orientación política y el sistema democrático vigentes.<sup>422</sup>

422 H. Díaz-Polanco, *Autonomía regional...*, p. 151.

El proceso autonómico indígena es un proceso emancipador y responde a una dialéctica histórica inscrita en la *politización de la etnicidad*, y en un marco de tensión entre el Estado y el movimiento indígena, que ha funcionado como dispositivo de cambios y transformaciones tendentes a la concreción de sus derechos al territorio y autodeterminación.<sup>423</sup>

Es evidente que “las organizaciones de indios conforme avanzan en la toma de conciencia de su identidad, en el conocimiento de su número, de su glorioso pasado remoto y, al mismo tiempo, de su abominable pasado próximo, de su inmerecida miseria presente y de su derecho a un futuro decoroso, han abrazado la bandera de la autodeterminación con fervor y, a veces con radicalismo”.<sup>424</sup>

En la perspectiva teórica de Raz, son relevantes para la autodeterminación, elementos como los siguientes:

#### Cuadro 5. Elementos para la autodeterminación

a) El grupo tiene un carácter común y una cultura común [...] su identidad está determinada al menos en parte por su cultura. Poseen tradiciones culturales que penetran más allá de un área de la vida humana; y dado que está identificado por una cultura común, también comparte una historia, ya que es a través de la historia compartida que la cultura se desarrolla y se transmite;
b) Una persona que crece entre los miembros del grupo adquirirá la cultura del grupo, y dada la naturaleza penetrante de la cultura, su influencia en la persona también es profunda y trascendente;
c) La calidad de miembro de un grupo es, en parte, una cuestión de reconocimiento mutuo;
d) La importancia de la calidad de miembro en la identificación propia. El problema radica cuando la sociedad carece de una imagen distintiva del grupo y ello implica que la calidad de miembro no tiene un perfil social altamente visible;
e) La identidad del miembro es una cuestión de pertenencia, no de éxito. No se elige pertenecer o no. Pertenecemos debido a quienes somos;
f) Los involucrados no son grupos reducidos, de relaciones personales [...]. Se trata de grupos en los cuales el reconocimiento mutuo está asegurado por la posesión de características generales”.

Fuente: Joseph Raz, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, GEDISA, 2001, p. 141-147. Adaptación propia.

423 Ver Luis Macas, *El levantamiento indígena visto por sus protagonistas*, Quito, ICCI, Amauta Runacunapac Yachai, 1991; L. Tibán, *op. cit.*; N. Pacari, “Módulo...”.

424 J. C. Trujillo, “El Estado...”, p. 169.



Cuando Raz trata sobre los grupos que gozan del derecho a la autodeterminación, no se refiere a pueblos o naciones solamente, y por otra parte, abre la pregunta sobre qué hace que los pueblos estén particularmente adaptados a la autodeterminación, y da luces para entender que el derecho se ocupa del establecimiento de si un territorio debe autogobernarse o no, y enfatiza que: “siendo la política el teatro esencial de la vida comunitaria, el autogobierno es inherentemente valioso para proporcionar al grupo una dimensión política”.<sup>425</sup> Para los pueblos indígenas la opción de la lucha política ha trascendido la autodeterminación de solo los grupos originarios, volcándose a una lucha de carácter sistémica por fuera de la sola racionalidad cognitiva instrumental, e incorpora los saberes plurales de los mundos múltiples e identidades diversas plasmadas de simbolismos, utopías y dialécticas concretas que se expresan mayormente en la cotidianidad indígena, y en toda la sociedad.

Este enfoque sociocultural no reivindica la universalidad del racionalismo sino la identidad, o conjunto de configuraciones culturales cuya característica respectiva es justamente su especificidad, su particularidad irreductible. Con la autodeterminación es más posible la nación pluricultural, respetuosa de las fronteras étnicas, de las identidades históricamente conformadas y de la diversidad.

La autodeterminación expresa la posibilidad de acabar con la práctica homogeneizadora y de consolidar las demandas pluralistas de las identidades que la resisten. Cuando las reivindicaciones autonomistas no encuentran respuesta se agudiza el conflicto “étnico nacional”. En concreto, la autodeterminación es la antítesis del indigenismo, de la integración o teoría y práctica de la asimilación de los pueblos indígenas a la sociedad nacional.

Stavenhagen asume que solo en términos generales hay acuerdo respecto a que el derecho a la autodeterminación es principalmente un derecho territorial y, en mayor grado, un derecho político.

Estos son procesos de empoderamiento que se basan en el presupuesto que los pueblos indígenas son propietarios de derechos y en el fortalecimiento de la capacidad de esos pueblos para organizarse y de-

425 *Ibid.*, p. 150. Para profundizar el tema ver Pablo Ortiz Tirado, “Descentralización política y movilización de los pueblos indígenas en América Latina: Comparando el proceso de descentralización en Europa y América Latina VI. Luchas autonómicas en contextos globalizados”, en M. González, A. Burguete Cal y Mayor y P. Ortiz Tirado, coord., *op. cit.*

mandar el cumplimiento y ejercicio de sus derechos y también su participación política [...]. El enfoque basándose en los derechos humanos nace de un concepto de desarrollo que identifica sujetos de derechos y no simplemente una población que es el objeto de las políticas públicas.<sup>426</sup>

Si los pueblos indígenas son sujetos de derechos colectivos, pueden autodeterminarse y su autodeterminación no excluye el enfoque de derechos humanos en el desarrollo alternativo, es decir, endógeno, participativo, socialmente sostenible, equitativo, y protector del equilibrio medioambiental, culturalmente adecuado, autogestionado, democrático y responsable. En todo caso, estos parámetros ratifican que la autodeterminación es un principio fundador que aglutina la constelación de derechos de los pueblos indígenas y descarta aquella posición tendiente a creer en la libre determinación ligada a los atributos de la estatalidad. La libre determinación “plena” es el logro de un Estado plurinacional.

En la década de los 90 se fundamenta que la autodeterminación indígena significa el respeto a su derecho para desarrollar su propia cultura, cultivar sus lenguas, su literatura, sus manifestaciones artísticas, su medicina, todo ello con el reconocimiento de un territorio o espacio étnico, permitiendo y apoyando el funcionamiento de sus propias instituciones, e impidiendo que las diversas instancias oficiales impongan formas de educación y cultura. Implica que el Estado debe respetar su sistema político, sus organizaciones y autoridades.

Hacia 1992 Enrique Ayala expresa que: “la autodeterminación de los pueblos indios no solo supone un reconocimiento estatal, sino también la ampliación del espacio del desarrollo autónomo de las sociedades indígenas y un esfuerzo por promover su autogestión. No habrá autodeterminación si no se abren espacios de participación social desde la base, sin la mediación estatal y a lo mejor como una alternativa a la presencia estatal”.<sup>427</sup>

Lo que cabe agregar es que ese reconocimiento estatal debe ser concomitante al vaciamiento de los contenidos de clase del Estado, en el marco de los principios del Estado plurinacional, y con base en la creación de un nuevo marco jurídico que establezca una nueva relación con aquel reconocimiento para el derecho a decidir libremente su futuro, la regulación de su convivencia social y los procedimientos para la resolución de sus

426 R. Stavenhagen, “Cómo hacer para que la Declaración sea efectiva”, en C. Charters y R. Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración...*, p. 392.

427 E. Ayala Mora, “Estado nacional...”, p. 24.



conflictos. A más del reconocimiento estatal son necesarios los pactos autonómicos. Pactos entre los sistemas normativos indígenas con el sistema formal estatal, por ejemplo.

El derecho a la libre determinación y a la autonomía es comprendido en el marco de la Constitución, es decir, sin poner en riesgo la “unidad nacional”, los derechos sociales, económicos, políticos, culturales, el respeto a la identidad. Está dentro del marco de los derechos humanos y conforme a la Declaración de las Naciones Unidas, les corresponden a los pueblos indígenas y a sus miembros, de acuerdo con sus propios vínculos de comunidad.<sup>428</sup>

Entendida como derecho humano, la idea esencial de la libre determinación es que los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen por igual el derecho de ejercer el control sobre sus propios destinos y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho. Esta idea de aplicación universal es la que promovió el hundimiento de las estructuras coloniales clásicas [...]. En términos generales el concepto libre determinación de los pueblos proyecta una senda ideal sobre el modo en que las personas y los grupos forman sociedades y sus instituciones de gobierno, la teoría política ayuda a entender ese ideal.<sup>429</sup>

## Titularidad de la propiedad colectiva de la tierra

El tema sobre la titularidad de la propiedad colectiva de la tierra implica varias dimensiones: la política, la jurídica y la cultural. La política tiene relación a una demanda de tierras y proclama de territorialidad, es decir, para la sobrevivencia y la autodeterminación.

La dimensión jurídica expresa una prioridad respecto a la regularización de la tierra y ello comprende un proceso jurídico administrativo para acceder a un título legal de tenencia y dominio del bien. En este sentido, se trata de que las comunidades indígenas dispongan de regímenes diferenciados para la tenencia y propiedad de la tierra; posteriormente, al derecho a la tierra se incorporan otros como el derecho a la educación y jus-

428 James Anaya, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en C. Charters y R. Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración...*, p. 194-198.

429 *Ibid.*, p. 194-198.

ticia diferenciada, consulta previa libre e informada y participación, manejo de los recursos naturales a partir de prácticas tradicionales, entre otros.

La adopción de los derechos colectivos relacionados con la tenencia de la tierra tiene una connotación cultural y refleja una polisemia de valores que obliga a diferenciar las nociones tierra, territorio y derechos territoriales. Desde el campo jurídico corresponde elucidar qué es la seguridad jurídica de la tenencia de la tierra a favor de las comunidades ancestrales, y porque dicha reivindicación se ha constituido en dispositivo de lucha para la legitimación de espacios físicos comunitarios.

El enfoque jurídico implica ubicar el debate en el marco de la reforma del Estado impulsada por las élites políticas en las últimas tres décadas, y desde la perspectiva del movimiento indígena considerar aspectos como los siguientes: defensa y recuperación de tierras, territorios y recursos naturales; establecimiento del Estado plurinacional; reconocimiento del derecho indígena y de sus formas de autogobierno; respeto a sus valores culturales y fomento de programas de educación intercultural bilingüe, etc. Es en el marco del reconocimiento de los derechos colectivos indígenas que corresponde analizar el sistema jurídico ecuatoriano, la organización y titularidad de la propiedad de la tierra.

En primer lugar, el ordenamiento jurídico *estatalista* ecuatoriano establece a la comuna como expresión máxima de las formas asociativas de la población rural. Para el efecto, conforme sintetiza Wray, hacia 1937 en Ecuador se promulga la Ley de Comunas y el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas.

La protección legal comienza por convertir a la comuna andina ancestral en un sujeto de derechos y obligaciones. En la lógica dogmática jurídica tradicional, este resulta ser un paso necesario e inevitable, dado que las únicas realidades que el derecho conoce pertenecen al orden de las personas o al orden de las cosas, siendo privativo de las primeras gozar de derechos y ejercerlos.<sup>430</sup>

Para Wray es relevante la observación respecto a que el reconocimiento de la personalidad jurídica tiene un precio:

430 Alberto Wray, "El problema indígena y la reforma del Estado", en Alberto Wray y Juan Carlos Ribadeneira, edit., *Derecho, pueblos indígenas y reformas del Estado*, Quito, A-Y, 1993, p. 12.



[...] el de imponer una forma de organización única y que responde a la racionalidad y valoración típica de la “democracia representativa”, y no a los usos y costumbres de las propias comunidades indígenas; de manera que: “se han metido en el mismo saco junto a las comunidades andinas tradicionales, los pequeños pueblos de pescadores de la Costa, los grupos negros del Nor-occidente, las naciones aborígenes de la Región Amazónica [...] y resulta evidente que el legislador no se ha guiado por datos étnicos ni culturales”.<sup>431</sup>

Otro elemento importante del análisis consiste en ver que el propósito de la Ley de Comunas no es simplemente dotar de una forma de organización a las poblaciones marginales para que puedan acceder a los beneficios contemplados en los programas de desarrollo de las agencias estatales, sino que, conforme al art. 3 del mencionado instrumento legal, el poder público adoptará las medidas necesarias para transformar a las comunidades en cooperativas de producción,<sup>432</sup> es decir, para insertarlas en una lógica y racionalidad que dé respuesta a las necesidades del mercado y del capital. Intención que se trasluce, tanto en el marco jurídico como en los programas de desarrollo integracionista.<sup>433</sup>

Estos hechos son los dispositivos de la resistencia indígena y del rechazo a las fracturas y delimitaciones de los espacios comunales. Fracturas que repercuten en la organización de la sociedad indígena y campesina porque amenazan sus reservas territoriales y su espacio de seguridad. Estas políticas de integración y asimilación responden a un modelo socioeconómico

431 *Ibid.*, p. 14.

432 *Ibid.*

433 Isabel Estévez y Alfredo Serrano, “Democratizar la tierra como una estrategia alternativa”, en Alfredo Serrano Mancilla, coord., *¡A (re) redistribuir!: Ecuador para todos*, Quito, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2012, p. 141. La contextualización del proceso integracionista demanda la siguiente referencia histórica: “A partir de la colonización europea, el control del principal medio de producción ( la tierra) pasa de las manos del incario, bajo el cual había sido manejado como un bien esencialmente público, a las manos de la Corona Española, la cual encargó el manejo de “sus” tierras (y las poblaciones que las ocupaban) a aquellos delegados llamados “encomenderos”, cuyo objeto principal era la canalización de la riqueza hacia Europa para así cumplir con el rol mundial de la periferia. En la medida en que los encomenderos lograban retener parte de aquellos recursos para sus propias fortunas, su deseo de autonomía incrementaba de tal forma que en poco tiempo aquel deseo se convirtió en un elemento catalizador para el proceso independentista, el cual a la vez permitió a estos delegados “legitimar” su estatus de propietarios autónomos. De tal forma, las encomiendas coloniales se transformaron en latifundios, estructuras semi-feudales que perduran hasta la reforma Agraria de la década del 60 y del 70 del siglo XX, y se expanden, más o menos intactas, hacia partes de la Costa y Amazonía a través de un proceso de privatización y acaparamiento de tierras igualmente inequitativo y arbitrario”.

co *neocolonizador* que busca extinguirlos como culturas. En consecuencia y desde la perspectiva jurídica-crítica, esta legislación comunal expedida para proteger a las comunidades y preservar su identidad cultural, resulta más bien ser un factor decisivo para desestructurar el mundo indígena.

Una respuesta sobre el tema sigue pendiente, pero sí está claro que la Ley de comunas establece una forma de propiedad colectiva y los bienes que la integran son patrimonio de los comuneros, y su uso y goce deben adecuarse en cada caso, a la mejor conveniencia de cada uno de ellos. En este sentido, en el marco constitucional es recurrente esta forma de propiedad comunitaria distinta a la de los sectores privado y público. Desde entonces se asume que esta modalidad de propiedad se inscribe dentro de lo que se viene denominando “sector comunitario de la economía”.

En términos jurídicos, se trata del clásico derecho privado de dominio, cuyo titular es una persona jurídica llamada comuna y para su ejercicio se han establecido ciertas restricciones que afectan a la capacidad de disposición, como aquella de requerir la autorización previa del Ministerio de Agricultura para gravar o enajenar inmuebles. Existen otras limitaciones, por ejemplo, requerir la aprobación de un porcentaje mayoritario de miembros para fraccionar el bien. Posteriormente, con la propiedad de la parcela familiar reconocida jurídicamente a partir del proceso que desencadena la reforma agraria, se hacen visibles otras implicaciones jurídicas de la diferencia de titularidad de la tierra.<sup>434</sup>

En la Región amazónica por ejemplo, se generan cambios sustanciales respecto a la forma de organización indígena. Se obliga a los pueblos a crear los denominados centros y/o comunas en función de adjudicarles legalmente espacios físicos delimitados. Este proceso es visto como una forma de *campesinación* que limita los derechos ancestrales: frente a este proceso tiene lugar otro denominado de *indigenización* o reconocimiento de la identidad étnica, con base en el cual los pueblos demandan la ad-

434 Pablo Ospina, coord., *Mapeo de actores y análisis de poder para el ejercicio de derechos de los pueblos indígenas del Ecuador*, Quito, IEE, 2008, p. 30-31: “La Reforma Agraria y la política de colonización tuvieron efectos contradictorios. Por un lado, permitió el acceso a tierras en la zona andina; por otro, constituyó una amenaza para los pueblos indígenas de las tierras bajas. Esas entregas de tierras se hicieron con zonas altas, empinadas, de baja calidad o alejadas de los centros mercantiles y de comercio y sin infraestructura productiva. Sin ese carácter limitado de la redistribución agraria, no podría entenderse la abismal pobreza de las sociedades campesinas e indígenas (ver anexo 4.6). Sin embargo, las bases organizadas accedieron a tierras o a la legalización de territorios en forma significativa. Las tierras fueron, pues, entregadas a los pueblos y nacionalidades, especialmente en la Amazonía y en la Costa”.



judicación legal de tierras comunitarias y la titularidad colectiva sobre los territorios ancestrales, para potenciar sus demandas crean varias federaciones provinciales y la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Región Amazónica Ecuatoriana.

De lo expuesto se infiere que el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación no es simple, sino producto de un complejo proceso socioorganizativo, político y jurídico interno, y de otro a nivel internacional que se respalda en el Convenio 169 de la OIT; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; actualmente tales derechos también constan en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, dictada en el 2007.

La referencia a este proceso se justifica para enfatizar que el mito de la omnipresencia de la juridicidad estatal ha colocado a los juristas a debatir sobre un dilema: a) permitir el libre juego de los mecanismos de desintegración del mundo indígena acelerando el proceso de integración y asimilación; y b) establecer un régimen legal de excepción en función de preservar los rasgos socioorganizativos y culturales indígenas.

Conforme a la opción b), se ha generado una gama importante de derechos colectivos indígenas que constan en la legislación ordinaria y a nivel del máximo estatuto del Estado. De esta forma, con el tránsito del Estado de derecho y del positivismo jurídico al Estado constitucional de derechos y al neoconstitucionalismo, se ha enfrentado el problema desde una racionalidad evolucionada que no consiste en someter a todos los ecuatorianos –indígenas o no– a las mismas reglas legales generales, sino a una normativa constitucional que reconoce las diferencias, la diversidad y la pluralidad en términos de igualdad entre pueblos iguales, y de forma que el Estado enfrente la injusticia cultural y la injusticia distributiva, para alcanzar la justicia y no solo la mera aplicación de la ley.

## **Derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación en instrumentos internacionales**

La evolución de los derechos humanos fundamentales es evidente, y muestra de ello es el reconocimiento de los derechos colectivos como derechos humanos en el marco constitucional. El jurista Julio César Trujillo sostiene que los colectivos inicialmente reconocidos como titulares de

derechos en Ecuador son la familia y los sindicatos. Así lo establece la Constitución de 1929; la de 1998 les reconoce esta misma calidad a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y a los pueblos afrodescendientes; en la de 2008 se agregan los pueblos montubios.<sup>435</sup>

La Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26 de junio de 1945) prescribe el principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos. La Declaración Universal de Derechos Humanos (AGNU) del 10 de diciembre de 1948, también lo hace; hacia 1965 se concreta la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial y en 1966 tienen lugar los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (PIDESC y PIDCP), cuyo Artículo 1 es el mismo en los dos instrumentos y consagra el derecho de todos los pueblos a la libre determinación como un derecho humano fundamental. Hacia 1921 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) toma iniciativas en materia de trabajadores indígenas, primero en un contexto colonial y después en países independientes.<sup>436</sup>

En 1957 se genera el Convenio No. 107 de la OIT sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y no menciona el término pueblos. Este Convenio tiene carácter integracionista y responde al sentir propio de la época en la que se piensa que los pueblos indígenas desaparecerían culturalmente.

El Convenio No. 107 ya contiene disposiciones relativas a las tierras, territorios y recursos naturales de los indígenas, y ello implica el reconocimiento como sujetos de derechos y su protección por parte del Estado. El art. 11 establece

[...] el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas” y el artículo 12.1 prescribe que estas poblaciones no deberán trasladarse de sus territorios “[...] sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones”; el artículo 14 contempla: a) la asignación de tierras adicionales a dichas po-

435 J. C. Trujillo, *Constitucionalismo...*, p. 319.

436 José Aylwin Oyarzún, “El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas”, en Matías Meza-Lopehandía Glaesser., edit., *Las implicancias de la ratificación del Convenio No. 169 de la OIT en Chile*, s. l., Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2a. ed. rev. y aum., p. 7-28, 2010, <<http://www.politicaindigena.org/pdf/Las%20implicancias%20de%20la%20ratificacion%20del%20Convenio%20Nro%20169%20de%20la%20OIT%20en%20Chile.pdf>>. Consulta: 2 de mayo de 2012.



blaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean.<sup>437</sup>

Este Convenio es restrictivo y determina que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de sus derechos como individuos iguales a los otros individuos de la sociedad, en el marco de las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico del Estado-nación.

Como refiere Anaya, la filosofía indigenista reflejada en el Convenio 107 también se manifiesta en los programas integracionistas del Instituto Indigenista Interamericano, creado en 1940 y con sede en México. “Tanto el Convenio 107 como los programas del Instituto Indigenista Interamericano (III) desarrollados dentro del esquema de los derechos humanos de mitad del siglo XX, son rechazados debido a sus elementos asimilacionistas o integracionistas”.<sup>438</sup> Los contenidos de dichos instrumentos no son favorables a los pueblos indígenas, porque utilizaban términos como “integración”, “protección” y transmiten ideas contrarias a las preconizadas por los pueblos indígenas:

[...] en los hechos de la vida diaria la integración correspondía más a ideas y prácticas de asimilación con desaparecimiento provocado o apoyado de la diferenciación sociocultural basada en la cosmovisión propia. Pensaba que la protección sería con toda probabilidad, una continuación del tutelaje colonialista de los Estados-nación entre cuyas poblaciones se veían incluidos estos pueblos, ya que seguían asentados en sus territorios ancestrales, ahora colocados bajo la jurisdicción de aquellos Estados independientes. Estas eran ideas contrarias a lo que sabíamos que buscaban fundamentalmente los pueblos indígenas que conocíamos de cerca.<sup>439</sup>

[...] las normas de la descolonización desarrolladas y promovidas por el Sistema Internacional ignoraron las formas indígenas de asociación y organización políticas anteriores al contacto con la colonización europea. Se consideró que la unidad beneficiaria del régimen de descolonización era la población de un territorio colonial entendido como un todo, sin tomar en cuenta los patrones culturales y políticos existentes antes de la colonización. En consecuencia, la implementación del régimen de descolonización basándose en la Carta de las Naciones Unidas no supuso una vuelta al

437 Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 107*, Ginebra, 1967.

438 J. Anaya, *Los pueblos...*, p. 91.

439 Augusto Willemsen Díaz, “Como llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU”, en C. Charters y R. Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración...*, p. 19.

*status quo* del orden político y social anterior a los procesos históricos que culminaron en la colonización.<sup>440</sup>

La ONU a través de la Subcomisión de Lucha Contra Medidas Discriminatorias y por la Protección de las Minorías (Resolución 8-XXIV del 18 de agosto de 1971) nombra como Relator Especial al ecuatoriano José Ricardo Martínez Cobo y le solicita un “Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”, el mismo que es presentado a la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en 1984; y contiene cambios conceptuales y de propuesta de los derechos de los pueblos indígenas que sirven de base para la entrada de los pueblos indígenas a la ONU.<sup>441</sup>

### **El Convenio 169 de la OIT y el derecho de los pueblos indígenas al territorio**

En 1985 la OIT revisa el Convenio y lo califica de obsoleto y observa que su enfoque integracionista es perjudicial para los Pueblos Indígenas. En 1986 acuerda la revisión parcial del Convenio y en 1988 desarrolla un proceso de discusión que involucra a los pueblos indígenas.

El Convenio No. 169 de la OIT entra en vigencia en 1991 y el preámbulo contiene las orientaciones centrales para su interpretación. Conforme lo refiere Aylwin:

[...] el Convenio No. 169 acotó el alcance del término “pueblos”, de tal manera que conforme al art. 1.3: “no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Esta redacción fue adoptada luego de que diversos Estados impugnaran la aplicación a los pueblos indígenas, del derecho a la libre determinación reconocido en términos genéricos a los pueblos en otros tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas, por temor a que ello implicase el reconocimiento de un derecho de secesión. La redacción finalmente adoptada en la materia dejó abierta la cuestión, pues la propia OIT declaró que excedía su ámbito de competencia pronunciarse respecto a la libre determinación de los pueblos indígenas.<sup>442</sup>

440 J. Anaya, *Los pueblos...*, p. 85-86.

441 A. Willemsen Díaz, *op. cit.*, p. 28.

442 M. Meza-Lopehandía Glaesser, edit., *op. cit.*



El Convenio No. 169 continúa en el marco del paradigma positivista del Derecho defendiendo derechos individuales, y es concordante con la Carta de la ONU suscrita en 1945, cuyo art. 1.3 estipula: “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.<sup>443</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), art. 2. Prescribe que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.<sup>444</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP-1966) art. 2.1, 26 y 27, determina:

Art. 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”;

Art. 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva, contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social”;

Art. 27: “En los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.<sup>445</sup>

443 ONU, *Carta de Naciones Unidas 1945*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador (EJE), 2003, p. 36-87.

444 ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Quito, EJE, 2003, p. 7-16.

445 Indian Law Resource Center (ILRC), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP-1966)”, en *Derechos indios, derechos humanos: Manual para indígenas sobre procedimientos de reclamaciones en el campo de los derechos humanos internacionales*, Washington, ILRC, 1984, p. 88-97. Como se puede apreciar, la norma se mantiene en el paradigma de los derechos individuales, en cuanto se refiere a las “personas pertenecientes a dichas minorías”, limitando su aplicación a los individuos y excluyendo de ella a los

## El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC-1966), art. 3:

Los Estados Partes en el Presente pacto se comprometen a asegurar a los hombres y mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

### Cuadro 6. **Convenio 169: Contenido de los derechos indígenas a la tierra y al territorio**

Art. 13	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.</li> <li>2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.</li> </ol>
Art. 14	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.</li> <li>2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.</li> <li>3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.</li> </ol>

pueblos indígenas como sujetos de derechos. Este enfoque resulta limitado, por una parte los pueblos indígenas en muchos países constituyen sectores étnicos minoritarios de la población, en otros, como es el caso de Bolivia y Guatemala constituyen sectores mayoritarios. Por otro lado, tal definición no coincide con la aspiración de los pueblos indígenas de ser reconocidos como tales. Finalmente, el artículo 27 del PIDCP no contiene ninguna referencia explícita a medidas positivas que pudieran tener derecho las minorías para su protección efectiva como tales.



<p>Art.15</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.</li> <li>2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.</li> </ol>
<p>Art.16</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.</li> <li>2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.</li> <li>3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.</li> <li>4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.</li> <li>5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.</li> </ol>

Art. 17	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.</li> <li>2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.</li> <li>3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.</li> </ol>
Art. 18	La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.
Art. 19	<p>Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;</li> <li>b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.</li> </ol>

Fuente: Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 169, Ginebra, adopción el 27 de junio de 1989, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991.

## El Convenio 169 de la OIT y la autodeterminación de los pueblos indígenas

El derecho de libre determinación de los pueblos, consagrado en el art. 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas (1945), posteriormente en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP-1966), y en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC-1966) consiste en que: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su conducción política y proveen asimismo su desarrollo económico, social y cultural”.



Estos instrumentos PIDCP y PIDESC regulan de una manera obligatoria los derechos y principios enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pero, con relación a la libre determinación de los pueblos, se trata de un derecho que no estaba destinado a ser aplicado a los pueblos indígenas, sino a los pueblos que a esa época se encontraban en proceso de descolonización, y que derivaron en la creación de los Estados africanos.

El Convenio 169 entró en vigor en 1991 y conforme a Anaya:

[...] no era suficientemente coactivo a la hora de regular la conducta de los gobiernos en relación con los intereses de los pueblos indígenas: la crítica fue dirigida a numerosas disposiciones que contenían salvaguardas y tomaban la forma de recomendaciones, así como a la asunción subyacente de la autoridad del Estado sobre los pueblos indígenas [...] parte de estas críticas se expresaron en términos altamente técnico-jurídicos y en lecturas del Convenio basadas en escenarios fatalistas que raramente consideraban el contexto general.<sup>446</sup>

La demanda de los pueblos indígenas es que les corresponde la titularidad de los derechos colectivos, y no a los individuos o al Estado:

La conceptualización y articulación de dichos derechos se enfrenta con la dicotomía individuo/Estado que todavía perdura en las concepciones dominantes sobre la sociedad humana e influye en la elaboración de estándares internacionales. Los derechos colectivos suponen además un cuestionamiento a algunos de los elementos claves de la soberanía estatal, especialmente celosa en cuestiones relativas a la organización social y política, cuestiones que se supone pertenecen al ámbito de la autoridad estatal.<sup>447</sup>

Los Estados y sus gobiernos se resistieron al concepto “pueblos” debido a su asociación con la “libre determinación o derechos iguales de los pueblos” de la Carta de las Naciones Unidas. La libre determinación asociada con el derecho a formar un Estado independiente se tornó más compleja, cuando los pueblos indígenas invocan el derecho a la autodeterminación para expresar su voluntad de existir como comunidades diferenciadas y libres de opresión. Lo cierto es que los pueblos indígenas no connotan la idea de formar Estados independientes.<sup>448</sup> Conforme lo refiere Anaya, la contro-

446 J. Anaya, *Los pueblos...*, p. 99.

447 *Ibid.*, p. 99-100.

448 *Ibid.*, p. 100.

versia queda superada cuando se asume el término “pueblos”, con la salvaguarda del art. 1.3 que prescribe: “La utilización del término ‘pueblos’ en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.<sup>449</sup>

El Convenio No. 169 consolida el concepto autodeterminación de los pueblos indígenas sin modificar el carácter político liberal del Estado-nación respecto a la autodeterminación indígena; ello significa que no coadyuva a superar aspectos socioeconómicos y jurídicos generados por la injusticia cultural e injusticia distributiva. Este “soft law” no alcanza el nivel político que demanda el territorio indígena en sus cinco dimensiones básicas: a) jurisdicción de control político, b) espacios geográficos, c) hábitat y conjunto sistémicos de recursos naturales, d) biodiversidad y conocimientos, e) relación histórica y simbólica (etno-territorialidad), desde la particular circunstancia histórica de cada pueblo.<sup>450 451</sup>

### **La Declaración de la ONU (2007) y los derechos al territorio y autodeterminación de los pueblos indígenas**

Tal cual lo refiere Clavero, la “Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas viene a significar la superación más avanzada de aquella polarización entre un derecho oficial basándose en una sola cultura, y una sociedad jurídicamente pluralista dada la presencia de pueblos indígenas, comunidades afroamericanas y otros colectivos que portan consigo culturas y costumbres diversas. El multiculturalismo jurídico es una situación de hecho desde sus orígenes hasta hoy”.<sup>452</sup>

449 Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169*, Ginebra OIT, adopción el 27 de junio de 1989, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991.

450 Víctor Toledo, “Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina. 1990-2004. ¿Las fronteras indígenas de la globalización?”, en Pablo Dávalos, comp., *Pueblos indígenas, Estado y democracia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, p. 18.

451 Una visión crítica al enfoque de Naciones Unidas sobre los derechos Humanos y derechos de los Pueblos indígenas, ver B. de Sousa Santos, *Sociología...*, p. 527-541.

452 B. Clavero, “Supremacismo...”, p. 366-368: “En América Latina el derecho constitutivo del Estado (derecho constitucional-autista) ha venido esforzándose por imponer la cancelación del multiculturalismo jurídico [...] y especialmente por el intento de disolución de los pueblos y comunidades indígenas [...]. Los Estados latinoamericanos se constituyeron históricamente sobre la base de una monumental ficción que la jerga jurídica califica como *iuris et de iure* con efecto *erga omnes*, esto es, de principio que no admite prueba alguna en contrario, ni siquiera la de evidencia más palmaria y que se entiende válido con carác-



La relevancia de la “Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” radica en asumir la perspectiva del nuevo constitucionalismo social latinoamericano y del constitucionalismo comunitario que: “[...] ha excluido cualquier rezago segregacionista propio del constitucionalismo decimonónico, cuya premisa respecto a la presencia indígena había sido la de disolución tanto de los pueblos mediante la pérdida de sus culturas, cuanto de las comunidades por medio de la reducción de su territorio a propiedad privada de los indígenas mismos y de los colonos invasores”.<sup>453</sup>

**Cuadro 7. Prescripciones relacionadas a los derechos al territorio y autodeterminación, en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)**

Art. 1	Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.
Art. 2	Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígena.
Art. 3	Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.
Art. 4	Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

ter general, frente a cualquier pretensión, sin excepción posible. La ficción presumía que los colonialismos europeos, habían dominado completamente aquella geografía y asimilado a la humanidad indígena sobreviviente a la invasión y ocupación”. “Hay Estados que llegaron a admitir la posibilidad de realización de acuerdos y tratados con pueblos indígenas independientes como vía para el establecimiento final de sus poderes, los del Estado, sobre sus territorios, los de los pueblos [...]”. Hubo constituciones que se refirieron a esto mismo entendiendo que tenían la obligación de hacer efectivas sus fronteras y presentes sus poderes a fin de que la “civilización” que los Estados se arrogaban prevaleciera sobre la “barbarie” que achacaba a los pueblos”.

453 B. Clavero, “Supremacismo...”, p. 370.

Art. 5	Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.
Art. 10	Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.
Art. 25	Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.
Art. 26	<p>Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.</p> <p>Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.</p> <p>Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.</p>
Art. 29	<p>Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.</p> <p>Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.</p> <p>Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.</p>



<p>Art. 30</p>	<p>No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado.</p> <p>Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.</p>
<p>Art. 32</p>	<p>Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.</p> <p>Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.</p> <p>Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”.</p>

Fuente: Organización de las Naciones Unidas, Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Washington, Naciones Unidas, marzo de 2008. Adaptación propia.<sup>454</sup>

Este instrumento expresa el catálogo de derechos de los pueblos indígenas. Hay quienes consideran que esta Declaración para América Latina representa la conclusión del colonialismo, al que han estado sometidos los pueblos indígenas aún en la etapa republicana. Siguiendo a Clavero:<sup>455</sup> el

454 Mattías Ährén, “Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en C. Charters y R. Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración...*, p. 214. “La comunidad mundial es categórica al prescribir que un orden legal nacional en el que la ley reconoce que el uso de la tierra por población no indígena genera derechos de propiedad y el uso indígena de la misma no lo genera, viola el derecho fundamental a la no discriminación. El derecho internacional establece que si la legislación nacional reconoce que la ocupación genera derechos de propiedad sobre la tierra, esa legislación debe aplicarse con igualdad a los pueblos indígenas; además establece que es discriminatorio generar un sistema legal nacional en el que el modo de uso permanente por parte de población no indígena genere derechos sobre las tierras, territorios y recursos, y que el uso común por parte de los pueblos indígenas no los genere”.

455 B. Clavero, “Supremacismo...”, p. 372.

“supremacismo” cultural continúa vivo y agresivo entre amplios sectores sociales, entre los poderes fácticos de la región y de los propios Estados que se resisten a tomar los derechos de los pueblos indígenas en serio, es decir, la concreción del Estado plurinacional, la transformación de las relaciones de poder y el cambio del modelo de desarrollo.

La Declaración prescribe que la libre determinación de los pueblos indígenas no es derecho a la secesión y tampoco un derecho diferente e inferior, y que la opción de optar por una libre determinación “plena” corresponde a una visión no estrecha y estatalista de la humanidad y del mundo que considera que el Estado moderno no es la unidad de organización humana más importante y fundamental.

No obstante, esta eficiencia jurídico-política es insuficiente, y el movimiento indígena continúa en su lucha por la concreción del Estado plurinacional, la autodeterminación y ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales o contexto específico donde concreta sus luchas cotidianas, sin excluirse de la necesaria y contingente interconexión con un mundo que ha roto las fronteras del dominio soberano, y se aproxima más a un Estado postnacional, postsocialista, que ponga fin a la injusticia cultural e injusticia distributiva.<sup>456</sup>

## Los “derechos territoriales indígenas”: concepto integrador y fundamentación política

Las estructuras sociales de los pueblos indígenas fueron ignoradas históricamente y los sistemas de derechos humanos se elaboraron sin pensar siquiera en ellos. Se caviló que los derechos de los pueblos indígenas podían y debían protegerse a través de un sistema centrado en los derechos del individuo; y no en los de grupos o entidades culturales y diversas, si es que se protegen eficientemente los derechos individuales. Esta es una posición integracionista que ignora la “otredad” y el derecho de los pueblos a ser tratados como diferentes e iguales entre pueblos iguales.

456 La propia ONU enfatiza que la libre determinación se opone, especialmente, a modelos imperiales y de conquista (la libre determinación exige hacer frente y revertir los legados del imperialismo, de la discriminación y de la opresión de las culturas. J. Anaya, “El derecho de los pueblos indígenas”, en C. Charters y R. Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración...*, p. 2007.



El reconocimiento jurídico-constitucional de los derechos de los pueblos indígenas equivale a que los beneficiarios de tales derechos son los pueblos, no los miembros individuales de un pueblo indígena. Los pueblos indígenas pueden ejercer derechos humanos inherentes al individuo, y ello rompe la lógica jurídica del ordenamiento convencional. Lo de fondo radica en que si los pueblos indígenas tienen derecho a su identidad cultural y libre determinación, los titulares del derecho son estos pueblos como tales, y: ejercen derechos humanos colectivos propiamente dichos, por su parte el derecho internacional también los reconoce con dicha calidad y de esta base doctrinal se nutre el Estado constitucional de derechos.

Los pueblos avanzan hacia una conceptualización integral de los derechos a la identidad cultural, derechos humanos colectivos, derechos materiales a la tierra, territorios ancestrales, recursos, y a la autodeterminación; finalmente establecidos en instrumentos jurídicos internacionales, en el ordenamiento interno y Constitución de cada Estado en forma progresiva.

Para ser reconocidos constitucionalmente los derechos colectivos indígenas han tenido que suceder acontecimientos sociopolíticos realmente dramáticos, muerte de líderes indígenas y levantamientos de pueblos que han conmocionado a la sociedad en general, generado procesos de desinstitucionalización e ingobernabilidad que han provocado la caída de gobiernos (Caso Ecuador en 1997 y en el 2002). En estos procesos el discurso indígena se ha ido depurando e insuflando de contenidos políticos sustanciales innovados y propios de su cosmovisión.

Toledo afirma que entre 1990 y 2003 en América Latina, la irrupción del movimiento indígena como actor político constituye uno de los fenómenos más relevantes que marca el fin de un ciclo e inicio de otro en la trayectoria de los conflictos etno-políticos, así como en la renovada actualidad de los "derechos territoriales indígenas". "Derechos territoriales que comprenden dimensiones que van más allá de los asuntos jurisdiccionales y administrativos en los cuales se ha centrado el debate de las autonomías como forma de realización de la autodeterminación".<sup>457</sup>

En un escenario marcado por transformaciones que giran en torno a la geopolítica neoliberal, los pueblos indígenas son actores políticos determinantes y exigen nuevos estatutos garantistas de su existencia y libre determinación como pueblos. En esto consiste la re-emergencia de las identida-

457 V. Toledo, *op. cit.*, p. 2.

des y manejo de conflictos etno-políticos heredados de la injusticia cultural e injusticia distributiva. Tal emergencia apunta a enfrentar cuatro grandes tipos de conflictos y problemas etno-políticos:

Conflictos interétnicos por la disputa del poder y control del Estado; conflictos separatistas, de “minorías nacionales” cuyos movimientos etnonacionalistas se orientan a una estatalidad independiente; conflictos y movimientos de minorías étnicas migrantes en países desarrollados; y los conflictos, movimientos y contiendas por derechos de pueblos indígenas”.<sup>458</sup>

Todos estos tipos de conflicto son expresión del pluralismo étnico y cultural, pero tanto en el orden interno como en el externo no los tratan como si fueran de un solo tipo, por ejemplo, el derecho internacional consuetudinario establece diversas categorías de derechos de los pueblos, también lo hace la jurisprudencia de los derechos humanos. De tal forma que: “la cuestión indígena está inserta en la agenda pública e institucional de los países y en la del sistema multilateral, vinculada a asuntos de derechos humanos, democratización, paz social, medioambiente y desarrollo local”.<sup>459</sup>

Estos problemas a los que se enfrenta al movimiento indígena inciden en la construcción del contenido político esencial que se expresa en la noción “derechos territoriales indígenas”. La génesis de este término implica una complejidad creciente que parte por incorporar claves teóricas y metodológicas no ortodoxas para explicar la territorialidad, es decir, la transición de la demanda por la tenencia de la tierra al derecho al territorio indígena, y de la autonomía a la libre determinación.

Desde esta perspectiva los “derechos territoriales indígenas” no expresan una univocidad conceptual, sino que transmiten un sentido de maduración de la pluralidad temática: transformación de las relaciones de poder, identidad, cultura, tierras, recursos naturales, biodiversidad, medioambiente, consulta y participación, organización social del espacio, jurisdicción y control político, consulta previa libre e informada, plurinacionalidad, soberanía plurinacional. Este *constructo* discursivo comprende la dimensión política de aquella pluralidad temática con unidad de sentido histórico que va más allá del alcance conceptual establecido por el sistema internacional de Naciones Unidas. Es un concepto más amplio y dife-

458 *Ibid.*, p. 3.

459 *Ibid.*, p. 4.



rente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia de los pueblos, con el control de su hábitat en cuanto es condición necesaria para la reproducción de su cultura, y para su propio desarrollo con enfoque sociocultural. Pero sobre todo, se proyecta como el ariete de la emancipación socio-económico-política plurinacional.

## **El discurso antisistémico indígena y línea de fractura ideológico-política**

El discurso antisistémico indígena: Hacia la década de los 90 la atención internacional se centra en las “viejas minorías históricas” consideradas cuestión prioritaria de supervisión, al margen de que no todos los tipos de diversidad étnica muestran el mismo potencial desestabilizador y la misma tendencia a desembocar en un conflicto violento.<sup>460</sup> Téngase en cuenta que desde la década del 70:

[...] se produce un giro hacia el reconocimiento de algún tipo de autogobierno indígena (sobre lo que queda) de su territorio tradicional. Esto se refleja en un amplio conjunto de demandas territoriales aceptadas y de acuerdos de autogobierno y, en algunos casos, un cierto grado de pluralismo jurídico, por ejemplo, el reconocimiento de las leyes consuetudinarias.<sup>461</sup>

Estas demandas constituyen formas sólidas de un pluriculturalismo que requiere de una reestructuración sustancial del Estado e importante redistribución del poder político, en función de superar la injusticia cultural de la que han sido objeto durante siglos de colonialismo y soberanía del Estado-nación. Para Kymlicka, estos cambios suscitan una gran polémica inicial en la mayor parte de las democracias occidentales.<sup>462</sup> En América Latina significa una toma de conciencia para desenmascarar la satrapía de la ideología dominante, y la incapacidad del Estado de derecho y del positivismo jurídico para dar respuestas viables a los problemas sociales históricamente postergados, más aún, dicha incapacidad expresa una dimensión de la crisis civilizatoria.<sup>463</sup> Civilización cuestionada desde la cos-

460 W. Kymlicka, *Las odiseas...*, p. 190.

461 *Ibid.*, p. 191.

462 *Ibid.*

463 Alain Touraine, *Crítica de la modernidad*, México DF, FCE, 2002; Enrique Leff, *Aventuras de la epistemología ambiental*, México DF, Siglo XXI, 2006; Ulrich Beck, “Teoría de la

movisión indígena por su hegemónica racionalidad cognitiva-instrumental, logocéntrica, homogeneizadora y anti-natura.

El discurso antisistémico indígena no solo formula una contrapropuesta teórico-ideológica para contrarrestar el modelo político de Estado y el modelo de desarrollo, sino que ensambla el sentido histórico de la plurinacionalidad e interculturalidad y las luchas sociales en contra del sistema liberal capitalista. También expresa la resistencia a la extinción cultural de los pueblos indígenas, a toda forma de práctica etnocida que fluye a través de los aparatos ideológicos y represivos institucionalizados, y a la devaluación simbólica que empuja hacia la autonegación étnica.

La postura antisistémica indígena refuta las políticas liquidacionistas y segregacionistas aplicadas por el Estado durante siglos, cuya fuerza motriz son los motivos etnocentristas y raciales que arrastra desde la etapa de Conquista, los exagera en la Colonia y en la República se impregnan como formas de sometimiento de los pueblos originarios, por medio de la incorporación masiva de su mano de obra a las faenas agrícolas, textiles y extractivistas que alimentan el poder de las élites, mediante diversos mecanismos de dominación: encomienda, mita, servicio personal, aparcerismo, trabajo forzado y esclavitud.

La estrategia antisistémica cuestiona al colonialismo establecido como un orden social jerarquizado en el que indígenas y negros ocupan los más bajos lugares de la pirámide social, basado en la convicción de la inferioridad indígena y negra frente al no indígena, hasta el punto de discutir conforme al imaginario dominante, si los indígenas tenían alma o si eran seres humanos. Y connota la recuperación de la categoría “indio” fuera del contexto de la dominación colonial que sume a escala continental –más allá de sus diferencias y especificidades culturales y sociales– en la explotación y miseria a la mayor parte de pueblos indígenas. Dicha recuperación de los “indios” actualmente es un dispositivo de resistencia y propuesta política que ha desencadenado sus poderes y saberes subyugados, redimiéndolos como seres humanos, como sujetos políticos de primer orden.

El discurso étnico es universalista, defiende el derecho a la vida y rechaza aquel desarrollo de tendencia etno-genocida. Es un discurso ético que irrumpe en el campo social, convoca y articula alianzas estratégicas obrero-campesinas con organizaciones ambientalistas y conservacionis-

---

sociedad del riesgo”, en José Verián, comp., *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, Anthropos, 2007.



tas que asisten a la Cumbre de la Tierra, paralela (Río de Janeiro, junio de 1992).<sup>464</sup>

Desde 1980 el discurso de la etnicidad posiciona el debate en torno a temas como: deuda histórica, Estado plurinacional, resistencia indígena, etnocidio, defensa de valores tradicionales comunitarios, soberanía alimentaria, derechos de la naturaleza, *sumak kawsay*, entre otros. Pero la etnicidad produce un discurso renovado sobre la legitimidad social en el campo político, reivindicación de derechos culturales específicos como la consulta previa libre e informada. Discurso político articulado en torno al Estado plurinacional, rechazo al modelo económico neoliberal-extractivista, cuyo objetivo fundamental es la acumulación de capital a costa de la explotación de recursos naturales no renovables y agotamiento de la base misma del recurso.<sup>465</sup>

Fontaine plantea la hipótesis de que la relación de los indígenas con el territorio y el manejo de los recursos naturales renovables y no renovables constituyen el núcleo de sentido del discurso de la etnicidad,<sup>466</sup> opuesto a la lógica y racionalidad anti-natura sobre la que se erige al modelo de desarrollo moderno.

Línea de fractura ideológica: Al interior de los movimientos indígenas surgen tensiones que marcan una línea de fractura entre dos grandes orientaciones ideológicas de los movimientos indígenas: a) la lucha de clases y b) la etnicidad.<sup>467</sup> Este hecho es más visible en los países andino-amazónicos: Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador, así como la diferencia entre pueblos indígenas amazónicos y los asentados en las zonas altas (andinas). Siguiendo a Fontaine, no se puede entender la formación e institucionalización de los movimientos sociales identitarios, sin considerar la diferencia que separa a los grupos étnicos de la Región amazónica con los de los Andes o nuevas áreas de colonización (emergentes).

464 Guillaume Fontaine, "Discurso ético y praxis política: La institucionalización de la indianidad en Colombia y Ecuador", en *Indiana*, No. 17-18, Separatum, Berlín, Ibero-Amerikanisches Institut, 2000/2001, p. 59.

465 Sobre el tema existe una amplia literatura especializada: P. Ortiz Tirado, "Descentralización..."; V. Toledo, *op. cit.*; R. Stanvenhagen, *Conflictos étnicos...*; X. Etxeberria, *op. cit.*; J. Anaya, *Los pueblos...*; H. Díaz-Polanco, *Autonomía regional...*; L. Tibán, *op. cit.*; N. Pacari, "Módulo..."

466 G. Fontaine, "Discurso ético...", p. 60.

467 *Ibid.*, p. 60.

Los grupos amazónicos, homogéneos y más pequeños quedaron al margen del contacto duradero hasta hace un período reciente; los andinos, generalmente producto del desplazamiento de poblaciones y por lo tanto a menudo recompuestos desde la época moderna, son tradicionalmente integrados a la economía de mercado. Esta diferencia económica tiene ante todo consecuencias en la definición del concepto de territorio. Además, se traduce por modalidades distintas del cambio social.<sup>468</sup>

En esta línea de análisis los pueblos indígenas amazónicos son integrados al sistema en la medida que sus tierras se vuelven estratégicas para el Estado, sea para la colonización agrícola y la explotación de recursos naturales no renovables (hidrocarburos, minerales) por parte del capital transnacional, o por la presencia de una frontera nacional. Por las razones expuestas se puede deducir que los pueblos indígenas aludidos están en constante cambio, son objeto de negociaciones, de requerimientos estatales, etc. de tal suerte que su práctica socioorganizativa parece no responder a una lógica monolítica, y en el peor de los casos es evidente un debilitamiento organizacional. Esta línea de fractura de los movimientos indígenas tiene relación con respecto a que la afirmación identitaria parece menos vinculada a la pérdida de tierras que a la pérdida de la cultura, y además de expresarse en términos de opciones ideológicas (etnicidad y lucha de clases), incentiva la disputa por los derechos al territorio y autodeterminación.

En la medida en que los partidarios de la lucha de clases consideran el monopolio de la tierra y las relaciones capitalistas como la traba del problema indígena, su análisis desemboca en una concepción de la lucha orientada hacia una “reforma agraria democrática”. En cambio, los partidarios de la etnicidad consideran que el problema de la tierra es a la vez económico y cultural, que esta constituye no solo un medio de producción y supervivencia sino también un espacio territorial que asegura la reproducción cultural. Por consiguiente reivindican una “reforma agraria integral”, en la cual la recuperación de los territorios es vinculada con la defensa de la organización social y la protección del medio ambiente.<sup>469</sup>

La consecuencia de estos procesos es que los movimientos identitarios (indígenas) ubicados en las dos corrientes ideológicas consiguen importantes espacios de participación política a partir del año 1990, debido a

468 *Ibid.*

469 *Ibid.*, p. 61.



la inflexión del discurso de clase y la moralización del discurso de la etnicidad. Así no muestran síntomas de ruptura y aparecen unidos frente al Estado, no obstante, la línea de fractura está latente hasta ahora, lo que trae consecuencias sobre la resolución de los conflictos sociales relacionados a la tierra (territorios y autodeterminación), agua, biodiversidad, minería, manejo de cuencas hidrográficas y de los recursos del subsuelo, consulta previa libre e informada, transformación de las relaciones de poder y cambio del modelo de desarrollo.

Los factores sociopolíticos externo e interno han modificado sustancialmente la correlación de fuerzas para el debate entre actores del polo hegemónico y los subalternos. El Estado ha re-pensado y re-definido la “política integracionista” y la “política indigenista” desde el enfoque multiculturalista,<sup>470</sup> hasta el punto de tener que abrir el espacio institucional a las organizaciones indígenas, y además, aceptar el proyecto de sociedad intercultural y plurinacional a partir del establecimiento del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional en los casos ecuatoriano y boliviano. La institucionalización de la etnicidad se expresa en la reforma del marco normativo legal interno y externo, cambio de las políticas públicas pertinentes y en alguna medida de las relaciones de poder.

Pero es la reforma constitucional en los campos económico y político planteada por los pueblos indígenas la que realmente deja una impronta histórica. El proceso de cambios y transformaciones jurídicas, institucionales y constitucionales iniciadas en Brasil (1988), Colombia (1991), Venezuela (1998), continuadas en Ecuador en 1998 y 2008, y consumadas en Bolivia en el 2009, es producto de la resistencia y propuestas políticas de los pueblos indígenas, en las cuales los elementos interculturalidad y plurinacionalidad constituyen un dispositivo que incide en el cambio del “Estado de derecho” en algunos países de la región andino-amazónica, por el “Estado constitucional de derechos, plurinacional”.

470 El multiculturalismo expresa el carácter homogeneizador que demanda el fenómeno de la globalización, que parte de la superioridad de la cultura occidental y pretende neutralizar las diferencias, sobre todo aquellas que amenazan la estabilidad del sistema capitalista. De ahí la incidencia de los organismos multilaterales de crédito para impulsar proyectos integracionistas que neutralicen la resistencia, y funcionalizar a los colectivos que disienten con el modelo de Estado y modelo de desarrollo. Actualmente está en boga el binomio nacionalidad-ciudadanía, apoyado en la conjunción de la democracia formal y de la racionalidad del mercado y del capital. Lo que alerta sobre un “cierre de Occidente sobre sí mismo” que puede provocar el quiebre del objetivo universalista, además de la formación de una “identidad regresiva” insuflada por la aversión hacia la diversidad y el respeto por la diferencia. Esta sintomatología ha estado presente en América Latina y es un fardo para la consolidación del Estado plurinacional y la democracia sustancial.

De lo expuesto se deduce que el constitucionalismo (comunitario) originario indígena comprende el propósito emancipatorio y la “subsunción del Estado en lo colectivo”, y no excluye el enfoque neoconstitucional transformador,<sup>471</sup> cuya incidencia en el ordenamiento jurídico es el reconocimiento de los derechos colectivos y de todos los derechos: civiles, políticos y los derechos económicos sociales y culturales como derechos fundamentales en la CRE, art. 11, num. 6: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

En el estricto ámbito jurídico-constitucional los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación son derechos fundamentales, una vez superada la contradicción entre las prácticas legales y políticas del Estado de derecho, por ejemplo: para el caso de los pueblos ocultos, art. 57.21 de la CRE, establece que:

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

Por otra parte, las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Colombia, por ejemplo: tienen incorporadas las circunscripciones territoriales indígenas CTI o instituciones análogas (con sus respectivas variantes jurídicas) como elementos del régimen político administrativo del Estado. Estas jurisdicciones especiales y entidades territoriales administrativas participan de los ingresos del Estado, y disponen de recursos económicos propios que les aseguran autonomía de gestión. En el caso de Colombia, adoptan la forma de asignaciones (Ley 715 de 2001) porque al margen de rendir cuenta del uso de los recursos públicos legalmente asignados, los recursos económicos que no se han gastado en el año fiscal no se revierten al Estado, y son utilizados por la comunidad (o resguardo) cuando lo decida; tampoco es óbice para no recibir la asignación presupuestaria del nuevo año fiscal.

En Ecuador se ha iniciado el proceso de conformación de las CTI, y al margen de que varias comunidades indígenas no respaldan esa política, el

471 Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, UASB-E / A-Y, 2011.



gobierno nacional asume que son estas jurisdicciones los espacios donde se hará realidad la plurinacionalidad.

A nivel andino amazónico y en los cuatro países aludidos en concreto, está latente uno de los problemas más acuciantes, el uso y usufructo de los recursos naturales no renovables existentes en los territorios indígenas; o el reparto de la renta que genera la explotación de los recursos naturales no renovables en dichos territorios. En Ecuador no hay norma ordinaria que regule este hecho, y en el Código orgánico de ordenamiento territorial, para la autonomía y descentralización (COOTAD) no consta esta materia.

En Bolivia con la nacionalización de los hidrocarburos la situación se torna compleja, pero todos los recursos son de los bolivianos y los recursos económicos que generan son distribuidos a ellos bajo diversos mecanismos administrativos; y en Colombia en los territorios indígenas denominados resguardos no se puede desarrollar procesos extractivos por decisión de los propios pueblos indígenas y del Estado, al margen de estar constitucionalmente establecido que aquellos son propietarios de los recursos existentes en el subsuelo de sus territorios. Todo esto refleja una contradicción relevante entre las políticas: indigenista, económico-extractivista y ambiental.<sup>472</sup>

En países andino-amazónicos la posición indígena antisistémica apunta a la re-fundación del Estado y cambio de modelo de desarrollo (capitalista) por otro alternativo que exprese, además de las tesis de los pueblos indígenas, la de los no indígenas progresistas, la emancipación de la política neoliberal impuesta desde el Norte industrializado, y el rechazo a las potencias neocolonialistas que sumieron al continente en estructuras de dominación y dependencia.

Es decir, la posición política indígena andino-amazónica no se reduce a la reivindicación de la etnicidad en la sola dimensión culturalista, ni se restrin-

472 Lo de fondo de la política de ordenamiento territorial, incluida la planteada en: Corporación de Estudios y Publicaciones, *Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Ambiental y Descentralización*, Quito, CEP, 2010, radica en que expresa la propensión a la desarticulación de la naturaleza, al oponer el suelo con el subsuelo, la tierra con los ríos y los lagos, la fauna con la flora, etc. "Esta concepción jurídica está acompañada de una ideología que valora los intereses estratégicos del Estado, al costo de la dinámica cultural indígena y de los ecosistemas", sostiene G. Fontaine, "Discurso ético...", p. 64. Más aún, en el caso ecuatoriano es explícita la política extractivista minera que impulsa el régimen del economista Rafael Correa Delgado. Esta situación tiene consecuencias restrictivas a la propiedad y administración de los territorios indígenas, y constituyen el detonante que puede desencadenar conflictos socio-ambientales y políticos que pongan en riesgo la gobernanza ambiental y energética, la propia gobernabilidad o el modelo político de Estado constitucional de derechos, plurinacional.

ge a la exaltación de la lucha de clases como sinónimo de cambios y transformaciones sociales globales. Es una expresión político-ética y su valoración de la diversidad, de la pluralidad, del respeto a la diferencia y práctica de la tolerancia rebasa la concepción racionalista estructurada y fuertemente universalista opuesta a cualquier particularidad identitaria. Tampoco se respalda en una posición relativista que reivindique la identidad étnica como única y opuesta a todo lo que tenga relación a la racionalidad moderna.

La postura indígena implica la no aceptación de los “ismos”: asimilacionismo, indigenismo, etnicismo (neoindigenismo) o (etnopopulismo convertido en política de Estado), que al final resultan ser la expresión de la integración de los pueblos indígenas al modelo socio-económico-político-cultural diseñado por el Estado-nación de signo liberal y que ha degenerado en neoliberalismo.

De lo expuesto se infiere que la diversidad, la pluralidad, la diferencia y la tolerancia como derecho, no son un atributo secundario o pasajero del sistema social, por ello todo intento para destruirlos y alcanzar la homogeneidad, fracasa; en consecuencia, se puede destruir una determinada identidad, pero no extirpar la diversidad. De ahí el fracaso del liberalismo como teoría homogeneizadora, y su tendencia del “liberalismo pluralista o comunitario”, lo que ha hecho es connotar la metamorfosis que atraviesa y tornar más complejo su enfrentamiento. Conforme sustenta Díaz-Polanco:

[...] hay liberales como John Rawls, Will Kymlicka o Charles Taylor que, en la materia que nos ocupa, son enormemente sofisticados y abiertos a cierto grado de tolerancia frente a lo diverso. Esto no significa que el liberalismo haya resuelto su histórica relación conflictiva con la diversidad, y en especial con los derechos colectivos [...]. Dado el profundo arraigo individualista y universalista del liberalismo, más probable es que el pluralismo requiera situarse en un horizonte “posliberal”.<sup>473</sup>

Por su parte, el pensamiento de izquierda incurre en el mismo error, los grandes proyectos universalistas que impulsa también son homogeneizadores, pensando que la diversidad es un estorbo y puede ser abatida; pero el proyecto para abatir la diversidad es torpe porque, entre otras razones, es irrealizable. La diversidad debería ser como un valor a abrazar y defender.

Concordando con Díaz-Polanco, la defensa de la diversidad debe concebirse como un puntal de lo mejor del pensamiento de izquierda, ya como

473 H. Díaz-Polanco, *Indigenismo...*, p. 44.



utopía que busca armonizar la diferencia con la igualdad, la democracia con la libertad.<sup>474</sup> Siguiendo a Leff, la política de la diferencia y la ética de la otredad trascienden el espacio teórico y práctico del materialismo histórico y de la dialéctica (ecologizada) de la naturaleza, para llegar a comprender las relaciones entre ecología, cultura y producción en la construcción de sociedades sustentables, equitativas y justas, dentro de un nuevo orden mundial y en la perspectiva de la racionalidad ambiental,<sup>475</sup> de la pluralidad de saberes, del diálogo de los saberes diversos y las diferencias.

En este sentido, el movimiento indígena latinoamericano sigue siendo un referente político plausible que sintetiza la hibridación de las diversas racionalidades y saberes, como base para la consolidación de la democracia constitucional y del Estado constitucional de derechos o fase superior del Estado de derecho (legiscéntrico) y de la democracia representativa (eminentemente electoral).

## El proyecto histórico indígena

Hasta la década de los 80 el imaginario y las formas sociales que interpelan al Estado y al poder responden a la noción “clase social”. Y son las centrales sindicales la instancia político-social representativa que asume el rol interpellante, más allá de que sus estructuras orgánicas abarcan distintas formas asociativas urbanas y rurales que no encajan en un estatus puramente clasista; además existen actores sociales que adhieren ese liderazgo y cumplen roles secundarios en el proceso político.

Es la emergente etnicidad la que transforma y consolida la interpellación al poder desde una perspectiva y a partir de la década de los 90 cambia profundamente la configuración de los actores sociales, y estos innovan sus demandas, propuestas y agendas programáticas.

En Ecuador, el movimiento indígena en su nuevo rol decanta sus reclamos sectoriales, y con base en levantamientos emancipatorios posiciona un discurso político que propone la redefinición del Estado, a partir de la convocatoria a una Asamblea Constituyente para que elabore una nueva Constitución. Su discurso cambia el imaginario de “nación” y hace colap-

474 *Ibid.*

475 E. Leff, *Aventuras...*, p. 98.

sar el ideario uninacionalista decimonónico de “un Estado, una bandera, una religión, un solo pueblo” que se había forjado con base en los postulados de la “*intelligentzia* criolla”<sup>476</sup> y en el ideal de las élites políticas perennizadas en el poder. Aquellos postulados son sustituidos por el de un Estado plurinacional e intercultural.

El movimiento indígena consolida su organización, articula un discurso político y establece una agenda programática. Los conceptos clave que sustentan los lineamientos de su proyecto histórico giran en torno a la redefinición del Estado, transformación de las relaciones de poder, cambio del modelo de desarrollo y concreción de los denominados “derechos territoriales indígenas”.

Inicialmente el cambio político fundamental, es decir, el desplazamiento de la interpelación del poder no es comprendido plenamente en su real dimensión y menos aún las potencialidades de transformación que significa. La partidocracia y otros poderes fácticos asumen que la interpelación indígena al Estado y al poder, así como la propuesta política indígena, son sectoriales y marginales con relación a la agenda política “nacional”.

No se visualiza socialmente de forma clara que la propuesta política del movimiento tiene una dimensión política profunda ensamblada al proceso de resistencia social, captación del poder y concreción del proyecto histórico. Por su parte, las élites políticas previenen aquello respaldando procesos de reforma constitucional y demandas sectoriales, como estrategia para disminuir tensiones en las relaciones entre el Estado y el movimiento indígena y de alguna manera paliar su exclusión y dominación.

La propuesta política indígena constituye el punto central que dota de identidad sustancial al movimiento, en una etapa en la que su liderazgo desplaza al de las centrales sindicales en franco debilitamiento ideológico y organizacional, agravado por la implementación de políticas anti-laborales perpetuadas con la reforma estructural de la estrategia neoliberal.<sup>477</sup>

476 Sobre esta temática se trató en el capítulo II, ver Galo Ramón, “Estado plurinacional...”; E. Ayala Mora, “Estado nacional...”; A. Wray, *op. cit.*; P. Ortiz Tirado, “Descentralización...”; A. Quijano, “El movimiento indígena...”; A. Cueva, *op. cit.*, p. 85-137.

477 Además de otros elementos endógenos tales como el perentorio liderazgo partidocrático-empresarial empeñado en que ello suceda, cuyos gobiernos ya habían domesticado a la insurgencia sindical y doblegado a la incipiente Coordinadora de Movimientos Sociales que finalmente pereció por su insuficiencia orgánica, ideológica y programática; y por un activismo condicionado por el pragmatismo político de sus principales cuadros seducidos por las posibilidades electorales.



Asumido el liderazgo político en términos de un enfoque sociocultural, el movimiento indígena marca el rumbo que ha de seguir la sociedad ecuatoriana a partir de la década del 90 en adelante, en este contexto las reivindicaciones sectoriales propuestas pasan a ser solo un elemento de la constelación de cambios y transformaciones que conforman su “Proyecto histórico”, simbólicamente iniciado con la propuesta de una nueva Constitución en clave plurinacional-enfoque sociocultural.

La nueva Constitución es respaldada por pueblos indígenas, afrodescendientes, montubios y organizaciones sociales que plantean a la sociedad en su conjunto dos objetivos: repensar los conceptos Estado, nación, pueblo; considerando sus especificidades demográficas, socioculturales y horizonte histórico de contacto con otros pueblos. El segundo objetivo tiene relación a impulsar una nueva Constitución y legislación ordinaria que estipule los derechos colectivos indígenas, y además, el establecimiento de un marco institucional y de políticas públicas pertinente, coherentes con aquellas.

La denominada juridización de las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas no implica su despolitización, y la promulgación de leyes sociales no corresponde a una “domesticación” del movimiento indígena y nuevo interpelante del poder y del Estado. Por otra parte, la Constitución que promueven es diferente en sus contenidos, estructura y calidad jurídica, porque pone límites a todos los poderes, incluido el legislativo. Es garantista, normativa y rígida, y establece de forma muy precisa la esfera de lo “decidible” y de lo “no decidible”,<sup>478</sup> propicia el empoderamiento de la sociedad civil y la subsunción del Estado en lo colectivo.

## **La apuesta al cambio constitucional y de las relaciones de poder**

El cambio constitucional, normativo, institucional y de políticas públicas impulsado por el movimiento indígena, corresponde a una fase del cambio del modelo político de Estado para la transformación de las relaciones de

478 El paradigma constitucional o neoconstitucionalismo coadyuva en entender este proceso, ver L. Ferrajoli, *Principia iuris...*; Luis Prieto Sanchís, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009; Andrea Greppi, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006; P. Salazar Ugarte, *op. cit.*; Carlos de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010; Riccardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010; Elías Díaz, *De la institución a la Constitución*, Madrid, Trotta, 2009.

poder; y tiene lugar en contextos de vulnerabilidad étnica, de crisis socioeconómica y apogeo del neoliberalismo. En tales condiciones se promulga la nueva Constitución y con ello se aspira un nuevo orden que cambie la naturaleza de la ley, porque si ello sucede cambia la naturaleza de la democracia y de la política.

En este sentido, la relación entre el Estado y los pueblos ya no tiene la misma dimensión jurídico-política, que la establecida entre el Estado y la sociedad considerada como conjunto de individuos. En el nivel colectivo se considera la dimensión territorial y de autoridad que ha de representar cada pueblo o nacionalidad en el Estado plurinacional; así como la legalidad y legitimidad de la representación indígena para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales.

Esta primera fase de innovaciones constituye un suceso histórico y vislumbra una dialéctica social tendente a respaldar un modelo socio-económico-político de signo possocialista que enfrente la injusticia cultural y la injusticia distributiva. Es decir, el proceso de constitucionalización coadyuva a posicionar al movimiento indígena como el legítimo interpelante del poder y del Estado; y este nuevo rol es escrutado por liberales, radicales de izquierda, anarquistas y otros sectores que ven en ello, desde el sesgo de su perfil ideológico, como un proceso de etnización de la política; anatemizando el enfoque sociocultural colmado de saberes ancestrales y utopías políticamente re-significadas. Los detractores del movimiento indígena no valoran el significado histórico de los levantamientos indígenas ni el simbolismo moral que representan para la construcción del Estado plurinacional.

El proceso político-jurídico en comento permite reiterar que no hay constituciones ni leyes inmutables, sino que las sociedades humanas crean las suyas propias conforme a las circunstancias históricas. Así surgió el Estado liberal, con el poder dividido y con normas legales necesarias para hacer respetar los derechos del individuo, la propiedad privada y monopólica de los medios de producción.

Todo esto entraña la vigencia del modo de producción capitalista y que entra en una crisis de carácter estructural que puede coincidir con una crisis económica (como fue la del años 1929-1933), dando lugar al fascismo, no como producto de una circunstancia histórica accidental y ajena al desarrollo capitalista, sino que, por el contrario, el fascismo surgió a consecuencia de las propias características contradictorias de ese modo de producción cuando alcanzan un determinado nivel y caracteres que impiden su reproducción [...] de manera que la unión objetiva desempeñada por el fascismo fue la de modificar por la fuerza las condiciones que



impedían seguir el proceso de acumulación, eliminando sus resistencias en beneficio específico del capital monopolístico que ya se estaba imponiendo (fase del imperialismo).<sup>479</sup>

De lo que se trata con la anterior cita es enfatizar, que el fascismo es anticonstitucionalista porque el constitucionalismo es esencialmente racionalismo; de una parte porque la razón puede ordenar la dinámica sociohistórica, y además, porque el poder autoritario niega los supuestos básicos de la Constitución: el democrático, el normativo formal superior y el de limitación del poder. En este sentido, el orden constitucional es incompatible con la concentración del poder, en consecuencia, poder autoritario y constitucionalismo se excluyen, con mayor razón si el nuevo constitucionalismo es el constitucionalismo del Estado social de derecho,<sup>480</sup> o el del Estado constitucional de derechos.

El Estado social no es una continuación ni un desarrollo evolutivo del Estado liberal, por el contrario su aparición significa una ruptura del Estado liberal y sus supuestos. Del Cabo Martín sostiene que el intervencionismo del Estado social suponía negar que el orden social fuera un “orden dado” surgido espontáneamente, sino un orden construido y justamente a su construcción se dirigía la intervención propia del nuevo Estado social:

a) A nivel económico o del capital, en el ámbito social o del trabajo, es decir, en los dos componentes básicos de las sociedades capitalistas. Por todo ello resulta que la Constitución adquiere características que nunca antes las tuvo. Toda actuación del Estado, así como la democracia se someten al marco constitucional; al igual que el momento jurídico, también específico por el nuevo carácter de la Constitución y del derecho. Algo de fondo radica en enfatizar dos aspectos respecto al Estado: una que entiende que la actuación del Estado es externa al sistema económico, al funcionamiento económico del modo de producción capitalista (Estado instrumento).

Considera que la intervención del Estado tiene su origen en las necesidades objetivas del capitalismo y que esto es así porque el Estado ha pasado a ser un presupuesto para la existencia social del capital, en cuanto este, para subsistir y proyectarse como tal, necesita una serie de precondiciones, de requisitos, tanto materiales como técnicos y organizativos que el mismo no puede generar por estar fuera de la lógica capitalista y que son los que

479 C. de Cabo Martín, *op. cit.*, p. 67.

480 *Ibid.*, p. 68-69.

le suministra el Estado. Es lo que puede llamarse la función estratégico-organizativa del Estado.

b) La que entiende que la actuación del Estado es interna al sistema económico, de manea que no es que le preste asistencia desde fuera, sino que se inserta en el propio desarrollo capitalista hasta el punto de que este desarrollo ha pasado a depender y, a su vez, conlleva la transformación del Estado.<sup>481</sup>

De lo expuesto se deduce que el Estado social surge para resolver los problemas que planea el desarrollo económico: establecer equilibrios y recomponer la actividad productiva entre los distintos sectores. Los teóricos del desarrollismo tienden a mostrar la compatibilidad entre capitalismo y bienestar general, e ideológicamente adhieren el pensamiento denominado “economía del bienestar”.

El Estado social surge a partir de las concesiones que hacen las élites para satisfacer ciertas demandas de los sectores sociales excluidos, en la medida en que estos adquieren peso político y cuentan desde la perspectiva de la legitimación del sistema, están vinculados al voto y adquieren importancia política debido a las prestaciones sociales a las que acceden.

El Estado social es en último término: “el resultado de la contradicción básica del sistema” la de capital-trabajo, en una determinada fase del desarrollo histórico caracterizado por: un relativo equilibrio de fuerzas y, de otro, por coincidir con una fase de grandes posibilidades de crecimiento económico [...] el Capital renuncia a una parte del beneficio que se traslada al Trabajo que, a su vez, renuncia a plantear la alternativa revolucionaria.<sup>482</sup>

Con base en lo expuesto cabe elucidar si el Estado social ha dejado o no de ser colonizado ideológicamente, en el sentido de entender el pacto como “conciliación” o finiquito de la contradicción capital-trabajo; y si el “consenso” en cuanto característica de los sistemas constitucionales del capitalismo desarrollado, es plausible en países de economía desvertebrada y con crisis político-institucional y social.

Por otra parte procede preguntar: ¿Es viable la Constitución garantista, normativa y rígida del Estado constitucional de derechos, en una sociedad fracturada? ¿La clase política en el poder está dispuesta a con-

481 C. de Cabo Martín, *op. cit.*, p. 70-71.

482 *Ibid.*, p. 74.



solidar el nuevo ordenamiento constitucional y legal como una opción histórica? También se puede asumir que en Ecuador, la actual es una fase política de transición o experimental, que gira en torno a un modelo ideológico-político identificado con una variante socialista calidoscópica que no adhiere a los principios del materialismo histórico, corriendo el riesgo de degenerar en una praxis política del pasado partidocrático, poniendo en riesgo el carácter garantista de la Constitución y la subsunción del Estado en lo colectivo.

## Tensión en las relaciones entre el movimiento indígena y el Estado

La reclamación del estatus como pueblos es el dispositivo para entrar a disputar en la arena pública el tratamiento de la etnicidad frente al Estado, poniendo en cuestión el proyecto de Estado-nación imaginado e implementado por las élites en el siglo XIX.<sup>483</sup> Siguiendo a Ortiz Tirado: “desde la perspectiva del Estado-nación moderno, la existencia de grupos “subnacionales” con claras diferencias étnicas, en particular cuando están políticamente organizados, siempre representan una amenaza potencial, una fuerza desestabilizadora”.<sup>484</sup>

Es evidente que los cambios y transformaciones jurídico-constitucionales significan la positivización y constitucionalización de los derechos y con ello colapsan los marcos normativos, institucionales y las políticas públicas indigenistas, a la vez, entran en vigencia nuevas formas de relación institucional entre el Estado y los sujetos colectivos, aunque de forma deficitaria debido a la incidencia política negativa de los factores reales del poder y los impactos territoriales de la globalización.

El proceso globalizador profundiza la crisis nacional y tienen lugar reformas estructurales, “transiciones democráticas”, nuevas redes transnacionales y tratados de libre comercio, erosión de la soberanía estatal o vaciamiento del Estado, crisis de gobernabilidad y emergencia de los derechos humanos,<sup>485</sup> y al margen del desgaste que implican las acciones de resis-

483 Ver M. Álava Ormaza *et al.*, *op. cit.*; A. Wray, *op. cit.*

484 P. Ortiz Tirado, “Descentralización...”, p. 455.

485 Para una mayor profundización sobre esta problemática, ver P. Ortiz Tirado y A. Chirif, ¿Podemos ser autónomos?...; H. Díaz-Polanco, *El canon Snorri...*; Xochil Leyva, Aracely

tencia al modelo neoliberal, el movimiento indígena no desiste en observar las políticas públicas que el Estado y organismos internacionales están interesados en implementar conforme al marco ideológico y jurídico-político globo-neo-colonizador. El movimiento indígena se ubica en la dimensión simbólica de la política creando nuevos marcos de sentido y de lenguaje para redefinir los derechos colectivos, la territorialidad, la autodeterminación y el cambio de las relaciones de poder, por fuera de la racionalidad del Estado uninacional y de la lógica del mercado y del capital.

Este es el punto de ruptura que marca la colisión entre el enfoque neoliberal del modelo político de Estado y de desarrollo con el proyecto histórico indígena de Estado plurinacional, generando mayor tensión entre el poder público y el movimiento, hasta el punto de llegar al desajuste de las relaciones políticas y a la desestabilización del orden constituido.

No obstante, el movimiento indígena mantiene su enfoque pacifista y promueve el ensamblaje de la lucha social y la acción política desde la práctica de la tolerancia, del respeto a las diferencias y unidad en la diversidad. Conforme lo sustenta Walzer, la tolerancia, o quizá mejor, lo que ella hace posible: la coexistencia pacífica de grupos humanos con diferentes historias, culturas e identidades, no de aquella entre amos y esclavos:

Las personas no pueden justificarse ya sea para sí mismas o ante otras, sin aceptar el valor de la coexistencia pacífica y el de la vida y la libertad a la que sirve dicha coexistencia. Este es un hecho del mundo moral, al menos en el sentido limitado de que la carga de la prueba caería del lado de quienes rechacen estos valores. Son los practicantes de la persecución religiosa, de la asimilación forzosa, de la guerra de cruzadas y de “la limpieza étnica” quienes necesitan autojustificarse, y normalmente no lo hacen defendiendo lo que están haciendo, sino negando lo que hacen.<sup>486</sup>

De ahí que el movimiento desenmascara esa esquizofrenia en la que se debate el poder, que por una parte enarbola el estandarte de la democracia, de la inclusión participativa y la distribución básica de la riqueza; y al mismo tiempo viola o incumplen los derechos, reprime, encarcela, tortura y hasta mata a los herejes.

---

Burguete Cal y Mayor y Shannon Speed, coord., *Gobernar en la diversidad: Experiencias indígenas en América Latina*, México DF, La Casa Chata / FLACSO, 2008; Victoria Chénaut et al., coord., *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, México DF, La Casa Chata / FLACSO / Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), 2011.

486 M. Walzer, *op. cit.*, p. 16.



El movimiento indígena insiste en que el Estado no asuma una posición neutral a la usanza liberal, sino que aborde el pluralismo en sus diversas expresiones promoviendo los cambios y transformaciones socio-económico-políticas y la participación social en la toma de decisiones trascendentes. Parafraseando a Walzer, la tolerancia que demanda la sociedad latinoamericana pluricultural e insurgente por la inmediatez de la diferencia, del encuentro de lo cotidiano con la *Otredad*, no esa tolerancia política entre contendores por el poder,<sup>487</sup> sino aquella para saldar la ausencia de la *Otredad* por más de 500 años.

487 *Ibid.*, p. 20.

## CAPÍTULO IV

# LOS DERECHOS COLECTIVOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008

### Visión de contexto

La Constitución mexicana de 1917 es conjeturada como la primera en el mundo con alto contenido social; la Constitución brasileña de 1988 marca en América Latina el inicio de un período de reformas constitucionales, tendientes a garantizar derechos sociales en la parte dogmática o apartado que define los principios que orientan al Estado y establece los derechos y deberes de las personas. La parte orgánica determina los principales órganos del Estado y sus atribuciones.<sup>488</sup> En 2008 la Constitución ecuatoriana es la primera en el mundo que reconoce a la naturaleza como sujetos de derechos, y en 2008 y 2009 las Constituciones del Ecuador y Bolivia establecen el *sumak kawsay* y el *sumak qamaña* como base de la gestión del Estado, de todo actor privado y la sociedad en general.

La tendencia regional respecto a la parte dogmática constitucional, es que esta abarque las prescripciones relativas al contenido de las normas y actos de los órganos regulados en la parte orgánica, y el ejemplo más típico son los derechos fundamentales, cuyo reconocimiento significa la garantía de un *status* jurídico de los ciudadanos y que todo ordenamiento jurídico habrá de respetar.<sup>489</sup>

La orientación de las reformas apuesta a la definición de los principios ideológicos del Estado, de los derechos y deberes ciudadanos establecidos

488 Rodrigo Uprimny Yépez, "Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina", en Dunia Martínez Molina, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, CCEPT, 2011, p. 58.

489 Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 28.



jurídicamente.<sup>490</sup> Tiende a modificar el concepto “unidad nacional” a partir del reconocimiento de las diferencias y valoración del pluralismo, y logra que la Constitución defina el carácter pluriétnico y pluricultural del Estado. Las reformas también buscan amparar grupos tradicionalmente discriminados como los pueblos indígenas y negros, y reconocer derechos especiales y diferenciados de ciudadanía:

Se establecen circunscripciones especiales de representación política para esas comunidades, se reconocen sus lenguas como lenguas oficiales y un poder judicial propio en sus territorios para la decisión de ciertos conflictos, de acuerdo con sus cosmovisiones<sup>491</sup> [...] la casi totalidad de las reformas han sido muy generosas en el reconocimiento de los derechos constitucionales no solamente civiles y políticos heredados de las tradiciones demoliberales –como la intimidad, el debido proceso, la libertad de expresión o el derecho al voto– sino que también establecieron ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales –como la educación, la vivienda o la salud– e incluso avanzaron en el reconocimiento de formas de derechos colectivos y el derecho al medio ambiente.<sup>492</sup>

Independientemente de los mecanismos jurídicos empleados (constitucionalización de tratados de derechos humanos, definición expresa de esos derechos en el texto constitucional, o los dos mecanismos a la vez), el resultado ha sido la ampliación de los derechos en términos de la fórmula ideológica del llamado “Estado social y democrático de derecho”.<sup>493</sup>

Las reformas prevén que el reconocimiento constitucional de los derechos humanos fundamentales no sea puramente retórico, y para su eficacia jurídica se establecen mecanismos de protección y garantía, entre otros: dispositivos institucionales, formas judiciales directas de protección de los derechos (amparo o tutela), creación de la Corte Constitucional y reforzamiento de formas de justicia constitucional; mayor atribución de poderes de control constitucional a las Cortes Nacionales de Justicia o Cortes Supremas; creación de la “Defensoría del pueblo” como otro mecanismo jurídico e institucional para demandar la vigencia efectiva de los derechos.<sup>494</sup>

490 R. Uprimny, *op. cit.*, p. 59.

491 *Ibid.*

492 *Ibid.*, p. 60.

493 Ver C. de Cabo Martín, *op. cit.*, p. 67.

494 Sobre el tema ver L. Prieto Sanchís, “*Principia iuris...*”; L. Prieto Sanchís, *Teoría constitucional...*; A. Greppi, *op. cit.*; P. Salazar Ugarte, *op. cit.*; C. de Cabo Martín, *op. cit.*; R. Guastini, *Teoría e ideología...*; E. Díaz, *op. cit.*

## La Constitución ecuatoriana de 1998: aspectos generales

Ecuador concreta una reforma y codificación de la Constitución en 1998, y desde el enfoque antropológico de Walsh:<sup>495</sup> la multi-pluri-inter-culturalidad expresada en ella es una coyuntura política que ha ganado espacio y legitimidad para que el Estado reconozca la diversidad étnica y cultural, y otorgue derechos específicos.

Varios autores nombran a este suceso el nuevo “constitucionalismo multicultural” porque refleja el fortalecimiento de los pueblos como sujetos políticos, en un entorno de tensiones por el reconocimiento y la defensa de lo propio, lo distintivo y uso del pluriculturalismo como parte de “las mismas estructuras socioeconómico políticas y aparatos ideológicos que se empeña en transformar”. Es decir, transformar las relaciones de poder que han naturalizado las asimetrías sociales, y negado el derecho y respeto a la diversidad y las diferencias.

Coincidiendo con Walsh, la lucha indígena no es por el solo reconocimiento oficial formal (como si con ese reconocimiento “oficial” los pueblos empezaran a existir), sino por la reparación a los siglos de exclusión social, económica, política y jurídica históricamente consumada. Por lo tanto, en 1998, con la designación constitucional del Ecuador como Estado pluricultural y multiétnico, el pluriculturalismo pasó de la esfera de lucha de las culturas excluidas a convertirse en política del Estado.<sup>496</sup> Sin embargo, hacia el año 2002 Walsh ya advierte que:

Tras estas políticas del reconocimiento e inclusión, juega una nueva lógica del capitalismo global, una lógica que intenta controlar y armonizar la oposición con la pretensión de eventualmente integrar a los pueblos indígenas y negros dentro del mercado [...] los reconocimientos constitucionales forman parte de un conjunto de políticas de tipo multiculturalista, tanto del Banco Mundial como de las empresas transnacionales.<sup>497</sup>

Al parecer es suficiente establecer derechos e instituciones aparte, sin tener, a la vez, que repensar la totalidad. Tal práctica ayuda a reproducir la imagen de una sociedad parcelada, más que una sociedad que vive permanentemente la inter-impregnación de la diversidad [...]. Los mismos de-

495 C. Walsh, *Interculturalidad, Estado...*, p. 76.

496 Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: Aportes para un debate*, Quito, UASB-E / A-Y, 2002, p. 25.

497 *Ibid.*, p. 25.



rechos colectivos también pueden ser vistos desde las nociones de adición y parcelación por el hecho de que constituyen derechos aparte, una adición al derecho ordinario-individual.<sup>498</sup>

Respecto a las instituciones es preciso considerar el enfoque foucaultiano, desde allí se puede elucidar que la institución:

[...] oculta cierta cantidad de peligros, porque a partir del momento en que se habla de institución se habla en el fondo, a la vez de individuos y de colectividad, ya se descuenta la existencia del individuo, la colectividad y las reglas que los gobiernan, y por ende, se puede meter ahí adentro todos los discursos psicológicos. [...] Lo importante [...] no son las regularidades institucionales, sino, mucho más, las disposiciones de poder, las redes, las corrientes, los relevos, los puntos de apoyo, las diferencias de potencial que caracterizan una forma de poder y que son, creo, precisamente constitutivos a la vez del individuo y la colectividad.<sup>499</sup>

Desde este enfoque crítico, la interculturalidad en sí no es algo que puede realizarse por reformas o leyes estatales, ni es algo que se reduce a su constitucionalización, por cuanto la interculturalidad no es un producto o sustancia, sino un proceso continuo, algo por construirse y que nunca termina. Si bien es cierto las leyes coadyuvan a sentar bases de esa construcción, más que por el compromiso del Estado, es por el de las personas que viven dentro de él.

En síntesis, la Constitución de 1998 abre camino al pluralismo jurídico (coexistencia –supuestamente en términos de igualdad– de diversos órdenes normativos), y hace operables lógicas legales distintas; reconoce la existencia del derecho consuetudinario, y además, incorpora las circunscripciones territoriales indígenas (CTI) como regímenes seccionales especiales.

En el ámbito teórico, este proceso encaja en el enfoque del “multiculturalismo liberal”, desde el cual los Estados no solo deben garantizar el conjunto habitual de derechos civiles, políticos y sociales que están protegidos en todas las constituciones liberales; sino también adoptar derechos o po-

498 *Ibid.*, p. 26.

499 M. Foucault, *Seguridad...*, p. 142. La referencia es pertinente para relacionar el tema sobre la institucionalización de las circunscripciones territoriales indígenas (CTI), como una instancia más del poder del Estado en cuanto unidad político administrativa a la que se insertan los pueblos indígenas, bajo la égida del poder estatal, y en condiciones de dominación, dependencia y pérdida de autonomía o libre determinación. Esta *panoptización* del espacio es un hecho que genera mayores tensiones entre el Estado y los pueblos indígenas que se resisten cada vez más a la asimilación forzosa.

líticas concretas en relación con los diferentes grupos que intentan otorgar reconocimiento y con acomodo a las identidades y aspiraciones específicas de los grupos etnoculturales.<sup>500</sup> Compartiendo con Kymlicka, todas las luchas a favor del multiculturalismo expresan un rechazo de los modelos previos del Estado-nación unitario y homogéneo, el cual hasta hace poco la mayoría de países del mundo quería adoptar:

En este modelo se veía implícitamente –y a veces explícitamente– el Estado como propiedad del grupo nacional dominante, que lo utilizaba para promover su identidad, su lengua, su historia, su cultura, su literatura, sus mitos, su religión, etc., y que definía al Estado como expresión de su nacionalidad [...]. Aquellos que no pertenecían al grupo nacional dominante debían elegir entre la asimilación o la exclusión. No hay nada que sea “natural” acerca de este tipo de Estados.<sup>501</sup>

### **La Constitución ecuatoriana de 1998: aspectos específicos**

Si las leyes por sí mismas no son suficientes para alcanzar los objetivos sociales, se piensa en una nueva Constitución como base del proyecto político “intercultural y democrático” enfocado a la consecución de aquellos objetivos. La Constitución de 1998 imbrica principios y valores de los pueblos originarios y nacionalidades con postulados recogidos de la evolución constitucional liberal, y recoge al menos 15 de los derechos de grupo aprobados en la Asamblea constituyente de 1987 y que abrieron el camino de las políticas multiculturales.

Los mandatos de los art. 83, 84 y 85 tienen relación con temas como: identidad cultural y lingüística, territorialidad, aplicación de la justicia tradicional, participación en el desarrollo y en los organismos oficiales. Los derechos colectivos planteados demandan dos requisitos fundamentales para su aplicación: 1. la reorganización o readaptación de los cuerpos jurídicos internos, y 2. la concesión de los derechos al territorio y autodeterminación a los pueblos y nacionalidades<sup>502</sup> territorialmente asentadas en espacios ancestrales.

500 W. Kymlicka, *Las odiseas...*, p. 75.

501 *Ibid.*

502 Eduardo Almeida Reyes, *Los derechos colectivos diferenciados. Una aproximación a su estudio desde el caso ecuatoriano*, Quito, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 2007, p. 35-36. El término “nacionalidad” fue asumido por la CONAIE para identificar a las diversas etnias del Ecuador, en la medida en que cada una de ellas constituye una nación de orígenes ancestrales. Esta definición remarca la conciencia de ser una comunidad mo-



### Cuadro 8. Limitaciones de la interculturalidad en la Constitución ecuatoriana de 1998

Restringen los derechos colectivos al espacio rural y territorial, excluyendo a las realidades multiétnicas urbanas.
Asumen que el indígena que vive fuera de la comunidad puede (y debe) regirse por el derecho "universal" e individual, negando la existencia de la discriminación.
Trasladan prácticas y lógicas culturales a la racionalidad estatal, creando serias contradicciones, no siempre visibles.
Niegan o simplifican la complejidad de la diversidad cultural ecuatoriana.
Crean la posibilidad de que la legalización del pluralismo jurídico fortalezca a la burocratización de las estrategias de argumentación a través de la presión por la codificación y regularización.

Fuente: Catherine Walsh, "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico", en Justicia indígena, aportes para un debate, Judith Salgado, comp., Quito, UASB, 2002. Adaptación propia.

La Constitución de 1998 aborda la complejidad institucional no asumida por la clase política y trata de responder a los problemas de gobernabilidad y legitimidad que atraviesa la democracia ecuatoriana, es decir, la des-adequación funcional entre las lógicas de la gestión y las de legitimación política agudizada por la crisis fiscal y la adopción incoherente y confusa de las políticas de ajuste estructural de la economía.<sup>503</sup>

ral con función política; y este concepto no contradice la prescripción constitucional de que el Ecuador es un Estado unitario y no hay cabida para más naciones. Este Estado unitario hace descansar la soberanía en el pueblo que identifica a la totalidad de habitantes, al margen de su procedencia étnica, lingüística o cultural. La postura indígena difiere de los postulados del uninacionalismo, en cuanto este apunta a configurar la legitimidad de la titularidad del poder político.

503 Julio Echeverría, *El desafío constitucional*, Quito, A-Y / ILDIS, 2006, p. 19-33. Además insiste en que las diferencias sustanciales de retorno a la constitucionalidad (y de reformas constitucionales) que parten del 1976 en adelante se cumplen dentro de formas de participación amplia y que posteriormente son ratificadas vía consulta popular, sacándolas de la esfera restringida de decisión de las élites políticas congregadas en una Asamblea Constituyente. Pero por igual no son eficaces, ello le permite referir a Habermas para afirmar que: "Cuando fracasa el manejo de la crisis por parte del Estado, este no alcanza a cumplir las exigencias programáticas autoimpuestas; es castigado entonces con un déficit de legitimación, de manera que el campo de acción se restringe justamente cuando debería ser ampliado energicamente. Cfr. Jürgen Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1975, p. 89. Si se tomara la cita para una mera reflexión teórica, no tuviera mayor relevancia, pero se trata de aprovecharla para hacer notorio que en el caso ecuatoriano la radicalización proviene de la sociedad civil, y la propuesta programática y jurídico-política indígena tiene una proyección trascendental y revolucionaria que rebasa cualquier expectativa democrático-liberal o demo-electoral.

El proceso de reforma constitucional de 1998 genera expectativa social, pero termina fortaleciendo las lógicas tradicionales de intermediación política entre el Estado y la sociedad, y en materia económica desbroza el camino para la entrada triunfal del neoliberalismo a través de la constitucionalización del modelo de economía social de mercado, ya asumido en el contexto económico internacional. Este hecho revela la incapacidad de la clase política para resolver, desde otros enfoques, los problemas socioeconómicos históricamente postergados, y precipita hacia la vorágine de una crisis político-social concomitante a la crisis económica, de cuya centralidad es responsable el ancien régime partidocrático, que prácticamente entró en inercia y no generó la normativa correspondiente a los postulados de la Constitución.

## La Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008

Las reformas estructurales implementadas en Ecuador insisten en pretender superar las contradicciones generadas por el autoritarismo y la arbitrariedad; a través de la consolidación del Estado de derecho, del fortalecimiento de la Función judicial, de los organismos de control y fundamentalmente del equilibrio entre los poderes. Todo esto bajo la estrategia de profundizar la democracia representativa, combatir la exclusión e inequidad social conforme a la lógica y racionalidad modernizadora. Pero la evidente crisis socio-económico-política, la ineficacia de las reformas y la presión político-social conducen a la elaboración de un nuevo texto constitucional que establezca las directrices de un modelo de sociedad a construir; por ello se lo denomina aspiracional y es un texto lleno de promesas de bienestar que incluye mecanismos de justicia constitucional, tendiente a asegurar que los derechos no sean mera retórica, sino mandatos normativos con eficacia práctica.<sup>504</sup> Este es el signo que marca la etapa neoconstitucional de 2008, o del nuevo paradigma jurídico político que tiene características específicas como teoría, como ideología y como método.

---

Porque se trata de cambios y transformaciones con enfoque sociocultural mucho más complejas e integrales que las provenientes de la racionalidad moderna y positivista que encarna el Estado de derecho.

504 R. Uprimny Yépez, *op. cit.*, p. 68; P. Salazar Ugarte, *op. cit.*, p. 183-196; Erhard Denninger y Dieter Grim, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, p. 32-63; L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo...*, p. 25-57.



La Constitución es redactada entre el 30 de noviembre de 2007 y el 24 de julio de 2008 por la Asamblea Nacional Constituyente, y presentada por este organismo el 25 de julio. Su aprobación se concreta mediante referéndum del 28 de septiembre de 2008 y entra en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 449, del 20 de octubre de 2008.

El debate sobre los contenidos es dirigido por la Asamblea Nacional y debido a que la mayoría de sus miembros proviene de sectores sociales organizados, logra un nivel de difusión que incide en el referéndum, alcanzando el 72% del voto positivo, no obstante y al igual que constituciones anteriores, genera resistencias por lo que manda, prohíbe o permite.

Históricamente la Constitución es la base político-jurídica de la existencia del Estado ecuatoriano y de legitimación de la autoridad del gobierno. El carácter de Ley suprema consta en el vigente art. 424 de la CRE:

[...] prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico [...]. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Establece los principios, el marco jurídico, político y organizacional del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, y rige como base para regular las relaciones entre particulares, entre el Estado con sus asociados, y del Estado con otros Estados. La CRE de 2008 rompe la clásica forma de organización pública basada en los tres poderes, y establece cinco: Función Legislativa, asignada a la Asamblea Nacional; Función Ejecutiva, conducida por el Presidente de la República; Función Judicial y Justicia Indígena, encabezada por la Corte Nacional de Justicia; Función de Transparencia y Control Social,<sup>505</sup> representada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; y la Función Electoral, administrada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Y para ejercer el control de constitucionalidad crea la Corte Constitucional.

505 El establecimiento de la cuarta Función constituye una ruptura del viejo régimen constitucional de organización del poder del Estado. La participación ciudadana y control social son dimensiones ético-políticas con relevancia jurídica que trasciende el nivel declarativo y se materializa con la institucionalidad que viabiliza la gestión concreta de dicho poder. En el caso ecuatoriano no es visible la igualdad jerárquica con las otras Funciones, aparentemente es un poder disminuido (*capitis diminutio*) que se expresa más simbólicamente que en términos de ejercer funciones que connoten ser un contrapeso para evitar la hegemonía de uno de los cinco, y en consecuencia viabilizar el régimen democrático. Ver en el capítulo I el acápite relacionado a la justificación de los tres poderes del Estado de derecho, en su fase originaria.

Consta de 444 artículos agrupados en 9 títulos que integran 40 capítulos; y de 30 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una final. Es extensa, minuciosa e intrusiva, da mayor importancia a aspectos físico-biológicos y reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. En el campo social prioriza la participación ciudadana, la estructura comunitaria y colectiva por sobre la de carácter privado; privilegia la gestión pública a partir de un sistema centralmente planificado y el desarrollo normativo de garantías y derechos fundamentales, derechos colectivos indígenas y los de la naturaleza. En general, la organización de su contenido rompe la tradicional técnica específica de orden binario que establecía una parte dogmática y otra orgánica o de estructuración del Estado.<sup>506</sup>

Adopta el modelo político del “Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional”, no para privilegiar lo indígena, sino exaltando lo “plurinacional” como categoría política que coadyuva a transformar las relaciones de poder y subsumir el Estado en lo colectivo. Por su parte la noción *sumak kawsay* (buen vivir) no sustituye los conceptos: bien común o interés general, sino que los subsume redimensionándolos con nuevos contenidos morales, políticos y simbólicos. El concepto *pacha mama* desmercantiliza a la naturaleza y la re-significa para que sea asumida como sujeto de derechos;<sup>507</sup> reconoce la justicia indígena y el ordenamiento de usos y costumbres (vigente en las comunidades indígenas desde antes de que el Estado exista). Impregna de saberes ancestrales y principios del ordenamiento consuetudinario indígena a la racionalidad jurídica-instrumental propia del positivismo jurídico.

Este nuevo Estatuto constitucional de 2008 prescribe como base de la gestión pública y privada los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), ya como derechos constitucionales y también como derechos humanos fundamentales<sup>508</sup> en el sentido del art. 11, num. 6 de la CRE. De tal

506 Ver Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Constitución de 2008 en el contexto andino: Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJDH), 2008, p. 19-38; Ramón Eduardo Burneo, *Derecho constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. p. 8-24; I. de Otto, *op. cit.*, p. 28; M. García Pelayo, *Derecho constitucional...*, p. 120-128.

507 El positivismo jurídico establece que sujeto de derechos únicamente es quien tiene la capacidad moral para obligarse a hacer o no hacer algo. La naturaleza no tiene dicha capacidad, en consecuencia no podría ser sujeto de derechos, sin embargo, desde la base filosófica indígena andina, si lo es, y al estar la nueva Constitución ecuatoriana impregnada de principios del *sumak kawsay*, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.

508 En el capítulo III se abordó el tema sobre los derechos fundamentales y se enfatiza que son derechos constitucionales considerados esenciales en el sistema político, y están es-



forma que el Estado articula la dimensión jurídica con las emergencias políticas, y su carácter unitario con el intercultural y plurinacional. En condición de Estado libre, independiente y democrático no excluye la pluralidad y el pluralismo; reconoce la preexistencia de raíces milenarias de los distintos pueblos y culturas, celebra a la Pacha Mama como factor vital para la existencia humana y en el Preámbulo exalta la lucha social de liberación frente a todas las formas de dominación y de colonialismo.

Debido al enfoque neoconstitucional, la Carta Fundamental es rígida, normativa, garantista<sup>509</sup> y determina que el Estado es el responsable y ejecutor de los derechos y las garantías individuales y colectivas.<sup>510</sup> Desarticula el modelo de Estado de derecho erigido sobre la base del positivismo jurídico y la ley deja de ser la máxima expresión de la voluntad y poder social y el Estado. El Estado ya no tiene el monopolio de la producción normativa, sino el de dotarle de la formalidad necesaria para su legitimidad jurídica.

La CRE de 2008 se reafirma en la filosofía indígena andina y toma del *sumak kawsay* o buen vivir la dimensión ético-política que expresan las nociones interculturalidad y plurinacionalidad. El contenido esencial de lo plurinacional establece el eje descolonizador como ruta de-constructora del Estado-nación (Estado de derecho) y reconoce la existencia precolonial de los pueblos y nacionalidades indígenas. En consecuencia, el pluralismo de los pueblos consolida el pluralismo democrático como expresión del comunitarismo político y de la plurinacionalidad.

El comunitarismo constitucional guarda relación al reconocimiento de las instituciones culturales, de los comportamientos y conductas de las comunidades que se expresan en sus fiestas, ritos y ceremonias como sustrato donde frutece el simbolismo de la identidad colectiva. Todos estos son elementos importantes del nuevo constitucionalismo social latinoamericano,

---

pecialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, dentro del ordenamiento jurídico tienen un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela).

509 Sobre la Constitución y el neoconstitucionalismo ver capítulo II de esta investigación.

510 Respecto a la tipología de las constituciones se puede argumentar que las dos variables básicas son: a) la fuerza normativa de la Constitución, es decir la Constitución como norma y seguida de alguna forma de justicia constitucional y, b) por su contenido normativo. Siguiendo a Uprimny, *op. cit.*, p. 71: "las constituciones valorativas y normativas son esencialmente las constituciones de Alemania, Italia, España. Estas constituciones reconocen derechos y valores y establecen un orden social a ser realizado y alguna forma de garantía constitucional de que eso se va a lograr por medio de distintas formas de justicia constitucional. En la región andino-amazónica se ha dado cierto involucramiento neoconstitucional en diferentes niveles".

impregnado del constitucionalismo originario indígena y del neoconstitucionalismo o nuevo paradigma jurídico-político. En el Estado constitucional de derechos rige el principio de constitucionalidad o de juridicidad en vez del principio de legalidad propio del Estado de derecho. Conforme al art. 426 de la CRE:

Aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución. Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos *aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos* siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidas en la Constitución, para desechar la acción interpuesta, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Para lograr la eficacia de los derechos consagrados constitucionalmente, el Estado rescata la planificación de la gestión pública; interviene en la economía y ordena el gasto en función del desarrollo social; respalda la soberanía alimentaria y la soberanía energética, la gratuidad de la educación laica, de la salud y de los servicios básicos e infraestructura; refuerza las funciones del gobierno central e impulsa la autonomía de los gobiernos municipales.

De esta forma la Constitución propicia la consolidación del nuevo modelo político de Estado y del desarrollo sostenible, el respeto a la dignidad de las personas y las colectividades, la práctica del bien común y la perfectibilidad de la sociedad civil; propugna la integración regional y planetaria en términos de solidaridad y no intervención, así como la transformación de las relaciones de poder<sup>511</sup> y la subsunción del Estado en lo colectivo.

511 Con el propósito de enfatizar acerca del contenido esencial del poder, se retoma el análisis de Quijano, acerca de la necesidad de una perspectiva teórica e histórica del poder, en este sentido: "[...] el fenómeno del poder es caracterizado como un tipo de relación social constituido por la co-presencia permanente de tres elementos: dominación, explotación y conflicto, que afecta a las cuatro áreas básicas de la existencia social y que es resultado y expresión de la disputa por el control de ellas: 1. el trabajo, sus recursos y sus productos; 2. el sexo, sus recursos y sus productos; 3. la autoridad colectiva (o pública) sus recursos y sus productos; 4. la subjetividad/intersubjetividad, sus recursos y sus productos. Las



## ¿Inconsistencia teórica de la Constitución de 2008?

Desde el Positivismo jurídico se ha generado un amplio debate sobre la inconsistencia teórica del neoconstitucionalismo,<sup>512</sup> y a partir de ello se argumenta la inconsistencia teórica de la Constitución ecuatoriana de 2008. Por otra parte se exalta el valor político del término Constitución, y ese significado político responde al sentido que históricamente ha tenido el constitucionalismo como movimiento ideológico y político. De tal forma:

[...] que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional significa, ante todo, que en la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. Luchar por la libertad es, así, luchar por la Constitución, y constitucionalismo y liberalismo aparecen como términos equivalentes, porque en ese significado la palabra Constitución designa algo más que una norma jurídica: la propia organización del Estado que obedece a determinados principios, esto es, que responde a una determinada "esencia".<sup>513</sup>

El sustento teórico jurídico es evidente cuando se asume que la Constitución escrita es una norma jurídica que obliga a los poderes del Estado, en consecuencia su inobservancia resulta antijurídica. Por tanto: a) la finalidad garantista del constitucionalismo se consigue por una vía interna al aparato de poder del Estado, del Estado constitucional organizado con arreglo a ciertos principios, pero no por sumisión de los poderes del Estado a normas jurídicas situadas por encima de ellos, la consecuencia era la Constitución considerada una ley como cualquiera otra no vinculaba al Poder Legislativo; y el resultado era que en el ordenamiento jurídico la posición suprema le corresponderá a la ley; b) Desde otra perspectiva teóri-

---

formas de existencia social en cada una de dichas áreas no nacen las unas de las otras, pero no existen, ni operan, separadas o independientes entre sí. Por lo mismo, las relaciones de poder que se constituyen en la disputa por el control de tales áreas o ámbitos de existencia social, tampoco nacen, ni se derivan, las unas de las otras, pero no pueden existir, salvo de manera intempestiva y precaria, las unas sin las otras. Esto es, forman un complejo estructural cuyo carácter es siempre histórico y específico. En otros términos, se trata siempre de un determinado patrón de poder. Anibal Quijano, "Colonialidad del poder, globalización..."

512 Ver J. García Amado, "Sobre el neoconstitucionalismo...", Josep Aguiló Regla, "Sobre las contradicciones (tensiones) del neoconstitucionalismo y las concepciones de la Constitución", en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *op. cit.*

513 I. de Otto, *op. cit.*, p. 12.

ca constitucional, las normas contenidas en la Constitución escrita<sup>514</sup> son derechos, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de la constitucionalidad del Estado, en esta perspectiva es evidente la supremacía jerárquica de la Constitución. Conforme lo enuncia de Otto:

Con ello la palabra Constitución o constitucional ya no designa un régimen, sino una norma a la que han de sujetarse todos los poderes del Estado. La finalidad garantista del constitucionalismo ya no se asegura tan solo con una organización y desde la confianza en su buen funcionamiento, sino que se persigue también normativamente [...]. Y esto quiere decir que la Constitución es el conjunto de las normas a las que está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado.<sup>515</sup>

Este es el hecho jurídico más relevante que corresponde destacar, y supone la utilización de una técnica concreta para establecer la norma suprema con la que se puede enjuiciar a cualquier función del Estado. Bajo esta técnica, es la forma constitucional la que lleva aparejada la supremacía y lo que incluye la Constitución o se incorpore a ella esta cualidad.

Lo de fondo radica en que la Constitución es una norma jurídica suprema, porque el ordenamiento así lo prevé y porque está prescrito que su infracción es antijurídica, si no fuera así, aquella no sería norma jurídica suprema, cuya finalidad es garantista de derechos, impone límites y mandatos para la tutela judicial efectiva de ellos. Por lo demás, el fundamento teórico de la Constitución ha sido desarrollado por el derecho positivo, y el carácter de supremacía de la Constitución ecuatoriana está prescrito en el art. 424 de la misma, en todo caso, por qué una norma constitucional puede prescribir dicha supremacía, ni el propio positivismo jurídico ha dado respuesta.<sup>516</sup>

514 El énfasis en señalar la Constitución escrita o formal es para señalar que la interpretación de esta difiere de la que se haga de una Constitución consuetudinaria, en esta la interpretación no consiste en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento humano. La Constitución ecuatoriana es escrita y su interpretación a más de lingüística comprende la interpretación de principios y depende de la subjetividad del juez constitucional.

515 I. de Otto, *op. cit.*, p. 14-15.

516 *Ibid.*, p. 21: "El concepto de positividad no implica solo que el derecho es derecho puesto, sino que significa que en la conciencia jurídica el derecho vale porque es puesto y no por ninguna otra razón, porque sea justo o antiguo. El derecho puede ser cambiado en cualquier momento, el legislador no se vincula para el futuro, sino que se institucionalizan procesos especiales para el cambio, el proceso legislativo entre ellos, y se establece una diferenciación estructural entre la desobediencia y el cambio, lo que no



Sobre el asunto, Gutiérrez plantea: a) que la Constitución del Estado social y democrático de derecho ofrece más bien una ordenación fundamental para el Estado y para la sociedad, está así referida al complejo proceso de integración social; b) la nueva multiculturalidad, al alterar sustancialmente las bases sobre las que venía desarrollándose dicho proceso, obliga a replantear, como lo hacen Denninger y Grimm, los grandes postulados del Estado constitucional;<sup>517</sup> marcando las diferencias específicas que de hecho existen de una jurisdicción a otra. En el caso alemán y en la actualidad refieren los autores; en la tradición jurídico-pública alemana: “la Constitución evoca desde 1848 la realización del proyecto nacional a partir de la participación colectiva, y frente a ella se consolida, de modo defensivo, la supremacía conceptual del Estado, ‘Ya no se trata en adelante de explicar el poder del Estado a partir de la Constitución, sino de explicar la Constitución a partir del poder del Estado. La Constitución no es fundamento, sino ingrediente’”.<sup>518</sup>

Se puede evidenciar otras diferencias, pero lo importante ahora es señalar que al margen de ello, la propagación del constitucionalismo y de la Constitución es universal como indicio del atractivo por la idea de que el poder político, está necesitado de legitimación jurídico-constitucional y que ha de ser ejercido sobre bases constitucionales si aspira a ser reconocido.<sup>519</sup> Bernal Pulido<sup>520</sup> propone un análisis respecto al debate positivista y neoconstitucionalista en el que tiene relevancia el análisis de la norma Constitucional; este estudio nos aproxima más al acaso ecuatoriano dadas las condiciones formales y materiales del actual Estatuto supremo.

De tal forma que para connotar el carácter teórico-jurídico de la Constitución ecuatoriana corresponde referir algunos aspectos básicos: en principio y concomitante a la crisis del principio de legalidad (del positivismo ju-

---

ocurría en la sociedad tradicional”. Se puede deducir que el debate sobre la supremacía continúa, pero hay un contenido esencial comúnmente aceptado. Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México DF, Fontamara, 1997, p. 8, argumenta que: “El positivismo jurídico tiene una fecha conocida de nacimiento que viene a coincidir con un modelo de organización jurídica y política bastante preciso, que es el modelo posrevolucionario del Estado de derecho basado en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de poderes, en la codificación y el imperio de la ley, en la figura del juez ‘automata’, etcétera”.

517 Ignacio Gutiérrez, “Introducción”, en E. Denninger y D. Grimm, *op. cit.*, p. 10.

518 *Ibid.*, p. 11.

519 D. Grimm, *op. cit.*, p. 175.

520 C. Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo...*, p. 11-28.

rídico), se configura uno innovado que se denomina “principio de estricta legalidad”<sup>521</sup> y a este conforme al nuevo paradigma constitucional, varios autores lo llaman el “principio de constitucionalidad” o “principio de juridicidad”, que resulta ser la positivización no solo del “ser” sino también del “deber ser” del derecho. Siguiendo a Ferrajoli:

[...] este derecho sobre el derecho, este sistema de normas metalegales destinadas al legislador y a los otros poderes públicos es lo que se llama Constitución: que si es democrática representa la convención en torno no solo de las formas políticamente representativas de las decisiones legislativas, sino igualmente a lo que resulta *indecidable* por estas, porque no puede ser decidido o porque no puede dejar de ser decidido. [...] el derecho de las modernas democracias constitucionales se diferencia de los otros derechos deónticos por dos esenciales características estructurales: de un lado, por su carácter positivo y por tanto artificial y convencional, que es el rasgo específico, frente a los sistemas no jurídicos y al derecho premoderno, del iuspositivismo y del Estado legislativo de derecho; de otro, por el sometimiento de sí mismo al derecho no solo en cuanto a la forma de producción sino también en cuanto a los contenidos producidos, que es el rasgo específico del *ius-constitucionalismo*, o sea, del *Estado constitucional de derecho*.<sup>522</sup>

El proceso anteriormente referido ha sido posible en el marco del nuevo paradigma jurídico o neoconstitucionalismo,<sup>523</sup> tema que es desarrollado en el capítulo I de esta investigación.

La CRE de 2008 reúne los requisitos básicos teóricos y metodológicos que la ubican en el marco neoconstitucional. Es formal y material, la formal no solo “crea” cosas, sino que también “reconoce” cosas; o lo que es lo mismo, se mueve en dos dimensiones: la constitutiva y la valorativa.

A partir de la dimensión constitutiva crea órganos y procedimientos jurídicos y debido a la dimensión valorativa reconoce estados de cosas que merecen ser jurídicamente protegidas, promocionadas, garantizadas, tales como la “soberanía popular”, la libertad, la igualdad, la dignidad y seguridad.

521 L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, p. 803.

522 *Ibid.*

523 Con el advenimiento del nuevo paradigma jurídico-político (neo)constitucional a partir de la segunda mitad del siglo XX, se acelera el proceso de cambios en el derecho y su plasmación en el ámbito jurídico. Desde esta perspectiva, cuando se alude al *neoconstitucionalismo* se hace referencia a un “ordenamiento jurídico constitucional” que rige en varios Estados europeos y latinoamericanos, y que ha sido desarrollado por la academia en diversas latitudes. Ver L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo...*; M. Fioravanti, *Constitución...*



dad de las personas, el pluralismo político, la diversidad cultural, la educación, la salud pública, el *sumak kawsay*, la interculturalidad y la plurinacionalidad, entre otras.

La CRE de 2008 reconoce valores y fines que dotan de sentido a las formas de acción política (órganos y procedimientos) creados por ella misma, y se inscribe en un marco teórico jurídico constitucional, que combina el desarrollo evolutivo de los derechos y garantías desde una visión socio-cultural y normativa consuetudinaria generada en formas asociativas político-comunitarias, que pugnan por la concreción de los derechos desde un enfoque plurinacional y en el marco de la interculturalidad. Esta Carta Fundamental redefine el rol del Estado y de lo público en función de la justicia cultural y de la justicia distributiva, y este es un punto importante que justifica la gestión del Estado aún en el marco de una gobernanza jerárquica y de una política experimental que se resisten a propiciar la subsunción del Estado en lo colectivo.

Los cierto es que en épocas pasadas el sistema de partidos pretendió impulsar cambios socioeconómicos, y en Ecuador no fue posible hacerlo porque los partidos eran estructuras políticas excluyentes, comandadas por élites que los convirtieron en empresas electorales expeditas para dar paso a regímenes oligárquicos o dictatoriales. En este sentido, oligarquía y partidocracia son las dos caras de la misma moneda, con la que los sectores sociales mayoritarios pagaron el precio de su trágica exclusión del orden sociopolítico.<sup>524</sup>

La apuesta política, en vez de situarse en la distribución del poder entre órganos controlados y el equilibrio institucional de poderes, devino en el reparto del poder entre los partidos, dando lugar a lo que sería conocido habitualmente como partidocracia, término usado por algunos autores venezolanos como uno de los opuestos a la democracia.<sup>525</sup>

Con la vigencia y advenimiento del Estado constitucional de derechos, el ancien régime partidocrático y las élites del poder oligárquico se han debilitado, pululan como subproducto de la crisis y no cesan en su afán de retomar el control de la gestión pública. Por su parte, la élite en el ejercicio gubernamental utiliza el descrédito de los partidos para descalificar a la oposición.

524 Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

525 *Ibid.* p. 39.

La tendencia política conservadora argumenta que la CRE de 2008 es ampulosa, y que de dicha ampulosidad devienen superposiciones normativas e imprecisiones conceptuales que sesgan cualquier criterio de ordenamiento y clasificación. Esta tendencia insiste que la sistematización de la Carta Fundamental de 2008 no se ciñe a la clásica doctrina constitucional ni a la clasificación adoptada por los países de Occidente, porque establece un sistema disgregado que no concuerda con la racionalidad de la nomenclatura jurídica moderna. El conservadurismo asigna a la Constitución la salvaguarda de un “presidencialismo fuerte”, funcional a un modelo político de Estado autoritario que subroga los postulados de un socialismo morigerado. E insiste que la orientación constitucional de la economía es estatista, tendente a fortalecer un sistema centralmente planificado con poco margen para la iniciativa privada;<sup>526</sup> y en el campo social propensa a una “inflación normativa” adversa al fomento del desarrollo.<sup>527</sup>

Otro argumento de la tendencia conservadora es que la CRE de 2008 ha sustituido a la democracia representativa por la democracia delegativa, o tipo de democracia en la que el Presidente de turno establece una relación directa y clientelar con sus electores, al margen de las intermediaciones institucionales y políticas, de tal modo que el Parlamento, por ejemplo, no espreciado como un contrapeso legítimo sino como un estorbo u órgano subyugado a los designios presidenciales.<sup>528</sup>

Este razonamiento connota la posición ideológica conservadora de la tendencia constitucionalista del positivismo jurídico. Sus asertos se respaldan en los postulados del constitucionalismo decimonónico liberal, sin considerar los cambios suscitados a partir de la incidencia del nuevo constitucionalismo social latinoamericano y la propia dinámica socioeconómica regional, como respuesta a las menesterosidades del sistema liberal capitalista y actual patrón de poder mundial, empeñado en mantener una clasificación social en el marco de la colonialidad del poder y dominación material e intersubjetiva. Tal cual sustenta Quijano, son por eso mismo, el sistema liberal y el patrón de poder mundial, la base más universal de dominación política y económica.

Paradójicamente, después de siete años de vigencia de la Constitución garantista, al interior del régimen gubernamental se empieza a debatir res-

526 R. Burneo, *op. cit.*, p. 28-29.

527 *Ibid.*, p. 26-27.

528 L. F. Torres, *edit., op. cit.*, p. 25.



pecto a que la Constitución adolece de vacíos y contradicciones que obstruyen la concreción del modelo político de Estado y la superación del modelo socio-económico-político capitalista.<sup>529</sup> En consecuencia, se avizora una reforma constitucional en los términos anunciados públicamente por el presidente Rafael Correa, el 20 de febrero de 2013 y relacionada a la acción de protección; posteriormente, en mayo-junio de 2014, respecto a la reelección presidencial y disminución del número de años para optar por una candidatura a dicha dignidad.

## **Derecho al territorio y autodeterminación en la Constitución de 2008**

En la década de los 90 el país está sumido en la inestabilidad política e inseguridad jurídica y el debilitamiento institucional e ineficiencia administrativa son cada vez más evidentes. No se vislumbra una alternativa real, el poder y la gestión pública continúan en manos de la misma clase política degradada. Como ilustra Gangotena Guarderas, Ecuador desde un buen tiempo atrás:

[...] descendía en caída libre por la pudrición de todas sus bases. La política ecuatoriana se había convertido de manera progresiva en una auténtica expresión prostibularia en la que el inmoral negocio de vergüenzas bien vendidas y el criminal afán de dinero se había tomado casi todos los confines del cuerpo social, contaminándolo desde la cabeza a los pies.<sup>530</sup>

En 1998 la constitucionalización del derecho al territorio y el reconocimiento de la pluriculturalidad parecen ser una especie de compensación tardía a seres humanos ubicados en el nivel más banal del desarrollo social. Ciertamente los pueblos indígenas no participan en las transacciones inmorales de las élites, pero son víctima directa del descalabro ético

529 Entendido como el conjunto de la articulación estructural de todas las formas históricamente conocidas de control del trabajo o explotación, esclavitud, servidumbre, pequeña producción mercantil independiente y salario.

530 Arturo Gangotena Guarderas, *De la Constitución a la no Constitución*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2010, p. 27. El autor además grafica que las consecuencias más dramáticas para el país fueron: el asalto estatal a los dineros públicos muy privados a través de feriado bancario y el congelamiento de los depósitos, producto de la acción de la banca privada vía créditos vinculados a su interior y créditos de liquidez del Estado hacia esa banca; y la migración de aproximadamente dos millones de trabajadores ecuatorianos hacia otros países (*Ibid.* p. 27).

y económico-político provocado por estas. Y de esa condición emergen par erigirse como los legítimos interpelantes del poder y del Estado, y luchan frontalmente por la transformación de las relaciones de poder y construcción del Estado plurinacional.

En 2007 se concreta el proceso electoral y una gran mayoría de votantes adhiere al proyecto político eco-socialista que propone la convocatoria a una Asamblea Constituyente para que elabore la nueva Constitución. El proceso concluye en 2008 y Ecuador asume un nuevo Estatuto político, cuyo contenido es el siguiente.

**Cuadro 9. Estructura y temática de la CRE de 2008**

<p><b>Preámbulo:</b> establece que de la Constitución tiene valor jurídico porque es una norma susceptible de aplicación jurisdiccional. Cabe enfatizar que debido a la concepción normativa de la Constitución, toda ella es un texto normativo que expresa auténticas normas jurídicas.<sup>531</sup> Aquí ya es evidente la relevancia jurídica de los “derechos territoriales indígenas”.</p>
<p><b>El Título I. Elementos constitutivos de Estado:</b> está integrado por dos capítulos que tratan sobre los principios fundamentales y los deberes primordiales del Estado, y determina quienes son ciudadanas y ciudadanos.</p>
<p><b>El Título II. Derechos:</b> integrado por nueve Capítulos, los primeros siete van del art. 10 hasta el 74, estipula uno por uno los derechos del buen vivir, de comunicación e información, de vivienda, salud, trabajo; además instituye grupos de atención prioritaria, los derechos de las diferentes nacionalidades y pueblos que coexisten en el Ecuador y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza. El Capítulo VIII trata sobre los Derechos de protección (art. 75 al 82) y el Capítulo IX, art. 83 prescribe las responsabilidades y deberes que las ciudadanas y los ciudadanos tienen al hacer uso de sus derechos.</p>
<p><b>El Título III. Garantías constitucionales:</b> conformado por tres Capítulos sobre las garantías normativas; las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; y las granarías jurisdiccionales.</p>
<p><b>El Título IV. Participación y organización del poder:</b> comprende siete Capítulos referidos a Participación en democracia; Funciones Legislativa, Ejecutiva, Judicial y justicia indígena, de Transparencia y control social y Electoral; el Capítulo VII trata sobre la Administración pública. De este Título interesa enfatizar los art. 98 y 99 relacionados al derecho a la resistencia<sup>532</sup> y al de acción ciudadana respectivamente.</p>
<p><b>El título V. Organización territorial del Estado</b></p>
<p><b>Título VI. Régimen de desarrollo</b></p>



<b>Título VII. Régimen del buen vivir</b>
<b>Título VIII. Relaciones internacionales</b>
<b>Título IX. Supremacía de la Constitución</b>

Fuente: CRE de 2008.

La Carta fundamental decidida es garantista y utiliza la denominación “derechos” para referirse a todos aquellos que constan en los art. 10 al 74 y en el 98. También son conocidos como “derechos humanos básicos”. Los “derechos económicos, sociales y culturales” y los “derechos colectivos y difusos o ambientales” son asumidos como vía para que los primeros sean efectivos. Conforme al art. 11, num. 6, todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles y de igual jerarquía. No obstante la claridad de la prescripción, es necesario reiterar que todas estas categorías de derechos encajan dentro de la denominación “derechos constitucionales” conforme a la interpretación del juez constitucional, para quien el ámbito de protección de los derechos constitucionales es más amplio que el de los “derechos fundamentales”,<sup>533</sup> nombre con el cual se designa a los derechos humanos básicos en la doctrina e instrumentos jurídicos internacionales.

En el Estado constitucional, plurinacional ecuatoriano, los derechos constituyen la materialización de la “dignidad de las personas y las colectividades”<sup>534</sup> y les otorga la máxima protección jurídica de que dispone. Conforme a la Constitución garantista, normativa y rígida todos son derechos subjetivos dotados de fuerza normativa. Es indispensable recalcar que los “derechos constitucionales” responden a una pluralidad de sentidos que hace posible hablar de un triple carácter que los define.

531 R. Guastini, *Teoría e ideología...*, p. 96.

532 Por limitaciones del presente estudio únicamente se desarrollará con mayor profundidad al Título II, de la Constitución, relativo a los derechos, y se pondrá énfasis en los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación.

533 Ver L. F. Torres, edit., *op. cit.*, p. 237.

534 Con base en la doctrina se entiende que la dignidad de las personas y colectividades, constituye un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las unas u otras limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano merece la persona. El neoconstitucionalismo reconoce un test supraestatal de derechos humanos que no debería ser ignorado y menos transgredido por el Estado, persona o institución alguna.

1. Son los derechos de las personas y las colectividades; es decir, son manifestaciones concretas de la libertad y de la dignidad humana y social. Son derechos subjetivos, que además poseen un carácter de universalidad conforme a la Constitución, art. 10: Titulares de derechos son las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución. El art. 11, num. 3 declara que: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. La particularidad radica en que los derechos son plenamente justiciables, conforme lo prevé el inciso 3ro. del mencionado art. 11.
2. Los derechos funcionan simultáneamente como elementos objetivos incorporados al sistema político representativo y que es consustancial al régimen constitucional: el derecho de sufragio, la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad de pensamiento, de culto, entre otros; son presupuesto y contenido necesario del sistema político y de gobierno, son la vertiente subjetiva de las propias instituciones de la democracia (representativa); incluso los derechos vinculados a la personalidad, tales como: el derecho a la vida y a la integridad física, derecho a la intimidad personal, y las proclamaciones relativas a la dignidad de las personas naturales y colectividades son elementos consustanciales al orden político en sí mismo. Esta dimensión se encuentra proclamada en el art. 11, num. 7 de la CRE: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá a los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.
3. Los derechos son expresión de la constitución de la sociedad o si se prefiere, de la sociedad constituida. Es decir: los derechos expresan la dualidad sociedad/Estado inherente a un sistema en el cual el poder político parte del reconocimiento de otras formas de poder y de ámbitos de acción individuales y sociales distintos de los ámbitos del Estado, pero igualmente legítimos, por ejemplo: derecho de propiedad, de libertad de expresión, derecho de huelga, libertad de asociación, de culto, entre otros; que son instituciones básicas de una sociedad a la que sirve y de la que surge el Estado.

En definitiva los derechos son expresión de formas de poder social importantes a la hora de abordar problemas como el conflicto entre derechos,



o en las relaciones entre particulares y especialmente entre los particulares y el propio Estado, considerando que este dispone de poder represivo o capacidad de uso de la violencia legítima, para mantenerse e imponerse, conforme al enfoque teórico de Weber (2004).

Todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía, en tal sentido no hay derechos superiores a otros, o lo que es lo mismo, no hay derechos más fundamentales que otros, o más constitucionales que otros. Los derechos son plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, ni para desechar la acción o para negar su reconocimiento, así lo establece la CRE, art. 11, num. 3, inciso 3.

De acuerdo a la racionalidad del nuevo paradigma jurídico-político o neoconstitucionalismo, los derechos están por sobre la soberanía del propio Estado<sup>535</sup> y cualquier derecho de carácter patrimonial. En consecuencia, los operadores jurídicos no pueden discriminar entre derechos políticos, derechos sociales, o derechos humanos.<sup>536</sup> Más aún, el art. 11, num. 8 (segundo párrafo) prescribe: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de

535 El debate sobre este tema es intenso: la tesis positivista argumenta que el Estado social de derecho es una categorización que tiene sentido específico en el Derecho universal; significa una organización política regida por una autoridad no arbitraria, sino encuadrada en los límites que determinan el respeto a las personas y el servicio a la sociedad, de aquí el calificativo de social. En una referencia que hace Burneo, *op. cit.*, p. 41, alude a Fabián Corral, quien argumenta que: “la renuncia que hizo la Asamblea Constituyente al definir a Ecuador como ‘Estado de derecho’, es uno de los episodios más significativos en términos políticos y jurídicos. Es la aplicación de la legalidad como única forma de expresión del poder y como medio de la relación entre Administración Pública y los ciudadanos. Es la huida del principio de sujeción a la autoridad a la ley”. Fabián Corral, “Las paradojas de la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Diego Pérez Ordoñez, comp., *La Constitución ciudadana*, México DF, Taurus, 2009, p. 271. María Luisa Burneo insiste en que: “Este es el atajo por el cual las políticas públicas, señaladas en la Constitución para todas las actividades económicas y financieras, queden en el plano discrecional, esto es libres de las normas rígidas que señalan límites al poder. Exonerarse de limitaciones legales y rodearse de garantías, que eliminen la responsabilidad política y legal, significa obrar fuera del Estado de derecho...”. María Luisa Burneo, en B. de Souza Santos, *Refundación del Estado...*, p. 41. Como se puede apreciar, en el análisis interno realizado desde el positivismo jurídico no entra el debate filosófico-jurídico y filosófico-político del que se nutre el neoconstitucionalismo considerado como teoría, como ideología y como método. Tema desarrollado en el capítulo II de este texto.

536 I. de Otto, *op. cit.*, p. 18. “Los principios y los derechos son normas jurídicas, en consecuencia de obligatorio cumplimiento. Sino no fueran tales, serían previsiones, que solo se las cumple en la medida de las posibilidades, pero que en cualquier momento pueden infringirse sin que ello acarree consecuencia alguna. La norma es norma porque el ordenamiento le confiere fuerza de obligar y esto puede hacerlo incluyéndola en la Constitución escrita cuya obligatoriedad se declara, caso en el cual será constitucional”.

carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”, y en el art.11, num. 9 se establece que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

## **Disposiciones constitucionales relacionadas a los derechos colectivos indígenas, al territorio y a la autodeterminación**

### *Deberes y responsabilidades*

El Título II, Capítulo noveno. Responsabilidades, art. 83 de la CRE, se refiere a los deberes y responsabilidades en forma expresa: hace relación a 17 de ellos y prescribe que ecuatorianas y ecuatorianos los deben acatar y cumplir, sin perjuicio de otros previstos en la propia Constitución o la ley.

Aquí se recogen los deberes constitucionales más comunes, entre otros: defender la integridad territorial del Ecuador y sus recursos naturales; respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento, respetar los derechos de la naturaleza; promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir; practicar la justicia y la solidaridad; respetar y reconocer las diferencias étnicas; colaborar con el mantenimiento de la paz y la seguridad; pagar tributos; participar en la vida política, cívica y comunitaria del país de manera honesta, etcétera.

Lo destacable de los deberes y responsabilidades en este contexto es su distinto contenido normativo (jurídico). Mientras en el caso de los derechos la Constitución precisa su eficacia vinculante y sus respectivas garantías en los art. 84 y ss.; respecto a los “deberes” de las ciudadanas y ciudadanos el texto constitucional no es más explícito.

La eficacia real de los derechos humanos fundamentales está prevista en diversos tipos de garantías: normativas, jurisdiccionales e institucionales, CRE, Título III, Capítulos I, II y III. La garantía de los derechos se inscribe en un contexto político más amplio y tiene relación a la intención de constitucionalizar un modelo económico que sea extensión del modelo participativo general, toda vez que el nuevo constitucionalismo social latinoamericano pretende construir un modelo participativo, una sociedad civil desplegada y concretando espacios reales de poder, desfragmentando no solo ámbitos institucionales sino también ámbitos económicos, donde todas las formas de acceso económico a la propiedad social sean ejercicio de “soberanía popular”.



Esto denota que en una sociedad desvertebrada como la ecuatoriana, la garantía y ejercicio de los derechos es una situación de irrupción específica y cualitativa que favorece a los grupos mayormente vulnerables o excluidos. En los derechos constitucionales se fusionan las tres generaciones de derechos: los civiles y políticos; los económicos, sociales y culturales; y los colectivos y ambientales, cuyos enunciados recogen incluso elementos simbólicos del enfoque sociocultural.

### *Garantías normativas constitucionales*

Son aquellas contenidas en el art. 84 de la Constitución, derivadas ya sea de su posición en el texto constitucional, o de las condiciones impuestas al legislador de los derechos, es decir, a los asambleístas.

- a) La primera garantía es la *incorporación de los derechos fundamentales al texto constitucional*. “Los derechos fundamentales a diferencia de lo que puede ocurrir en otros ordenamientos jurídicos, encuentran su proclamación en la Constitución misma”,<sup>537</sup> concretamente en el título II. (Derechos): con independencia de lo que se diga más adelante acerca de la estructura interna de dicho título. No son, por lo tanto, derechos de creación asamblearia o judicial, pero la posición atribuida a los tribunales como el que en su momento se llamó Tribunal de Garantías Constitucionales, y con las diferencias del caso ahora es la Corte Constitucional, será decisiva en la configuración del contenido de los diversos derechos.
- b) La supremacía normativa de la Constitución, o cualidad normativa, rígida, y garantista, además de la previsión de un procedimiento específico de control de constitucionalidad de las leyes, son circunstancias que se proyectan decisivamente sobre la eficacia de los derechos en general, de los derechos humanos fundamentales o derechos constitucionales conforme a la Corte Constitucional, y art. 88 de la CRE.
- c) La segunda garantía normativa que la Constitución prevé tiene que ver con el *establecimiento de un procedimiento de reforma de la Constitución particularmente rígido*, en aquellos casos en los que la reforma afecte a los derechos recogidos en el título III Capítulo primero, art. 84 de la CRE:

537 Pedro Cruz Villalón y Javier Pardo Falcón, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, No. 97, enero-abril, México DF, IJ-UNAM, 2000.

La Asamblea Nacional y todo órgano de potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, a las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes u otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Corresponde además observar los art. 441, 442 y 443, concernientes a la enmienda y reforma de la Constitución. Según el art. 441:

La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma a la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. [...] La reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

Por su parte la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso. En esencia, se eleva la mayoría cualificada exigida y que debe obtenerse en dos debates asamblearios sucesivos y separados, CRE, art. 441 y ss.

d) La tercera garantía normativa de alcance general, es la *garantía de la reserva de ley*, de profundo arraigo en la fase de consolidación del Estado constitucional. La reserva de ley *orgánica*, según la CRE, art. 133, num. 2, consiste en establecer que son leyes orgánicas: “Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”. En todo caso, es de esperarse que esta reserva de ley no sea sometida a una interpretación extensiva; porque si lo fuera, se correría el riesgo de desvirtuar el principio democrático de gobierno de la mayoría, con el peligro sobreviniente de una “petrificación” del ordenamiento jurídico.<sup>538</sup>

Otras garantías normativas complementarias son aquellas dirigidas a evitar que la regulación de los derechos se vea afectada por lo que se puede llamar el legislador extraordinario o, más concretamente, el Ejecutivo, a través de sus diversas competencias normativas previstas en la CRE, art. 147, num. 5 y 13, obligándolo a:

538 *Ibid.*



(num. 5) Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control.

(num. 13) Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

Debe tenerse en cuenta que los “derechos” limitan la potestad normativa de los gobiernos seccionales (autónomos), por dos vías diferentes: en el ámbito reservado a la ley orgánica, que es, por definición una ley de jurisdicción nacional; y otra, porque es atribución exclusiva del Estado la competencia de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de las ciudadanas y los ciudadanos, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, CRE, art. 11, num. 2:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual [...]. La ley sancionará toda forma de discriminación.

### *Garantías jurisdiccionales*

Las garantías jurisdiccionales de los derechos son aquellas garantías específicas que la Constitución impregna a los derechos humanos fundamentales. Estas garantías están enunciadas, básicamente en el Título III, Capítulo tercero: Garantías jurisdiccionales, art. 86 y ss. cuando dispone que: 1. “Cualquier persona o grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”, 2. “[...] ante el juez o jueza del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos [...]”: a) “El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz y oral en todas sus instancias” y, en su caso, a través del recurso denominado Acción de Protección<sup>539</sup> ante los operadores jurídicos (juez o jueza). La tutela jurisdiccional es la prevista para cualquier derecho o interés legítimo y consta en la CRE, art. 88, como un derecho fundamental más, el derecho a la tutela judicial efectiva (justicia constitucional):

539 La acción de protección es precisamente lo que el presidente Rafael Correa, el 20 de febrero de 2013, anunció que se reformaría.

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la acción proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La compleja relación que resulta de este conjunto de competencias jurisdiccionales (la jurisdicción ordinaria operando a través de los procedimientos ordinarios, la jurisdicción constitucional operando a través, en especial, de la acción de protección) no es ajena a algunos conflictos jurisdiccionales, pero se la puede superar con la aplicación de la propia Constitución, que es norma, de aplicación inmediata.

Bajo estos presupuestos tiene que considerarse el incumplimiento de los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación, y tiene directa relación a la autonomía, es decir: respeto a las competencias propias de los gobiernos indígenas, y establecimiento de las competencias delegables por parte del Estado a dichos gobiernos, para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales; o bajo la variante “jurisdicciones territoriales indígenas” (CRE, art. 257), en las cuales el Estado puede nombrar como autoridades a ciudadanas o ciudadanos de la propia comunidad; pero este hecho ya connota el ejercicio del poder estatal en territorios indígenas, aún por el solo reconocimiento de la autoridad indígena al margen de que sea designada por la propia comunidad.

Este tipo de injerencia del Estado, aparentemente inocua, es una forma más de control de los pueblos indígenas. Tómese en cuenta que previo a ello, el Estado ejerce su poder burocrático de control en la jurisdicción nacional, y hacia abajo en los niveles: provincial, municipal, parroquial y finalmente en la jurisdicción de la circunscripción territorial indígena que prácticamente está subordinada a las anteriores. Esta superposición de jurisdicciones da pábulo a que el poder controle, vigile y castigue, parafraseando a Foucault (1992; 2006); en consecuencia arrecia las condiciones de dominación y dependencia de los sujetos culturales que se encuentran en circunstancias de marginalidad o “mayor vulnerabilidad”.



### Garantías orgánicas

Sección quinta-Defensoría del pueblo: El art. 214 de la CRE establece la Defensoría del Pueblo, con una responsabilidad directa para la tutela de los derechos constitucionales a semejanza del ombudsman de los países nórdicos europeos. El Defensor del Pueblo está legitimado para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes, en situación de igualdad con otros órganos o fracciones de órganos del Estado, sea por iniciativa propia, de personas naturales, movimientos ciudadanos o cuando las fracciones asamblearias con capacidad para impugnar, no lo hicieren.<sup>540</sup>

Según el art. 215: La Defensoría del Pueblo también tiene como funciones: “la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país”; y como atribuciones: 1. El patrocinio de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus [...]; 2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos [...]; 4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso [...].”

La Defensoría del Pueblo es una institución pública en la cual se ha establecido un segmento administrativo para tratar en forma especializada los casos relacionados a indígenas o pueblos indígenas que se tramiten bajo esta vía; pero no ha alcanzado una dimensión política trascendente, sino más bien una modesta, simbólica y poco efectiva.

### **Sujetos, titularidad y destinatarios de los derechos colectivos en la Constitución de 2008**

El reconocimiento de colectivos sociales como sujetos de derechos en América Latina data desde la década de los 80, por ejemplo: Brasil lo hizo en la Constitución de 1988, Colombia en 1991, Perú en 1993 y Ecuador en 1998. Conforme a Llasag Fernández, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural implicó el reconocimiento de un nuevo sujeto de derechos: “los pueblos indígenas”, que tienen la posibilidad de autodefinirse como nacionalidades, en los términos que prescribe la Constitución ecuatoriana de 1998.

Con el reconocimiento como sujeto de derechos a los pueblos indígenas o nacionalidades, estos dejan de ser una realidad fáctica y legal para

540 P. Cruz Villalón y J. Pardo Falcón, *op. cit.*

pasar a ser sujetos de derechos fundamentales [...]. Una característica de este nuevo sujeto de derecho es su carácter colectivo, que posee formas diferentes de vida social [...] y tiene un derecho fundamental igual que los individuos, esto es, el derecho a la vida, a la existencia como colectividad diversa, a no ser sometido a desaparición forzada.

De este derecho fundamental se deriva la posibilidad de ejercer los demás, como el derecho a reproducir su organización social y autoridad; al reconocimiento de su territorio; a participar en la administración, uso, usufructo, conservación de los recursos naturales renovables existentes en su territorio; a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables, así como a participar de los beneficios que reporten estos planes y programas; a participar, mediante representantes en organismos del Estado; el reconocimiento y protección de las prácticas tradicionales, a legislar y administrar justicia.<sup>541</sup>

La CRE de 2008, art. 6 establece que todas las ecuatorianas y ecuatorianos gozarán de los derechos establecidos en la Constitución, se deduce que ellas y ellos son los sujetos de los derechos, sin embargo, por definición son las personas humanas, sin exclusión ni distinción alguna. Desde la base doctrinaria del positivismo jurídico, sujeto de derecho es únicamente quien puede obligarse moralmente a cumplir o no una obligación, es decir, la persona humana; pero este principio ha sido superado en el ordenamiento constitucional,<sup>542</sup> y que en forma taxativa el art. 10 determina: Titulares de derechos son las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.<sup>543</sup>

Las dos acotaciones, pueblos indígenas como sujetos de derechos fundamentales y la naturaleza como sujeto de derechos, expresan, por una

541 Raúl Llasag Fernández, "Plurinacionalidad: Una propuesta constitucional emancipadora", en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neconstitucionalismo y sociedad*, Quito, MJDH, 2008.

542 R. Llasag Fernández, "Derechos colectivos y administración de justicia indígena", en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: Aportes para un debate*, Quito, UASB-E / A-Y, 2002.

543 CRE, art. 71.- La naturaleza o Pachamama, 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. Toda persona, comunidad pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observará los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Los art. 72 y 73 tratan sobre el derecho a la restauración y las medidas de precaución y restauración de la naturaleza, respectivamente.



parte la ruptura epistemológica del positivismo jurídico y por otra, la construcción jurídica epistemológica con base en nociones del derecho de usos y costumbres y en el *sumak kawsay*. Estos hechos han incidido en el nuevo ordenamiento constitucional dando lugar a la constitucionalización de tales derechos. Este reposicionamiento filosófico-jurídico va más allá de la prescripción normativa, y ha permitido retomar nociones iusnaturalistas nada extrañas a la cosmovisión indígena, según la cual naturaleza y ser humano son una unidad indisoluble, como condición ontológica de la propia vida. De lo expuesto se deduce que la Constitución, implícitamente toma como sujeto “ideal” de los derechos fundamentales a las personas humanas, así lo establece en el art. 11, y en forma más específica el num. 2:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural [...]. La ley sancionará toda forma de discriminación.

Corroborando la prescripción constitucional, los pueblos indígenas rechazan cualquier forma de discriminación, pero no han logrado acabar con la discriminación positiva de la que son objeto por parte de quienes consideran que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad.<sup>544</sup> En este sentido, reiteran que los derechos al territorio y autodeterminación no pueden ser vistos como derechos según la discriminación positiva, y argumentan:

[...] son derechos fundamentales que no pueden confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. El pueblo indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos [...]. Es importante destacar las relaciones entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las personas que pertenecen a estos pueblos. Toda vez que, los pueblos indígenas hacen parte de Estados independientes como colectividades diferentes y en esta calidad gozan de derechos humanos llamados “derechos colectivos de los pueblos indígenas”; pero además los miembros de los pueblos indígenas como ciudadanos ecuatorianos gozan de los derechos establecidos para todos los ciudadanos, por cuanto en particular es importante la garantía de la no discriminación por su pertenencia a grupos indígenas.<sup>545</sup>

544 Los términos discriminación positiva y mayor vulnerabilidad connotan desigualdad en relación con todas las personas, y son cuestionados por los pueblos indígenas, por considerarlos peyorativos,

545 R. Llasag Fernández, “Derechos colectivos...”

Procede enfatizar que el reconocimiento de los derechos colectivos al territorio y autodeterminación y de la naturaleza como sujeto de derechos, fortalece el enfoque holístico indígena en la relación entre seres humanos y naturaleza. Es decir, la gestión de los territorios en términos socioculturales garantiza la preservación de la naturaleza, por que las relaciones no se rigen por principios mercantilistas o crematísticos que irremediablemente llevan a la degradación humana y físico-biótica.

### **Contenido esencial de los derechos constitucionales**

El “contenido esencial” de un derecho subjetivo se identifica con aquellas facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho, consiste en buscar los llamados intereses jurídicamente protegidos como núcleo de los derechos subjetivos. Los dos caminos no son alternativos ni antitéticos, pero sí complementarios, de modo que al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada derecho concreto, pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse.<sup>546</sup>

Para fijar el contenido esencial de un derecho pueden seguirse dos caminos compatibles y complementarios: a) establecer el tipo abstracto, la naturaleza del derecho, conforme a los conceptos jurídicos imperantes y compararlo con la regulación impuesta por el legislador, para ver, si el tipo genérico resulta identificable en esa regulación; b) determinar los intereses jurídicamente protegidos por el derecho de que se trate y comprobar si tales intereses pueden efectivamente llevarse a la práctica tras la regulación establecida por el legislador (asambleísta).

Más allá de cualquier contenido jurisdiccionalmente declarado, lo primero a destacar en relación con el contenido de los derechos, es que la Constitución ecuatoriana ha optado por un contenido “absoluto” de los derechos en forma de garantía de su “contenido esencial”. La propia Constitución que es norma, al margen de las leyes orgánicas y ordinarias también regula el ejercicio de los derechos y libertades. “La garantía se enmarca en el contexto de una garantía constitucional y normativa ya suscitada, como es la reserva de ley de las normas de regulación de un derecho”. En este caso, el destinatario

546 P. Cruz Villalón y J. Pardo Falcón, *op. cit.*



es el asambleísta (o legislador), quien encuentra un límite<sup>547</sup> insalvable a su libertad para configurar el contenido esencial de los derechos constitucionales.

Desde esta perspectiva, todos los operadores jurídicos son responsables de la garantía y tutela de los derechos, pero la Corte Constitucional<sup>548</sup> es la última instancia de garantía y tutela de los derechos, tanto en línea de principio, como caso por caso.<sup>549</sup> Es el Tribunal especializado para el control, interpretación constitucional y administración de justicia (CRE, art. 429), institución que dispone de todo el poder para hacer prevalecer la tutela constitucional y ejercicio de los derechos colectivos, y de todos los derechos, que además son inalienables, irrenunciables e indivisibles y de igual jerarquía conforme lo prescribe el art. 11, num. 6 de la Constitución ecuatoriana.

La garantía del “contenido esencial” también puede dar lugar a equívocos, en la medida en que permite pensar en la existencia de dos tipos de contenidos posibles de un derecho, un contenido necesario o absoluto, y un contenido eventual o relativo.<sup>550</sup> En tales condiciones aparecen dos zonas en la estructura de los derechos: una zona resistente al legislador, y otra vinculante solo para los restantes poderes públicos.<sup>551</sup>

547 Riccardo Guastini, “La Constitución como límite a la actividad legislativa”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 5, No. 8, 2000, p. 241: “La Constitución puede imponer a la legislación dos tipos de límites: límites formales (o procedimentales) y límites materiales (o sustantivos). 1. *Límites formales*: mediante normas que disciplinan el procedimiento de formación de la ley, de manera que el órgano legislativo no puede legislar si no es en conformidad con el procedimiento establecido por la Constitución. 2. *Límites materiales*: mediante normas que vinculan el contenido de las leyes futuras, de manera que se prohíbe al legislador la aprobación de leyes que tengan un determinado contenido”.

548 Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2008, p. 155. La CC se convierte en la máxima instancia del poder jurisdiccional, a cuya jurisprudencia se sujetan todos los operadores jurídicos. El precedente jurisprudencial es una técnica indispensable para el mantenimiento de la coherencia de los sistemas jurídicos. “El precio habría sido el desplazamiento de la ley, por el de la jurisprudencia constitucional, del lugar de fuente prioritaria del derecho”.

549 P. Cruz Villalón y J. Pardo Falcón, *op. cit.*

550 *Ibid.*, 2000.

551 Apud Palomeque López, citado en Humberto Villasmil Prieto, *Estudios del derecho del trabajo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 108, en <www.books.google.com.ec/books?> Consulta: 22 de julio de 2012. Por ejemplo: el reconocimiento o creación –por norma legal o, incluso reglamentaria– de un medio de acción asociativa, adicional a los mínimos indispensables, impide alegar que afecten al contenido esencial de la libertad de asociación; pero los derechos constitucionales se integran no solo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, pero no afectar al contenido esencial de los derechos.

El sentido último del llamado contenido adicional o eventual de los derechos humanos fundamentales, como parte del derecho mismo, no es sino el de posibilitar su garantía frente a la Administración o a los Tribunales conforme lo dispuesto en el Título III, Capítulo tercero, en general, y en la sección 2a., art. 88, a través de la Acción de protección.

## Los derechos colectivos indígenas al territorio y a la autodeterminación en la Constitución de 2008

### *Derecho de los pueblos indígenas al territorio*

Los justificativos morales, históricos y políticos que esgrimen los pueblos indígenas para argumentar la defensa de los “derechos territoriales indígenas” han sido elucidados a lo largo de esta investigación, sin embargo, queda examinar ciertos aspectos específicos de los artículos constitucionales pertinentes.

**Cuadro 10. Derechos colectivos de los pueblos en aislamiento  
CRE, art. 57**

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.
21. [...]. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley [...].

El derecho al territorio consta en la CRE, Título II, capítulo IV, art. 56 al 60; específicamente, el art. 57 prescribe: Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los derechos colectivos num. 4, 5, 11 y 21. Como se señala en el cuadro 10.



## *Derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación*

La autodeterminación es un concepto polifacético que puede ser visto como resistencia, utopía, práctica o como derecho formal. Es una demanda cada vez más explícita en torno al concepto –territorio cultural y ancestral– y la aplicación de sistemas de justicia indígena. Gregor Barié sostiene que: “las diferentes formas de resistencia y desobediencia de los indígenas frente al régimen colonial, se suelen interpretar y entender como una reivindicación de las autonomías”.<sup>552</sup> lidh (2003) sostiene que [...] las sublevaciones indígenas se suceden a lo largo de la Colonia, en la etapa independentista e incluso en la República temprana y [...] tienen como objetivo central la recuperación de las tierras ancestrales y la restitución de las antiguas formas de vida indígena”.<sup>553</sup>

Como se puede apreciar, este derecho es inherente al derecho al territorio y el legislador (asambleísta) ecuatoriano así lo asume, por ello es que la CRE, art. 57, num. 9, establece: “Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”.

El término autodeterminación alcanza mayor consistencia política en el contexto de la conmemoración de los 500 años de la invasión y conquista violenta de Abya-Yala, y en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. El Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios realizado en Quito, en julio de 1990, proclama: “Ratificamos nuestro proyecto político de autodeterminación y conquista de nuestra autonomía, en el marco de los Estados nacionales, bajo un nuevo orden popular”. Las consecuencias jurídicas de este proceso son que los pueblos pueden accionar legalmente, demandando la autodeterminación, porque es un derecho colectivo fundamental, justiciable.<sup>554</sup> El art. 57, num. 21 (ver cuadro 10).

552 Cletus Gregor Barié, “El debate sobre las autonomías en la legislación internacional: Experiencias prácticas”, en Rafael Sevilla y Juliana Ströbele-Gregor, edit., *Pueblos indígenas: Derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad*, Madrid, IWGIA / Agencia Española de Cooperación Internacional / Horlemann, 2008, p. 41.

553 *Ibid.* p. 41.

554 La autodeterminación política y cultural compatible con la soberanía estatal fue prescrita en el Convenio 169 de la OIT, y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Su contenido se fortaleció en lo político, para crear un Movimiento Indígena Continental y en alianza solidaria con otras fuerzas enfrentar las políticas neoliberales; en lo económico, para fortalecer las economías locales y consoli-

Un aspecto de fondo respecto a los pueblos indígenas libres radica en que no pueden ser contactados por agentes externos a ellos, y el Estado se responsabiliza de su integridad y supervivencia en las condiciones que ellos deseen. La violación de esos derechos constituye delito de etnocidio.

Relacionando la autodeterminación con las circunscripciones territoriales indígenas, el art. 257 establece que: “En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos”.

Esta prescripción constitucional aparentemente no atenta a la categoría territorio indígena ni excluye la autodeterminación, mejor dicho, no la niega. Pero subordina el territorio indígena a otra jurisdicción político-administrativa directamente sometida a la vigilancia y control del Estado. El Estado a través de la CTI extiende las formas de poder que subyugan la estructura sociopolítica o territorio ancestral, dando lugar a una forma de colonialidad que termina subsumiendo al territorio en el dominio y racionalidad jurídico-política estatal. Sin autodeterminación se torna imposible la vigencia de los principios de equidad, integralidad, reciprocidad y solidaridad, y mucho menos del *sumak kawsay*; sin autodeterminación se perenniza la injusticia cultural, la injusticia distributiva y la inaplicabilidad eficaz de los sistemas jurídicos y de justicia indígenas.

## **Ejercicio de los derechos indígenas al territorio y autodeterminación**

La constitucionalización de estos derechos es el resultado de una lucha que va más allá de lo étnico, articulando visiones utópicas de amplios segmentos de la población, consolidando alianzas con sectores sociales no indígenas que coadyuvan a la construcción del Estado plurinacional y tutela judicial efectiva de los derechos humanos colectivos.

---

dar las economías nacionales frente a las reformas neoliberales, promoviendo programas que permitan afianzar la autodeterminación de los pueblos, incluyendo la seguridad alimentaria. Producto de las acciones emancipatorias indígenas, el preámbulo de la Constitución ecuatoriana prescribe construir: “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*. Una sociedad que respeta en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades [...]”.



Los destinatarios y titulares de estos derechos garantizados en la Constitución e instrumentos internacionales son los pueblos, nacionalidades y colectivos; los ejercen frente al Estado que ha sido considerado como el “enemigo natural” de los derechos humanos fundamentales y es quien puede incumplirlos por omisión, como resultado de su propia acción o por razones de índole política, aduciendo defender el interés general, el bien común o la razón de Estado.

La demanda por violación de los derechos colectivos indígena se canaliza en el marco de un proceso previamente establecido en el ordenamiento interno, y concluye con un fallo judicial. Si la sentencia no satisface las pretensiones del actor, este puede acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que es la instancia que aboca conocimiento del caso, lo analiza y califica, y de considerarlo procedente lo tramita ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La titularidad de los derechos colectivos indígenas consta en el art. 57 y ss. de la CRE; su ejercicio es atributo exclusivo de los pueblos indígenas a través de sus legítimos representantes o autoridades indígenas, y la reivindicación de estos derechos por su incumplimiento no da lugar a trámite legal si la demanda es interpuesta a título individual.

La autoridad competente para abocar conocimiento de una causa es el operador jurídico judicial y de maneara privilegiada la Corte Constitucional, puede ser accionada por la parte actora de manera directa o con auspicio de la Defensoría del Pueblo, si así lo decide aquella. En este sentido, la CRE, art. 11, num. 9 determina que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. Es decir, los derechos son fuentes de obligaciones para los poderes públicos, sea en forma de prohibiciones de actuar, o mandatos de abstenerse (las clásicas formas de inviolabilidad), ya en forma de actuaciones positivas (tutela judicial), o como modos de actuar (principio de igualdad o prohibición de discriminación).

Los derechos obligan a los poderes públicos y a las personas naturales o particulares a cumplir con las aspiraciones de los destinatarios de los derechos, tal cual prescribe la CRE, art. 3, num. 1 y 6, que es obligación del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización.

### **Limitaciones a los derechos indígenas al territorio y a la autodeterminación**

La CRE de 2008 otorga a los pueblos indígenas el derecho al territorio, lo hace en el marco de ciertas adecuaciones que dejan intacta la estructura sociopolítica nacional. Por ejemplo, el art. 57, num. 9 y 10 establece el derecho a: “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral [...] crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.

En este sentido y en lo que tiene relación al uso, manejo y control de espacios territoriales, la conceptualización y usos discursivos e instrumentales de la geografía, de hecho forman parte de las propuestas y visiones que desde el poder se han impuesto a los pueblos indígenas.<sup>555</sup> Es lo que se puede advertir en la forma y en el fondo de la Constitución de 2008, art. 242, cuando por un lado deja abierta la posibilidad de constituir regímenes especiales por “razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población”.

Por otro lado, conforme a la CRE, art. 257, se restringe el alcance de los derechos cuando pasa por alto los regímenes territoriales ancestrales realmente existentes y condiciona su reconocimiento, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos a nivel de parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas.

Respecto a la autodeterminación, con su reconocimiento se busca establecer una nueva categoría de la organización político-territorial del Ecuador, con el doble objetivo de constituir entidades regionales, dentro de un determinado espacio territorial (que agrupen a varios gobiernos locales si es necesario), y se acceda a la autonomía con plenitud de competencias y atribuciones [...]. Los pueblos indígenas no han planteado anular la estructura

555 P. Ortiz Tirado, “Dilemas y desafíos de la autonomía territorial indígena en Latinoamérica”, en P. Ortiz Tirado y A. Chirif, ¿Podemos ser autónomos?..., p. 76.



orgánica y político-administrativa del Estado, sino, establecer una categoría y entidad nueva que permita resolver los problemas históricamente acumulados, por ejemplo: reconociendo la figura del autogobierno, basado en el principio de la autodeterminación y en el ejercicio de autogobiernos territoriales, tratando de que estos sean compatibles con la organización autonómica y descentralizada de los gobiernos locales (municipios), y al mismo tiempo con el régimen unitario del Estado plurinacional.

Pero sucede que el Estado no transfiere las competencias públicas a las autoridades indígenas, sin que previamente se constituyan las Circunscripciones Territoriales Indígenas, o las instancias político-administrativas a las cuales el Estado entrega recursos económicos y realiza un control administrativo, fiscal y político, que limita y obstruye la autodeterminación, manteniendo la naturaleza de las relaciones históricas de subordinación de los pueblos indígenas y el carácter político dominante del régimen político del Estado.

Con relación a la descentralización del poder, no de aquella mediante la cual el Estado pretende hacer más efectivo el control gubernamental; sino de una que pasa por la edificación de formas paralegales del ejercicio del poder, diferente a los órganos de gobierno, donde los pueblos indígenas puedan fortalecerse, tomar sus decisiones y decidir libremente su futuro. Pero ello implica cambiar los contenidos que rigen las relaciones de los pueblos indígenas con los poderes económicos, religiosos y políticos institucionalizados. No tiene sentido construir un poder si tiene que ejecutarse en las mismas condiciones del poder que combaten. En definitiva, las CTI son una limitación a la autodeterminación indígena, porque sobre las CTI recae el poder de dominación y de control del Estado, cuyo carácter neutral ya ha sido desmitificado.<sup>556</sup>

## **Claves constitucionales importantes para hacer efectivos los derechos al territorio y a la autodeterminación**

La plurinacionalidad: el carácter plurinacional del Estado significa el reconocimiento constitucional de que el Ecuador está conformado por varias nacionalidades y pueblos. Por tanto, toda la institucionalidad estatal debe re-

556 Francisco López B., *Autonomía y derechos indígenas en México*, México DF, Coyoacán, 2005, p. 135.

flejar este principio. La plurinacionalidad no solo significa el reconocimiento de la diversidad, su contenido de fondo es democratizar el Estado y desechando la institucionalidad construida desde la visión colonial, uninacional, vertical, discriminatoria y homogeneizadora.

El Estado plurinacional es la alternativa al Estado-nación. La plurinacionalidad e interculturalidad son términos concomitantes y ello implica que toda institución estatal debe cambiar su política unicultural, hacia una que promueva la interculturalidad.

La plurinacionalidad implica enfrentar la desconexión entre la enunciación de los derechos y el sistema político y económico, implica que el Estado debe acoger el sistema político e institucionalidad de los pueblos y nacionalidades, separando al Estado del gobierno de turno y otorgando contenidos diferentes al sistema de representación, de tal manera que se expresen las formas democráticas de los pueblos y nacionalidades.<sup>557</sup>

Sumak kawsay (buen vivir): la CRE de 2008 reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano, libre de contaminación y con equilibrio ecológico para garantizar el buen vivir, y los pueblos indígenas sostienen que para el ejercicio del sumak kawsay es indispensable el respeto de los derechos colectivos prescritos en instrumentos internacionales de derechos humanos fundamentales.

La preocupación es que el sumak kawsay aparece desconectado de la conformación del poder en el sistema político; y desconectado también de la estructura de la producción, de la distribución y el consumo. En tales condiciones aparece como un recurso de la retórica política, antes que uno para satisfacer las expectativas de los pueblos.

Consulta previa, libre e informada: la CRE de 2008 reconoce explícitamente como titulares de derechos a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; y el art. 398 prescribe que:

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

557 Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), *Los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos del Ecuador*, Quito, CONAIE, 2009, p. 94.



El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

De este artículo se desprende que será el Estado quien consulte y no las empresas nacionales o transnacionales; y la consulta, la participación y la valoración del criterio de la comunidad serán reguladas con base en una ley. El Estado valorará los criterios de la comunidad de acuerdo a la Constitución, a la ley e instrumentos internacionales suscritos por el Estado.

En caso de oponerse la comunidad consultada, resolverán el conflicto las entidades administrativas del Estado, es decir, es el gobierno quien decide en última instancia. De ello se infiere que no hay un avance cualitativo del derecho a la consulta, sino solo una mayor complejización semántica que debilita el principio. Lo de fondo es que la Constitución no reconoce el “consentimiento” previo, libre e informado, con derecho al veto, y ello implica un escollo para la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Administración de justicia: la CRE de 2008 determina que las nacionalidades y pueblos indígenas pueden ejercer sus derechos consuetudinarios en sus respectivas comunidades, ejercer la justicia indígena de acuerdo a sus costumbres sin contradecir los derechos garantizados en la Constitución y otros instrumentos jurídicos. Por tanto la administración de justicia indígena debe ser respetada por el sistema ordinario. Las leyes que se elaboren en el futuro deben armonizar y/o articular los sistemas de justicia de acuerdo con el reconocimiento constitucional de la pluralidad jurídica y con la participación de los pueblos y nacionalidades.

Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

El artículo mencionado no deja dudas respecto a cómo se concreta la administración de justicia en los territorios ancestrales, la dificultad más visible es la incompatibilidad de lógicas y racionalidades jurídicas para la determinación de los tipos legales y de las técnicas procedimentales para la aplicación de una sanción, particularmente en materia penal. Por un lado, si se superara la incompatibilidad el riesgo inminente es la subsunción del ordenamiento indígena en el positivismo jurídico; por otra, el debilitamiento de la institucionalidad indígena y la inviabilidad de la autodeterminación; todo esto implicaría la violación de bienes jurídicos colectivos protegidos y por ende la ruptura del orden constitucional.

### **La garantía de los “derechos territoriales” a nivel jurisdiccional**

En la década de los 80 en América Latina concurren tres factores importantes que evidencian la problemática indígena en torno a redefinir la cuestión étnico-nacional: la emergencia de los pueblos indígenas, la reforma del Estado y la incidencia de la comunidad internacional para la generación de nuevos estándares jurídico-políticos de relacionamiento, lo que implica varios tipos de dinámicas interconectadas:

**Cuadro 11. Dinámicas del movimiento indígena**

a)	La construcción de una plataforma de lucha que se expresa como una reivindicación de derechos, incluyendo la modificación de la constitucionalidad del Estado, el reconocimiento de un sistema legal y jurisdiccional propio de cada pueblo indígena.
b)	La reforma del Estado entendida como la innovación del marco constitucional y legal, la transferencia de funciones y competencias a las entidades locales y al sector no gubernamental, además de la modernización del sistema de administración de justicia que incluye la reforma de la normativa penal adjetiva y sustantiva.
c)	El reconocimiento de los derechos colectivos y la ampliación de cobertura de los derechos humanos; descentralización y transferencia de competencias para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales, y suscripción de convenios internacionales pertinentes impulsados por el sistema de Naciones Unidas y sus instituciones.

La complejidad de las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas, en una etapa en la cual la disputa de derechos genera mayor tensión en el plano normativo y político, da lugar a la llamada “juridización de lo indí-



gena”, y que es producto de la *lucha emancipatoria* iniciada en 1990 y 1992 en Bolivia y Ecuador respectivamente, a partir de sendos levantamientos que connotan la disputa de poder (de la autoridad) en el campo electoral, y la urgencia de dirimir la confrontación entre la normatividad formal (institucional) y los procedimientos comunitarios de control social con base en el ordenamiento de usos y costumbres; esto implica un nuevo orden jurídico y jurisdiccional, y respuestas estatales. Tómese en cuenta que en la década de 1990:

El acceso de los pueblos indígenas a la justicia permanece como el déficit más notable del sistema. En términos generales, los progresos en el campo de la impartición de justicia resultan insuficientes para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y el acceso al servicio por parte de personas pertenecientes a estos pueblos. Si bien varios países adoptaron en la última década del siglo XX reformas constitucionales que reconocen la diversidad étnica y el plurilingüismo, solamente algunas de ellas incluyeron la pertinencia del derecho consuetudinario o los usos y costumbres como recurso alternativo para resolver conflictos, un número menor atribuye funciones parajudiciales a las autoridades comunitarias, y únicamente dos constituciones recogen claramente la posibilidad de la coexistencia de una jurisdicción especial indígena.<sup>558</sup>

La referencia anterior tiene sentido para enfatizar que los derechos al territorio y autodeterminación son concomitantes a la demanda de reconocimiento del derecho consuetudinario; pero asume una dimensión política hegemónica cuando se plantea la redefinición del Estado y la transformación de las relaciones de poder. Entonces el discurso indígena se torna relevante, porque le impregna un sentido histórico al discurso político “nacional” y el movimiento establece la agenda política en condición de interpelante legítimo del poder y del Estado.

Más aún, los derechos de carácter sectorial pasan a constituir solo un vector de la estrategia política plurinacional y que expresan los “derechos territoriales indígenas”. Estos no se agotan en el escenario local y son un instrumento para enfrentar la escalada neoliberal desde una perspectiva sociocultural.

558 Diego Iturralde, “Entre la ley y la costumbre veinte años después: Evaluar las normas y sistematizar las prácticas”, en Laura Giraudó, edit., *Derechos costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, CEPC, 2008, p. 64.

## Transferencia de competencias para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales

La transferencia tiene relevancia política a través del proceso de emancipación y de las acciones colectivas de los pueblos en su nuevo rol de actores políticos, que les ha ubicado como los legítimos interpelantes del poder y del Estado; y tiene mayor relación a los denominados “derechos territoriales indígenas”.

**Cuadro 12. Derechos colectivos respecto a la identidad, territorio, autodeterminación y derechos económicos (desde el enfoque de los derechos territoriales indígenas)**

<b>Identidad</b>
a) Reconocimiento de la identidad colectiva.
b) Afirmación legal del pluralismo nacional.
c) No prohibición del ejercicio público de las prácticas espirituales indígenas.
d) Reconocimiento del concepto identidad como criterio censal.
<b>Territorios</b>
a) Reconocimiento de la propiedad sobre los territorios que históricamente han ocupado.
b) Declaración expresa de las características que asigna el Estado a los territorios indígenas.
c) Existencia de normas especiales que garanticen la participación en la demarcación y delimitación de sus territorios.
d) Prohibición de desplazamientos forzosos sin causas justificadas.
<b>(Autodeterminación) Autonomía y libre determinación</b>
a) Reconocimiento de la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas.
b) Existencia del reconocimiento de la forma de organización social indígena.
c) Mecanismos para el reconocimiento estatal de las autoridades indígenas tradicionales.
d) Protección jurídica de las formas de economía tradicional.
<b>Derechos económicos</b>
a) Establecimiento de formas específicas de integración del patrimonio indígena.
b) Establecimiento y / o delimitación de las formas de tenencia de la tierras que se atribuyen a los grupos indígenas.
c) Existencia de normas especiales de derecho laboral para la protección de grupos indígenas (no discriminación y derecho de asociación).



d) Mecanismos para garantizar los derechos de seguridad social de los indígenas.
e) Desarrollo de programas especiales de apoyo económico para los indígenas.

Fuente: D. Iturralde, "Entre la ley...", p. 82-84. Adaptación propia.

De los enunciados anteriormente, también son importantes los derechos relacionados a la cultura, pueblos indígenas de frontera, medio ambiente y hábitat, recursos naturales, jurisdicción indígena, garantías procesales, participación política y órganos indígenas, regímenes especiales (militar-civil), educación, salud, mujeres indígenas, etc.; y varían de acuerdo al enfoque asumido por cada institución internacional, Estado o pueblos indígenas, pero expresan un estándar que se ha venido configurando en los últimos 25 años.

No obstante, la demanda solo expresa una parte de las reales necesidades indígenas y la CONAIE ha puesto énfasis en la redefinición del Estado, la transformación de las relaciones de poder y el cambio del modelo de desarrollo para enfrentar la injusticia cultural y la injusticia distributiva.

La transferencia de competencias para el ejercicio de poder indígena en los territorios ancestrales y ejercicio real del derecho de usos y costumbres continúan pendientes, no es eficaz (la eficacia entendida en términos de Bobbio)<sup>559</sup> por falta de voluntad política para concretarla, por el cálculo político de las élites que ejercen el poder y su temor a que el ejercicio del poder en los territorios ancestrales signifique el debilitamiento de los poderes omnímodos.

La transferencia de competencias por parte del Estado es el mecanismo para que fluya la autodeterminación indígena, dichas competencias deben ser explícitas, taxativas y correspondientes al contenido esencial de las variables definidas por el corpus político de los "derechos colectivos indígenas". Desde el enfoque de estos derechos, los elementos ineludibles de las competencias a transferirse son económicos, administrativos, tecnológicos y de poder (como una unidad); si no hay transferencia de poder, no hay autodeterminación para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales.

559 N. Bobbio, *Teoría general...*, p. 25: "la eficacia lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico".

El proceso para la transferencia de competencias implica cumplir con los arreglos institucionales en torno a un marco jurídico de democracia constitucional, de interculturalidad, de acceso y manejo de recursos naturales y de equidad, como dispositivos que coadyuven al real empoderamiento de los pueblos. Pero precisamente dicho empoderamiento y la subsunción del Estado en lo colectivo son el escollo que los poderes fácticos esgrimen para negar la autodeterminación.

El otro obstáculo no resuelto es la confrontación entre la nueva normativa que proponen los pueblos originarios (ley de aguas, ley agraria, ley de tierras) y las repuestas por parte del Estado y el polo hegemónico. En este sentido, conforme lo sugiere Trujillo,<sup>560</sup> es indispensable romper exclusas de conciencia y asimilar en serio las prescripciones constitucionales relativas a los derechos y a la coexistencia del derecho estatal de la familia romano germánica, y del derecho propio de las nacionalidades indígenas, en consecuencia, la gran controversia está en cómo rige el pluralismo jurídico en los territorios ancestrales, y cómo la autodeterminación permitirá superar la tensión entre el ordenamiento formal con el de usos y costumbres. Desde el punto de vista pluralista:

la vigencia efectiva, dentro del territorio del Ecuador, de varios sistema normativos mediante los cuales las diversas comunidades humanas que cohabitan en él buscan construir el futuro común en colaboración pacífica y de respeto mutuo [...] los sistemas normativos de las naciones indígenas del Ecuador no participan, ni tienen porque participar, de los conceptos, categorías y clasificaciones del ordenamiento jurídico oficial del Estado; así, por ejemplo, no hemos de encontrar los conceptos de ley, reglamento, estatuto, delito, pena, etc., tampoco les es conocida la discutida categoría de derechos subjetivos, o también la discutida clasificación del derecho público, derecho privado o derecho social, etcétera.<sup>561</sup>

Bajo esta perspectiva la transferencia de competencias para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales implica consolidar el ordenamiento originario, cuyas resoluciones no pueden no ser admitidas por ningún otro. Los pueblos y nacionalidades tienen principios ético-normativos que sustentan su conducta sociocultural y la autodeterminación expresa el contenido esencial de esos principios.

560 Julio César Trujillo, "Justicia indígena...", p. 267.

561 *Ibid.*, p. 267-268.



De acuerdo con Trujillo, un tercer elemento controversial en torno a la autodeterminación radica en el control y manejo de los recursos naturales y en particular los no renovables. Es quizá este el elemento obstructor clave, considerando que el principio del sistema jurídico indígena cushicuy, manda que el uso de los recursos naturales para satisfacer las necesidades humanas no puede pasar del volumen, calidad y formas que rebasen las compatibles con su conservación y/o los necesarios para que la naturaleza, ayudada o no del ser humano, pueda recuperarlos o sustituirlos.<sup>562</sup> “Esta concepción de cómo usar los recursos naturales es fuente de conflicto, no fácil de resolver, entre los indígenas, el Estado y los mestizos animados de espíritu depredador y mercantilista”.<sup>563</sup>

En efecto, el Estado ecuatoriano por un lado tiende a fortalecer la extracción y por otro la conservación. El justificativo moral para fomentar la extracción es la justicia social, o satisfacción de la demanda creciente de necesidades de la sociedad mestiza e indígena, en términos específicos el “bien común” o “interés general”. Respecto a impulsar la conservación, el argumento es que el equilibrio ecológico no puede ser sacrificado por otro y más aún cuando el Estado constitucional de derechos ha reconocido a la naturaleza como sujeto de derechos, CRE, art. 10, num. 2; y en los art. 71, 72 y 73 prescribe los derechos de la naturaleza, el derecho a la restauración y las medidas de precaución y restricción, respectivamente.

Estas condiciones complejizan la concreción de la autodeterminación, vista por el polo hegemónico como dispositivo de resistencia a la explotación de recursos naturales y por ende a objetivos de la acumulación capitalista. Esta complejidad es mayormente visible a nivel de los pueblos indígenas que viven en la Región amazónica, de cuyo subsuelo se extraen hidrocarburos y minerales a gran escala.

## **Los derechos colectivos indígenas: desafíos pendientes**

Una forma de medir los avances y desafíos pendientes en materia de derechos colectivos indígenas consiste en mostrar estadística y porcentualmente, a) el desarrollo normativo y aplicación normativa en los diferentes ámbitos (penal, civil, administrativo), a fin de evidenciar los cambios relacionadas a los derechos y justicia indígena y en el marco de las demandas planteadas por

562 *Ibid.* p. 269.

563 *Ibid.*

los distintos pueblos. Un primer esfuerzo constituyen los estudios realizados por Roldán (2005),<sup>564</sup> Bengoa (2003), Hopenhayn y Bello (2001), y el de Iturralde (2008), que muestra el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en varias dimensiones: campo; tanto por ciento (%) de indicadores cubiertos; porcentaje de indicadores cualitativos cubiertos por la legislación nacional; y la legislación y jurisprudencia indígena en porcentaje por país.

Desde este enfoque se trata de entender que los derechos y la justicia indígena a nivel de los dos frentes –la jurisdicción nacional y la jurisdicción indígena– demandan requisitos constitucionales previos y que hasta la actualidad no se han concretado plenamente y son deficitarios, entre otros: el reconocimiento de la naturaleza pública de las entidades indígenas, las competencias de las autoridades, un régimen territorial suficientemente amplio y claramente delimitado y un catálogo de derechos específicos que dote de legalidad y enmarque los alcances de sus costumbres, todo lo cual resulta constitutivo de un régimen de autonomías<sup>565</sup> y autodeterminación aún pendiente debido a que los cambios en el nivel normativo e institucional son lentos y dispersos,<sup>566</sup> y fundamentalmente por la falta de voluntad política para respaldar su concreción.

Iturralde presenta un resumen del reconocimiento constitucional de derechos indígenas por campo, ya desarrollado por el BID en el Banco de legislación indígena.<sup>567</sup> En el caso ecuatoriano, la legalización de la tenencia de la tierra, la demarcación de los territorios adjudicados es una tarea inconclusa, y lo que no se puede soslayar es la ausencia de la contienda política, de los siona, secoya, andoa, záparos y clanes tagaeri y taromenani.<sup>568</sup>

564 R. Roldán, *Manual...*; Banco Interamericano de Desarrollo (BID), *Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena*, Washington DC, BID, 2006; J. Bengoa, *Relaciones...*; M. Hopenhayn y Á. Bello, *op. cit.*

565 D. Iturralde, "Entre la ley...", p. 66.

566 Rodolfo Stavenhagen, "Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas". ONU A/HRC/4/32, <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/annual/2007-annual-hrc-a-hrc-4-32-sp.pdf>> 27 de febrero de 2007, 27 de febrero de 2007, sobre tendencias y desafíos que han afectado la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas durante los últimos seis años [...], en <[www.ohce.hr.org/SP/Pages/WelcomesPage.aspx](http://www.ohce.hr.org/SP/Pages/WelcomesPage.aspx)>. Consulta: 13 de julio de 2013. En D. Iturralde, "Entre la ley...", p. 67.

567 BID, *Banco de datos de legislación indígena*, en <[www.iadb.org/SDS/IND/ley/leyn/datama-p.cfm](http://www.iadb.org/SDS/IND/ley/leyn/datama-p.cfm)>. Consulta: 13 de julio de 2012.

568 En el presente capítulo está previsto desarrollar un estudio de caso con respecto al territorio del pueblo huaorani y las complicaciones legales que genera la superposición de categorías físico-espaciales y administrativas que inciden sobre aquel.

Cuadro 13. Reconocimiento constitucional de derechos indígenas, por campo y según los países en América Latina (elementos para el análisis)

Conjunto de derechos	Argentina	Bolivia	Brasil	Chile	Colombia	Costa Rica	Ecuador	El Salvador	Guatemala	Honduras	México	Nicaragua	Panamá	Paraguay	Perú	Uruguay	Venezuela
Diversidad cultural																	
Identidad																	
Territorios																	
Jurisdicción Indígena																	
Autonomía y libre determinación																	
Medio ambiente																	
Recursos naturales																	
Impacto de proyectos de desarrollo																	
Participación																	
Idioma																	
Salud																	
Educación																	
Derechos económicos																	
Régimen militar																	
Registro civil																	
Patrimonio cultural																	
Libertad de culto y espiritual																	
Mujeres indígenas																	
Derecho de familia																	
Pueblos indígenas de frontera																	
Órganos de política indígena																	

Fuente: D. Iturralde, "Entre la ley...", 2008, p. 68.



**Cuadro 14. Indicadores cualitativos cubiertos en la legislación de cada país latinoamericano (elementos para el análisis)**

<b>Países</b>	Derechos culturales(%)	Derechos económicos, territoriales y ambientales (%)	Jurisdicción especial indígena (%)	Derechos públicos (%)	Derechos sociales (%)	Total de calidad legislativa (%)
Argentina	32	31	19	35	67	38
Belice	5	0	0	0	0	1
Bolivia	55	81	100	61	86	74
Brasil	50	62	100	35	67	59
Colombia	69	89	64	74	72	50
Costa Rica	37	64	74	74	29	75
Chile	46	58	64	48	39	56
<b>Ecuador</b>	<b>46</b>	<b>74</b>	<b>64</b>	<b>74</b>	<b>81</b>	<b>68</b>
El Salvador	10	0	0	0	0	2
Guatemala	41	12	19	14	34	24
Guyana	32	0	0	9	0	9
Honduras	10	47	0	18	5	19
México	37	35	64	48	34	41
Nicaragua	60	85	73	79	77	75
Panamá	64	66	73	48	81	66
Paraguay	55	27	91	35	20	40
Perú	55	77	82	57	77	68
Surinam	10	0	0	5	0	3
Uruguay	5	0	0	0	0	1
Venezuela	64	74	100	66	58	69

Fuente: D. Iturralde, "Entre la ley...", 2008, p. 70.



Como se puede observar, Ecuador está en la media de los países que registran el nivel más alto de inserción de los derechos indígenas a nivel Constitucional y por campos; sin embargo, debido a la adopción del Estado plurinacional, de la naturaleza como sujeto de derechos y del *sumak kawsay* como sustrato filosófico-político que rige la gestión del Estado y la conducta de todos sus asociados, Ecuador estaría a la vanguardia de los cambios políticos y sociales.

En igual forma, respecto a los indicadores cualitativos cubiertos en la legislación nacional, se registra un porcentaje intermedio que evidencia la situación crítica y deficitaria en varios de ellos, y saca a luz que la compleja relación entre la demanda indígena, las garantías constitucionales y la resolución de la justiciabilidad requiere de múltiples innovaciones en el nivel normativo, institucional y de políticas públicas pertinentes.<sup>569</sup> En esta complejidad se expresan las tensiones que genera la falta de resolución de conflictos por fuera de la jurisdicción indígena.

Más aún, la pugna de los ordenamientos formal y consuetudinario contribuye a la agudización de la crisis de gobernanza jurisdiccional y gobernabilidad política del Estado. Es decir, la tensión Estado-pueblos indígenas es una tensión que no ha sido capaz de resolver la democracia formal y tampoco la democracia constitucional.

## Desafíos pendientes en el nivel externo

El Sistema Internacional de Naciones Unidas a través de la Secretaría del Foro Permanente de Pueblos Indígenas, ha encargado preparar respuestas de indicadores relacionados con la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, expedida en 2007, en igual forma el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha considerado propuestas de indicadores de cumplimiento de los derechos contenidos en dicho instrumento; el Consejo Permanente de la OEA y la CIDH, en relación con el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), viene trabajando en el mismo sentido; y la OIT ha puesto en marcha un programa de promoción del Conve-

569 *Ibid.*, p. 71. Ver Fondo Indígena, *Estado del debate sobre los derechos de los pueblos indígenas Construyendo sociedades interculturales en América Latina y El Caribe*, La Paz, Fondo Indígena, 2011, en <[www.fondoindigena.org](http://www.fondoindigena.org)>. Consulta: 25 de febrero de 2013.

nio 169 que incluye el seguimiento a su aplicación mediante un sistema de indicadores, a este mecanismo de monitoreo se suma al examen de los informes que presentan los Estados signatarios, y se complementa con los informes alternativos que presentan organizaciones civiles sobre el cumplimiento del Convenio, únicamente a nivel de la Región Andina.

Este sistema de observación es meritorio pero no satisface las expectativas de los pueblos indígenas, por ello permanentemente han apelado al Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, a fin de que implemente programas de seguimiento a las recomendaciones que constan en los informes del Relator Especial de derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. En este sentido han actuado Rodolfo Stavenhagen y James Anaya respecto a los pueblos waorani y quichwa de Sarayacu en los últimos cinco años. En general estos mecanismos están enfocados a la identificación de violaciones de derechos y a la implementación de acciones de denuncia y de abogacía. (La CIDH en julio de 2012 sentenció a favor de la demanda planteada por el pueblo de Sarayacu).

La última iniciativa sobre el monitoreo al cumplimiento de los derechos indígenas a nivel latinoamericano la lleva el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina, por medio del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS, México), mediante un proyecto para monitorear el progreso en la protección de los derechos y el logro de su bienestar.<sup>570</sup>

El resultado final será promovido por la Asamblea General del Fondo, conformada en paridad por representantes gubernamentales e indígenas de los 23 países miembros, para implementarlo regularmente como un mecanismo oficial para la medición continua de los avances, estancamientos o retrocesos en los estándares de derechos –ahora plasmados en la “Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”– y como un instrumento para identificar obstáculos, oportunidades y buenas prácticas en el desarrollo de medidas legales, políticas y administrativas en ese campo.<sup>571</sup>

La novedad del mecanismo mencionado radica en el enfoque de investigación para comparar a lo largo del tiempo, el nivel de cumplimiento de los compromisos de los Estados en materia de derechos de los pue-

570 D. Iturralde, “Entre la ley...”, p. 74.

571 *Ibid.*, p. 74-75.



blos indígenas a partir del criterio de su logro progresivo, y para valorar si se producen o no avances concretos en su realización, a partir de los estándares expresados en la normativa internacional y adoptados por los países mediante la ratificación de los instrumentos convencionales, y considerando las aspiraciones planteadas por los propios pueblos, en los programas elaborados por sus organizaciones. Lo de fondo, conforme lo expresa Iturralde: “es un enfoque de progreso que pretende determinar en qué medida los esfuerzos de la sociedad civil, del Estado y de la comunidad internacional están consiguiendo el objetivo común de lograr el imperio de la democracia y del Estado de derecho”.<sup>572</sup>

Uno de los desafíos más controversiales es el que tiene relación al derecho internacional, ya como disciplina, o como instrumento coadyuvante para lograr la convivencia pacífica, la cooperación y solidaridad internacional. Porque desde el punto de vista jurídico el Derecho Internacional no dispone de capacidad coercitiva y este es el principal óbice para su eficacia. Si bien es cierto los instrumentos internacionales ratificados tienen el carácter formal de una norma jurídica interna, en la práctica no alcanzan por sí mismos a constituir derechos, sino meras expectativas o promesas, al margen de que la expresión de voluntad está sujeta a un procedimiento riguroso: firma del tratado por el Poder Ejecutivo, la ratificación del mismo por parte del Poder Legislativo y el depósito del instrumento de ratificación.

Además, la adhesión a una declaración internacional vincula políticamente las acciones y estrategias del Estado, y ello implica su participación en la preparación y discusión y voto emitido en el organismo internacional que la adopta. En materia indígena en particular, la voluntad gubernamental se refleja en distintos actos administrativos del Estado, tales como la inclusión en el Plan nacional de desarrollo o de gobierno, la asignación presupuestaria correspondiente y su ubicación en el presupuesto general del Estado, a fin de que tenga carácter obligatorio y pueda ser exigido por la parte interesada.

Otro aspecto crucial que tiene relación a la implementación de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales, es su correspondencia con el ordenamiento interno y que comprende las normas constitucionales, las leyes ordinarias y orgánicas y el derecho de usos y costumbres de los propios pueblos indígenas.

572 *Ibid.*, p. 75.

Este aspecto de la implementación de los derechos está relacionado al cumplimiento efectivo de las normas mediante actos de gobierno que crean las condiciones objetivas para que estos puedan ser ejercidos y reclamados, por ejemplo: examinar sentencias judiciales, suficiencia institucional, existencia de programas y medidas administrativas que tengan alcances como los siguientes: jurisprudencia, sentencias y resoluciones judiciales que pongan fin a una controversia en la que estén en juego derechos indígenas; institucionalidad suficiente para la protección de los derechos indígenas; resolución de controversias a través de medios alternativos, tales como mediación y arbitraje o resoluciones administrativas que involucren en sí mismas derechos humanos y derechos colectivos indígenas; finalmente, para la implementación de los derechos indígenas el Estado habrá de diseñar programas de desarrollo, que por su contenido específico coadyuven a la libre determinación de los pueblos indígenas conforme a su cosmovisión.<sup>573</sup>

573 En el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas es crucial el ejercicio pleno del derecho de usos y costumbres, o sistema de normas que regulan la vida social de estos pueblos, y a la vez que constituye un instrumento para su funcionamiento, también lo es para su transformación. “El sistema jurídico autóctono contenido en las reglas de juego de la estructura social y su funcionamiento, se expresa de manera directa en las prácticas sociales a manera de costumbre y ordena tales normas en lo que se conoce como derecho consuetudinario”. (Diego Iturralde, “Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina, Logros, límites y perspectivas”, <[www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/)>). Consulta: 25 de febrero de 2013. Este sistema es el que organiza las relaciones constitutivas de la comunidad y regula los sistemas de distribución del poder, ejercicio de la autoridad y la solución de conflictos o controversias que se dan entre los miembros de la comunidad. Se rige por principios generalmente aceptados como la reciprocidad, la equidad, respecto a los cuales la costumbre les asigna ciertos niveles de formalidad jurídica. Estos y otros principios constituyen la base del denominado sistema jurídico indígena



## CONCLUSIONES

Las acciones emancipatorias indígenas responden a un proceso de etno-génesis o fortalecimiento etno-identitario que choca con la exclusión promovida por el (des)orden establecido, y la constitucionalización de los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación es parte del proceso de construcción del Estado constitucional de derechos, plurinacional.

La constitucionalización de tales derechos es producto de una decisión política nutrida de los valores de la democracia comunitaria indígena, en la que los límites al “principio de mayoría” están dados por la moral de la mayoría comunitaria y no meramente parlamentaria. En consecuencia la constitucionalización de los derechos colectivos indígenas quedan en la “esfera de lo no decidible” por parte del legislador asambleario.

El movimiento indígena ecuatoriano es un nuevo actor político y legítimo interpelante del poder y del Estado. Su aval moral le asiste de legitimidad para exigir que se revierta la exclusión de la que centenariamente han sido objeto los pueblos originarios. Su nuevo rol fortalece el “constitucionalismo comunitario indígena” como base del Estado constitucional de derechos; no solo por los procedimientos de deliberación participativos para decidir los contenidos de los derechos humanos fundamentales, sino para decidir el futuro del país.

El Estado constitucional de derechos plurinacional; la naturaleza como sujetos de derechos, los pueblos indígenas como titulares de derechos humanos fundamentales,<sup>574</sup> los derechos territoriales; el *sumak kawsay*, la

574 R. Llasag Fernández, “Derechos colectivos...”. Sustenta en que: “El reconocimiento como sujetos de derechos a los pueblos indígenas o nacionalidades, implica que estos dejan de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujetos de derechos fundamentales [...]. Por ello este nuevo sujeto colectivo (El pueblo indígena o nacionalidad) tiene un derecho fundamental al igual que el de los individuos, esto es, el derecho a la vida, a la existencia como colectividad diversa, a no ser sometido a desaparición forzada. De este derecho fundamental se deriva la posibilidad de ejercer: “El derecho a reproducir su organización social y autoridad; el reconocimiento de su territorio; a participar en la administración, uso, usufructo y conservación de los recursos naturales renovables existentes en su territorio; a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no rentables, así como a participar de estos beneficios que reporten estos planes y programas; a participar, mediante representantes en organismos del Estado; al recono-



soberanía alimentaria y energética, son producto de una epistemológica generada colectivamente y atendiendo a un esfuerzo de hibridación jurídico-política entre neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo social latinoamericano y el constitucionalismo comunitario indígena, impregnado del *sumak kawsay*.

A diferencia, el Estado de derecho tiene subterfugios jurídico-políticos para hacer prevalecer la “soberanía territorial”, el “interés nacional” y la “razón de Estado”, por sobre el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales. Es decir, nada escapa al control y carácter coercitivo del poder público. El Estado protege “todo lo que es de todos” mediante la aplicación legítima de la fuerza, conforme lo fundamenta Weber. Para el Estado de derecho la reivindicación territorial de los pueblos originarios configura una conducta atentatoria a la soberanía e integridad territorial estatal, que son los dos elementos clave que soportan el sistema de dominación territorial y fraccionamiento espacial de los procesos productivos, conforme a la racionalidad del mercado y de la acumulación capitalista.<sup>575</sup>

Ahora se asume que los derechos son poderes y contrapoderes sociales capaces de equilibrar y limitar los poderes de la mayoría; pues, incluso el desarrollo económico depende de la garantía de los derechos humanos fundamentales,<sup>576</sup> “puede afirmarse que el gasto en tales garantías es la inversión productiva más eficaz”.<sup>577</sup> De aquí se deriva la tesis de que los titulares de los derechos colectivos humanos fundamentales, son también titulares de la parte sustancial de la Constitución, es decir, de las normas constitucionales mediante las cuales se establecen esos derechos.

---

cimiento y protección de las prácticas tradicionales; y legislar y administrar justicia”. Los derechos fundamentales de los pueblos indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. El pueblo indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos”.

575 Asumiendo el enfoque foucaultiano, la integración de los mecanismos centrales del poder se basa en la capacidad de conciliar la existencia del espacio y la legitimidad de la soberanía. El ejercicio de la soberanía sobre la jurisdicción espacial tiene que ver con la distribución de poder en el territorio para ampliarlo o mantenerlo ¿Seguridad del territorio o seguridad del soberano? al margen de la legitimidad del poder en relación a la población y sus propios procesos. De lo que se trata es de la *panoptización* del espacio, de ejercitar la soberanía sobre todos los sujetos situados en esta máquina de poder, poniendo en juego la relación colectividad/individuo, es decir, sociedad/grupo social que es una forma efectiva de controlar la población, enfrentándola, y luego someterla a un ritual de pacificación en nombre de la razón de Estado. M. Foucault, *Seguridad...*, p. 85 y s.

576 L. Ferrajoli, *Los poderes salvajes...*, p. 108.

577 *Ibid.*, p. 108.

Dentro del Estado constitucional no existe ningún soberano<sup>578</sup> y el Estado constitucional de derecho representa la mejor o más justa forma de organización política, concordando con Prieto Sanchís, cabe reiterar que “el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, al menos allí donde existe ese modelo cabe sostener una conexión necesaria entre el derecho y la moral”.<sup>579</sup>

El reconocimiento al territorio indígena se da en el marco político del capitalismo, o forma de organización social y productiva que mayormente expresa y acentúa el carácter territorialmente expansivo; “[...] no queda prácticamente ningún lugar habitado de la tierra que no sea escenario de su presencia material o simbólica”.<sup>580</sup> Este sistema ha establecido formas de dominio territorial como el fraccionamiento espacial de los procesos productivos, aniquilando la dimensión territorial comunitaria de subsistencia, poniendo en riesgo la seguridad alimentaria y perennizando la injusticia cultural y la injusticia distributiva, que son a la vez dispositivos del proceso emancipatorio indígena.

El movimiento indígena muestra síntomas de debilitamiento y entre otras causas consta el desgastante protagonismo político que le ha tocado realizar, y hay quienes incluyen el desplazamiento de los objetivos originarios relacionados a las reivindicaciones étnicas.<sup>581</sup> En este sentido: “el cansancio organizativo se explica por la ausencia de unidad de todas las organizaciones indígenas y falta de un alcance nacional capaz de establecer puentes y lazos de cooperación y representación de todos los indígenas”.<sup>582</sup>

Por otra parte, la alianza de su brazo político, el Movimiento Pachakutik, con partidos políticos en ejercicio del poder burocrático incentiva el debilita-

578 A. Benz, *op. cit.*, p. 180.

579 L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional...*, p. 102-103.

580 G. Montañez Gómez, *op. cit.*, p. 24.

581 L. Tuaza, *op. cit.*, p. 332-334 refiere que las razones que explican la decadencia del movimiento es que las organizaciones de segundo grado y las nacionales han centrado sus acciones en temas políticos y en la búsqueda del poder. Además enfatiza el interés de los integrantes en ser candidatos, y como todos no pueden serlo, se separan del movimiento y se trasladan a otras organizaciones con expectativas electorales. Hace referencia a la: “utilización del nombre de los indígenas y sus comunidades para beneficios particulares de quienes presiden las marchas de las organizaciones, el empoderamiento de los recursos de cooperación con fines políticos y religiosos, sin tomar en cuenta las necesidades de la bases”.

582 *Ibid.*, p. 333.



miento de líderes indígenas que ocupan cargos públicos, toda vez que su gestión administrativa no puede satisfacer las demandas sociales de propios y extraños; y “el involucramiento de ONG que fomentan el desarrollo local con fines políticos o religiosos soterrados son una amenaza para la organización comunal, por cuanto propician la emergencia de nuevas organizaciones para que puedan acceder a los beneficios económicos, restando autoridad política al cabildo”.<sup>583</sup> Conforme a este enfoque analítico, los desciertos en los procesos de conducción y crisis generacional de liderazgo indígena, han llevado muchas veces a designar como representantes de las organizaciones regionales y nacionales a personas individuales sin respaldo de la comunidad u organización.

No obstante las debilidades señaladas, el reconocimiento político al movimiento indígena ecuatoriano por parte de la sociedad en general continúa, y ello se debe a que su lucha reivindicatoria se identifica con los grandes objetivos plurinacionales: defensa del uso social del agua, de la tierra, de los bosques y la biodiversidad, de la seguridad alimentaria, de la paz y la democracia, de la solidaridad internacional y de los derechos humanos en el marco de un proyecto político que trasciende objetivos partidistas.

Los principales contenidos de la CRE de 2008 fueron objeto de un debate político que no tuvo suficiente profundización teórica. En principio, la propia Asamblea Constituyente no debatió en un nivel de abstracción filosófica y político-jurídica el paradigma neoconstitucional, paradigma que ni siquiera la propia academia interna lo había incorporado a sus programas.

En segundo lugar, el gobierno estaba empeñado en disponer de una Constitución que registre todas las demandas sociales postergadas; determine los derechos económicos, sociales y culturales y los de la naturaleza como base de la gestión gubernamental; proyecte una administración pública pragmática y participativa en función de construir la sociedad que los ecuatorianos quieren vivir, y acabar con el ancien régime partidocrático; antes que debatir el carácter garantista y normativo de la Constitución impregnada de neoconstitucionalismo o nuevo paradigma jurídico-político.

Después de 7 años de vigencia de la Constitución garantista, normativa y rígida, no se percibe una adhesión social fuerte hacia ella; tampoco es evidente ninguna exaltación de sus bondades por quienes la confeccionaron, y más bien se vislumbra una reforma constitucional argumentando

583 *Ibid.*, p. 334.

su “excesiva carga valorativa y de derechos” como obstáculo para la “governabilidad democrática” y la revolución ciudadana.

En este sentido, la sola enunciación de que los derechos no se pueden cumplir debido a su densidad, alcance y contenido constitucional, implica fortalecer la tesis liberal del ancien régime político en contra del Estado constitucional de derechos, del nuevo constitucionalismo social y particularmente del neoconstitucionalismo, aduciendo que este paradigma adolece de inconsistencia teórica, ideológica y metodológica.

La reforma constitucional anunciada por el presidente Correa el 20 de febrero de 2013 se refería al art. 88 que prescribe la Acción de protección; la anunciada en mayo-junio de 2014 estaba relacionada a la reelección presidencial indefinida y cambio de requisitos para una candidatura presidencial.

No obstante, la concreción de las hipotéticas reformas, se puede intuir que el objetivo de fondo es cambiar las condiciones de validez de las leyes, que ahora dependen no solo del respeto a las normas procedimentales sobre su elaboración, sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, de su coherencia con los derechos humanos fundamentales y los principios de justicia establecidos en la Constitución. Otro objetivo sería cambiar la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley, que por ahora no es de sujeción a la letra de la ley cualquiera sea su significado, sino ante todo sujeción a la Constitución que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional, o su denuncia por inconstitucionalidad.

También estaría en juego el innovado papel de la ciencia jurídica y que en el neoconstitucionalismo adquiere además de la función descriptiva, una función crítica y prescriptiva en relación con su objeto.<sup>584</sup> La reforma constitucional en tales términos atendería a la naturaleza misma de la democracia constitucional, considerando que: “[...] la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales –al imponer obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos– ha introducido una dimensión sustancial en la democracia, junto a la dimensión política formal o procedimental”,<sup>585</sup> conforme argumenta Ferrajoli:

584 Luigi Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 100: “Crítica de las antinomias y lagunas de la legislación con respecto a los imperativos constitucionales, prescriptiva en orden a las técnicas de garantía dirigidas a superarla”.

585 *Ibid.*, p. 101.



[...] las normas formales de la Constitución –las que disciplinan la organización de los poderes públicos garantizan la dimensión formal de la “democracia política” las que se refieren al quién y al cómo de las decisiones; las que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan lo que podemos llamar la dimensión material de la “democracia sustancial”, ya que afectan a lo que ninguna mayoría puede decidir o dejar de decidir, vinculando así a la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y del resto de principios axiológicos establecidos en la Constitución.<sup>586</sup>

Finalmente, la reforma constitucional es una opción política que podría servir para radicalizar el sistema de garantías de los derechos fundamentales, subsumir el Estado en lo colectivo y coadyuvar a la construcción colectiva del sentido directivo de la gestión del gobierno y del poder. Definitivamente la existencia de conflictos sociales, de crisis de gobernabilidad o de prácticas corruptas de gestión pública, no se debe al carácter garantista de la Constitución. Es tiempo de impulsar la resistencia constitucional.

586 *Ibid.*

## SIGLAS UTILIZADAS

<b>BID:</b>	Banco Interamericano de Desarrollo.
<b>CAN:</b>	Coordinadora Agraria Nacional.
<b>CC:</b>	Corte Constitucional.
<b>CEDOC:</b>	Confederación Ecuatoriana de Obreros Católicos.
<b>CRE:</b>	Constitución de la República del Ecuador (2008).
<b>CREA:</b>	Centro de Reconversión Económica del Austro.
<b>CEPAL:</b>	Comisión Económica para América Latina.
<b>CEPC:</b>	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
<b>CIDH:</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
<b>Corte IDH:</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
<b>CADHc:</b>	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
<b>CIESAS:</b>	Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social.
<b>COICA:</b>	Confederación Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica.
<b>CONAIE:</b>	Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador.
<b>COOTAD:</b>	Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización.
<b>CTI:</b>	Circunscripciones Territoriales Indígenas.
<b>CTE:</b>	Centros de Trabajadores del Ecuador.
<b>DESC:</b>	Derechos Económicos Sociales y Culturales.
<b>ECUARUNARI:</b>	Ecuador Runakunapak Rikcharimuy.
<b>FAO:</b>	Organización de Naciones Unidas para la Alimentación.
<b>FCE:</b>	Fondo de Cultura Económica.
<b>FDPIAL:</b>	Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina.
<b>FEINE:</b>	Federación Ecuatoriana de Indígenas Evangélicos.
<b>FEI:</b>	Federación Ecuatoriana de Indios.
<b>FENOC:</b>	Federación Nacional de Organizaciones Campesinas.



<b>FETAL:</b>	Federación de Trabajadores Agrícolas del Litoral.
<b>FOCIN:</b>	Federación de Organizaciones Campesinas e Indígenas.
<b>FODERUMA:</b>	Fondo de Desarrollo Rural Marginal.
<b>ONHAE:</b>	Organización de la Nacionalidad Huaorani del Ecuador.
<b>ICCI:</b>	Instituto Científico de Culturas Indígenas.
<b>IERAC:</b>	Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización.
<b>ILV:</b>	Instituto Lingüístico de Verano.
<b>INCRAE:</b>	Instituto de Colonización de la Región Amazónica Ecuatoriana.
<b>INDA:</b>	Instituto Nacional de Desarrollo Agrario.
<b>III:</b>	Instituto Indigenista Interamericano.
<b>MAE:</b>	Ministerio del Ambiente del Ecuador.
<b>MJDH:</b>	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
<b>NAWE:</b>	Nacionalidad Waorani del Ecuador.
<b>OEA:</b>	Organización de Estados Americanos.
<b>OIT:</b>	Organización Internacional del Trabajo.
<b>OMS:</b>	Organización Mundial de la Salud.
<b>ONU:</b>	Organización de las Naciones Unidas.
<b>ONG:</b>	Organizaciones no Gubernamentales.
<b>OEA:</b>	Organización de Estados Americanos.
<b>OPIP:</b>	Organización de Pueblos Indígenas del Pastaza.
<b>PREDESUR:</b>	Programa de Desarrollo del Sur.
<b>PIDCP:</b>	Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos.
<b>PIDESC:</b>	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
<b>PAN:</b>	Plan Nacional de Desarrollo.
<b>PNY:</b>	Parque Nacional Yasuní.
<b>RAE:</b>	Región Amazónica Ecuatoriana.
<b>SENPLADES:</b>	Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
<b>UNESCO:</b>	Organización de Naciones Unidas para la Educación y la Cultura.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aceves López, Liza Elena, “El desmantelamiento del Estado”, en Pilar Calveiro, coord., *El Estado y sus otros*, Buenos Aires, Araucaria, p. 101-120, 2006.
- Aguiló Regla, Josep, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 24, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, p. 457-429, 1989.
- “Sobre las contradicciones (tensiones) del neoconstitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, p. 247-263, 2010.
- Ährén, Mattias, “Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), p. 210-227, 2010.
- Álava Ormaza, Milton, *et al.*, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Corporación Editora Nacional (CEN) / Abya-Yala (A-Y) / Corporación de Promoción y Estudios Americanos (CORPEA) / Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS) / Taller Cultural Causanacunchic (TCC), 1992.
- Albó, Xavier, y Franz Barrios, *Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías*, La Paz, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2007.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2008.
- “Teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en Agustín José Méndez y Eric Oddvar Eriksen, edit., *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, p. 29-50, 2010.
- Almeida, Ileana, *El Estado plurinacional: Valor histórico y liberad política para los indígenas ecuatorianos*, Quito, A-Y, 2008.
- Almeida Reyes, Eduardo, *Los derechos colectivos diferenciados: Una aproximación a su estudio desde el caso ecuatoriano*, Quito, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 2007.
- Anaya, James, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, p. 194-209, 2010.
- “La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: Evolución y perspectivas”, en <[www.infoandina.org/node/6669](http://www.infoandina.org/node/6669)>. Consulta: 2 de julio de 2012.



- *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, traducido por Luis Rodríguez-Piñero Royo, Madrid, Trotta / Universidad Internacional de Andalucía (UIA), 2005.
- Ángel Maya, Augusto, "Reflexiones sobre el derecho, la filosofía y el medio ambiente", en Marta Cárdenas y Hernán Dario Correa, edit., *Derecho y medio ambiente*, Bogotá, CEREC / Presencia, p. 22-50, 1992.
- Ansuátegui Roig, Francisco, "¿Crisis del positivismo jurídico?: Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 1, octubre 1993-marzo 1994, p. 113-154, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1993, <[www.e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1473](http://www.e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1473)>. Consulta: 28 de marzo de 2012.
- Arévalo, Luis Ernesto, *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, Puebla-México DF, Universidad Iberoamericana Puebla, 2001.
- Assies, Willem, "Los pueblos indígenas y la reforma del Estado en América Latina", en Williem Assies, Gema Van de Haar y André Kohema, edit., *El reto de la diversidad: Pueblos indígenas y reformas del Estado en América Latina*, Zamora, Colegio de Michoacán, p. 21-57, 1999.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / A-Y, 2011.
- "Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia", en Konrad Adenauer Stiftung (KAS), edit., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Uruguay, KAS, p. 775-794, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJDH), 2008.
- Ayala Mora, Enrique, *Ecuador: Patria de todos. La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Quito, UASB-E / CEN, 2002.
- "Estado nacional, soberanía y Estado plurinacional", en Milton Álava Ormaza et al., *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, CEN / A-Y / CORPEA / ILDIS / TCC, p. 9-24, 1992.
- *Los partidos políticos en el Ecuador: síntesis histórica*. Quito, La Tierra, 1989.
- Aylwin Oyarzún, José, "El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas", en Matías Meza-Lopehandía Glaesser, edit., *Las implicancias de la ratificación del Convenio No. 169 de la OIT en Chile*, s. I., Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2a. ed. rev. y aum., p. 7-28, 2010, <<http://www.politicaindigena.org/pdf/Las%20implicancias%20de%20la%20ratificacion%20del%20Convenio%20No%20169%20de%20la%20OIT%20en%20Chile.pdf>>. Consulta: 2 de mayo de 2012.
- Badillo O'Farrell, Pablo, "¿Pluralismo versus multiculturalismo?", en Pablo Badillo O'Farrell, coord., *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo: Reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Akal / UIA, p. 33-66, 2003.

- Bagú, Sergio, y Héctor Díaz-Polanco, *La identidad continental: Indigenismo y diversidad cultural*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2003.
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID), *Banco de datos de legislación indígena*, en <[www.iadb.org/SDS/IND/ley/leyn/datamap.cfm](http://www.iadb.org/SDS/IND/ley/leyn/datamap.cfm)>. Consulta: 13 de junio de 2012.
- *Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena*, Washington DC, BID, 2006.
- Barié, Cletus Gregor, "El debate sobre las autonomías en la legislación internacional: Experiencias prácticas", en Rafael Sevilla y Juliana Ströbele-Gregor, edit., *Pueblos indígenas: Derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad*, Madrid, IWGIA / Agencia Española de Cooperación Internacional / Horlemann, p. 32-56, 2008.
- "La cuestión territorial de los pueblos indígenas en la perspectiva latinoamericana", en Friederich Ebert Stiftung-ILDIS, edit., *Visiones indígenas de descentralización*, Madrid, p. 59-140, 1992, <<http://saludpublica.bvsp.org.bo/textocompleto/bvsp/boxp68/territorio-pueblos-indigenas.pdf>>. Consulta: 3 de marzo de 2012.
- Bazán, Víctor, "En torno a la justicia constitucional latinoamericana en los albores del siglo XXI", en Ernesto Álvarez Miranda, edit., *Constitución y proceso*, Lima, Jurista, p. 21-50, 2009.
- Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006.
- "Teoría de la sociedad del riesgo", en Josetxo Beriain, comp., *Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos, p. 201-222, 2007.
- Bello, Álvaro, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2004.
- Bengoá, José, *La emergencia indígena en América Latina*, México DF, Fondo de Cultura Económica (FCE), 2006.
- *Relaciones y arreglos políticos y jurídicos ente los Estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década*, Santiago, CEPAL, 2003.
- Benz, Arthur, *El Estado moderno: Fundamento de su análisis politológico*, Madrid, CEPC, 2010.
- Bercholz, Jorge, "La dinámica política y económica de la globalización: Los procesos de integración económica y supranacionalidad política", en Jorge Bercholz, dir., *El Estado y la globalización*, Buenos Aires, Ediar, p. 19-128, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (UEC), 2008.
- *El derecho de los derechos*, Bogotá, UEC, 2008.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México DF, Fontamara, 2007.



- *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*, México DF, FCE, 2006.
- *Teoría general del derecho*, Madrid, Temis, 2005.
- Bodin, Jean, *Los seis libros de la república*, en <www.google.com.ec/#q=Jean+Bodin,+Los+seis+libros+>. Consulta: 17 de junio de 2012.
- Burguete Cal y Mayor, Araceli, *Autonomía: La emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador (FLACSO-E), 2010.
- Burneo, Ramón Eduardo, *Derecho constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2010.
- Cairo Carou, Heriberto, "Territorialidad", en Román Reyes, dir., *Diccionario crítico de ciencias sociales*, publicación electrónica, Madrid, Universidad Complutense de Madrid (UCM), <www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/index.html>. Consulta: 13 de septiembre de 2013.
- Campi, Alessandro, *Nación: Léxico de política*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2006.
- Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida: Una aproximación histórico teórica del estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2006.
- Carbonell, Miguel, comp., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Carbonell, Miguel, edit., *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos, 2011.
- *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Carbonell, Miguel, y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, UEC, 2010.
- Carbonell, Miguel, Wistano Orosco y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México DF, Siglo XXI, 2002.
- Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2003.
- Castillo, Luis Carlos, *Etnicidad y nación: El desafío de la diversidad en Colombia*, Cali, Universidad del Valle, 2007.
- Castro-Lucic, Milka, edit., *Los desafíos de la interculturalidad: Identidad, política y derecho*, Santiago, Universidad de Chile (UCh), 2004.
- CEPAL, *Los pueblos indígenas de Bolivia: Diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2001*, Santiago, CEPAL, 2005.
- Chenaut, Victoria, et al., coord., *Justicia y diversidad en América Latina: Pueblos indígenas ante la globalización*, México DF, La Casa Chata / FLACSO México / Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIE-SAS), 2011.
- Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México DF, Siglo XXI, 1994.

- “Supremacismo cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, p. 366-373, 2010.
- Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, UEC, p. 173-190, 2010.
- “Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, p. 75-98, 2005.
- Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador (CONAIE), *Los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos del Ecuador: Evaluación de la década de 1998 a 2008*, Quito, CONAIE, 2009.
- “Vulnerabilidad social y riesgos: Informe derechos humanos, nacionalidades y pueblos indígenas en el Ecuador”, en *Consorcio para el Derecho Socio-Ambiental*, Quito, abril de 2006, <[www.derecho-ambiental.org/Derecho/Vulnerabilidad/Informe\\_CONAIE\\_Situacion\\_Derechos\\_Indigenas\\_Ecuador.html](http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Vulnerabilidad/Informe_CONAIE_Situacion_Derechos_Indigenas_Ecuador.html)>. Consulta: 15 de marzo de 2012.
- Corral B., Fabián, “Las paradojas de la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Diego Pérez Ordoñez, comp., *La Constitución ciudadana: Doce visiones sobre un documento revolucionario*, México DF, Taurus, p. 253-279, 2009.
- Cruz, Edwin, “Redefiniendo la nación: Luchas indígenas y Estado plurinacional en Ecuador (1990-2008)”, en *Nómadas: Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, número especial, *América Latina*, Madrid, UCM, p. 147-157, 2012.
- Cruz Parcero, Juan, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 12, p. 95-115, Departamento de Filosofía y Filosofía Moral y Política-Universidad Nacional de Educación a Distancia / Departamento de Filosofía-Universidad Autónoma Metropolitana, 1998.
- Cruz Villalón, Pedro, y Javier Pardo Falcón, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, No. 97, enero-abril, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-UNAM, p. 65-154, 2000.
- Cueva, Agustín. “Problemas y perspectivas de la teoría de la dependencia”, en Alejandro Moreano, edit., *Agustín Cueva: Estudio introductorio, selección y notas de Alejandro Moreano*, Quito, UASB-E / CEN / Campaña Nacional del libro y la lectura Eugenio Espejo, p. 85-116, 2007.
- De Cabo, Antonio, y Gerardo Pisarello, edit., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- De Cabo Martín, Carlos, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010.
- De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2007.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.



- *Derecho y emancipación*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador (CCEPT), 2011.
- “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, coord., *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Quito, A-Y, p. 63-79, 2009.
- *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, Universidad Politécnica Salesiana / A-Y, 2010.
- *Reinventar la democracia: Reinventar el Estado*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2005.
- *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- Del Olmo Gutiérrez, José María, *III-Reich: El experimento nacional-socialista alemán*, Madrid, Éride, 2010, <[www.casadellibro.com/libro-iii-reich-el-experimento-nacional-socialista-aleman/9788415160090/1817259](http://www.casadellibro.com/libro-iii-reich-el-experimento-nacional-socialista-aleman/9788415160090/1817259)>. Consulta: 11 de septiembre de 2012.
- Denninger, Erhard, y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007.
- Descartes, Renato, *Discurso del método*, Buenos Aires, Losada, 1983.
- Díaz, Elías, *De la institución a la Constitución*, Madrid, Trotta, 2009.
- Díaz-Polanco, Héctor, *Autonomía regional: La autodeterminación de los pueblos indígenas*, México DF, Siglo XXI, 1991.
- *El canon Snorri: Diversidad cultural y tolerancia*, México DF, Universidad de la Ciudad de México, 2004.
- *Elogio de la diversidad: Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, La Habana, Casa de las Américas, 2008.
- *Indigenismo y diversidad cultural*, México DF, Universidad de la Ciudad de México, 2003.
- Dippel, Horst, *Constitucionalismo moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- “Constitucionalismo moderno: Introducción a una historia que necesita ser escrita”, en *Historia Constitucional*, No. 6, septiembre, p. 181-199, 2005, Área de Derecho Constitucional-Universidad de Oviedo, <<http://www.redalyc.org/pdf/2590/259027572008.pdf>>. Consulta: 15 de septiembre de 2012.
- Dussel, Enrique, *El encubrimiento del otro: Hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito, A-Y, 1994.
- *Política de la liberación arquitectónica*, Madrid, Trotta, 2009.
- *El encubrimiento del otro: Hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito, A-Y, 1994.
- “Europa, modernidad y eurocentrismo”, en Edgardo Lander, comp., *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, La Habana, Ed. de Ciencias Sociales, p. 41-55, 2005.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.
- Eagleton, Terry, *Ideología: Una introducción*, Barcelona, Paidós, 2005.

- Echeverría, Julio, *El desafío constitucional*, Quito, A-Y / ILDIS, 2006.
- Emiliozzi, Sergio, y Gabriela Flaster, *Introducción al concepto de poder en Michel Foucault*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.
- Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, Alianza, 2008.
- Escobar, Arturo, *Más allá del Tercer Mundo: Globalización y diferencias*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2005.
- Estévez, Isabel, y Alfredo Serrano, “Democratizar la tierra como una estrategia alternativa”, en Alfredo Serrano Mancilla, coord., *¡A (re)redistribuir!: Ecuador para todos*, Quito, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, p. 139-156, 2012.
- Etxeberria, Xabier, *Sociedades multiculturales*, Bilbao, Mensajero, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.
- “El Estado constitucional de derechos hoy: El modelo y su divergencia en la realidad”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, edit., *Poder, derecho y corrupción*, México DF, Siglo XXI, p. 15-29, 2003.
- *Epistemología jurídica y garantismo*, Madrid, Fontamara, 2006.
- “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, en *Isonomía*, No. 16, México DF, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002.
- “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, traducido por Miguel Carbonell, en *Estudios Constitucionales*, vol. 6, No. 1, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales-Universidad de Talca, 2008.
- “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pizarrello, edit., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, p. 197-214, 2009.
- *Los poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2011.
- *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Miguel Carbonell, Wistano Orosco y Rodolfo Vázquez, coord., *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México DF, Siglo XXI, p. 187-204, 2002.
- Principia iuris: *Teoría del derecho y de la democracia*, t. 1, *Teoría del derecho y de la democracia*; t. 3, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Trotta, 2011.
- *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- *Teoría general del derecho*, Madrid, Temis, 2006.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007.
- *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2009.
- Fondo Indígena, *Estado del debate sobre los derechos de los pueblos indígenas: Construyendo sociedades interculturales en América Latina y El Caribe*, La Paz, Fondo Indígena, 2011, en <www.fondoindigena.org>. Consulta: 25 de febrero de 2013.



- Fontaine, Guillaume, “Discurso ético y praxis política: La institucionalización de la indianidad en Colombia y Ecuador”, en *Indiana*, No. 17-18, Separatum, Berlín, Ibero-Amerikanisches Institut, 2000/2001.
- *Petropolítica: Una teoría de la gobernanza energética*, Quito, FLACSO-E / A-Y, 2010.
- Foucault, Michel, *Economía y sociedad*, México DF, FCE, 2006.
- *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996.
- *Seguridad, territorio y población*, Buenos Aires, FCE, 2006.
- “Verdad y poder”, en Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, edit., *Estrategias de poder*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento?: Dilemas en torno a la justicia en una época ‘postsocialista’”, en *Iustitia interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Bogotá, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997.
- Fraser, Nancy, y Axel Honneth, *Redistribución o reconocimiento*, Madrid, Morata, 2003.
- Gangotena Guarderas, Arturo, *De la Constitución a la no Constitución*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos, 2010.
- García Amado, Juan, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, trabajo inserto dentro del proyecto titulado “Teoría del derecho y proceso: Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España, SEJ2007-64496, León, Universidad de León, en [www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolitic/BibliotecaDiseno/Archivos/02\\_Documentos/GarciaAmado-Neoconstitucionalismo.pdf](http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolitic/BibliotecaDiseno/Archivos/02_Documentos/GarciaAmado-Neoconstitucionalismo.pdf). Consulta: 3 de marzo de 2012.
- García Figueroa, Alfonso, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, UEC, p. 185-207, 2010.
- García Pelayo, Manuel, “El Estado social y democrático de derecho en la Constitución española”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1985.
- *Derecho constitucional comparado*, Caracas, Ex Libris, 2010.
- García Sierra, Pelayo, *Diccionario filosófico: Estado de derecho / Separación de poderes*, en [www.filosofia.org/filomat/df609.htm](http://www.filosofia.org/filomat/df609.htm). Consulta: 27 de mayo de 2012.
- Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls: Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Greppi, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006.
- Grijalva, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, CCEPT, 2012.
- Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

- Guastini Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México DF, IJ-UNAM / Fontamara, 2001.
- “La Constitución como límite a la actividad legislativa”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 5, No. 8, p. 241-252, 2000.
- “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, p. 49-74, 2005.
- “Sobre el concepto de Constitución”, en Miguel Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, p. 93-198, 2007.
- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- Gutiérrez, Carlos, *La cuestión nacional y el proyecto revolucionario*, Madrid, 2006, en <[www.creandopueblo.files.wordpress.com/2011/08/carlosgutierrez-lacuestionnacionalyelproyectorrevolucionario.pdf](http://www.creandopueblo.files.wordpress.com/2011/08/carlosgutierrez-lacuestionnacionalyelproyectorrevolucionario.pdf)>. Consulta: 9 de septiembre de 2013.
- Gutiérrez, Ignacio, “Introducción”, en Dieter Grimm y Erhard Denninger, edit., *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, p. 9-25, 2007.
- Gutiérrez, Daniel, y Helene Balslev, coord., *Revisitar la etnicidad: Miradas cruzadas en torno a la diversidad*, México DF, El Colegio de Sonora / El Colegio Mexiquense / Siglo XXI, 2008.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2008.
- *La constelación postnacional*, Barcelona, Paidós, 2000.
- *Más allá del Estado nacional*, México DF, FCE, 2006.
- *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1975.
- Hart, Herbert Lionel, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- Hegel, Friedrich, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Claridad, 2009.
- Heller, Hermann, *La teoría del Estado*, México DF, FCE, 1987.
- Henoa Hidrón, Javier, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2010.
- Hopenhayn, Martín, y Álvaro Bello, *Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe*, Santiago, CEPAL, 2001.
- Hummer, Waldemar, y Markus Frischhut, “Carta Andina para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos (2002)”, en *Derechos humanos e integración: Protección de los derechos humanos en la Comunidad Andina y en la Unión Europea*, Quito, UASB-E / CEN, 2004.
- Indian Law Resource Center (ILRC), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP-1966)”, en *Derechos indios, derechos humanos: Manual para indígenas sobre procedimientos de reclamaciones en el campo de los derechos humanos internacionales*, Washington, ILRC, 1984.
- Iturralde, Diego, “Entre la ley y la costumbre veinte años después: Evaluar las normas y sistematizar las prácticas”, en Laura Giraudó, edit., *Derechos costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, CEPC, p. 3-16, 2008.



- “Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas”, en <www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/>. Consulta: 25 de febrero de 2013.
- Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México DF, FCE, 2004.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.
- Kosik, Karel, *Dialéctica de lo concreto*, México DF, Grijalbo, 1976.
- Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 2006.
- *Las odiseas multiculturales: Las nuevas políticas internacionales de la multiculturalidad*, Barcelona, Paidós, 2007.
- Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 1997.
- La Torre, Máximo, “Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy”, en Agustín José Méndez y Erik Oddvar Eriksen, edit., *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, p. 77-96, 2010.
- Leff, Enrique, *Aventuras de la epistemología ambiental*, México DF, Siglo XXI, 2006.
- *Ecología y capital: Racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable*, México DF, Siglo XXI, 1994.
- *Saber ambiental: Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, México DF, Siglo XXI, 2002.
- León Bastidas, Arturo, *La plurinacionalidad en el Ecuador*, Riobamba, Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, Núcleo de Chimborazo, 2012.
- Leyva, Xochil, Arcely Burguete Cal y Mayor y Shannon Speed, coord., *Gobernar en la diversidad: Experiencias indígenas en América Latina*, México DF, La Casa Chata / FLACSO México, 2008.
- Llasag Fernández, Raúl, “Derechos colectivos y administración de justicia indígena”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: Aportes para un debate*, Quito: UASB-E / A-Y, p. 125-135, 2002.
- “Plurinacionalidad: Una propuesta constitucional emancipadora”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neconstitucionalismo y sociedad*, Quito, MJDH, p. 311-355, 2008.
- Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1980.
- López B., Francisco, *Autonomía y derechos indígenas en México*, México DF, Coyoacán, 2005.
- Macas, Luis, *El levantamiento indígena visto por sus protagonistas*, Quito, Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI) / Amauta Runacunapac Yachai, 1991.
- Maldonado, Luis, coord., *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador*, Quito, CONAIE / Tincui, 1988, en <http://fes.zonarix.com:8081/sites/default/files/pdf/0121%20NACIND1986\_0121.pdf>. Consulta: 15 de marzo de 2012.
- Mann, Michael, “El poder autónomo del Estado: Sus orígenes, mecanismos y resultados”, en *Relaciones Internacionales*, No. 5, noviembre, Grupo de Estudios de

- Relaciones Internacionales-Facultad de Derecho-Universidad Autónoma de Madrid, 2006, <[www.relacionesinternacionales.info/](http://www.relacionesinternacionales.info/)>. Consulta: 3 de marzo de 2012.
- Martin, Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Opladen: Westdeutcher Verlag, 4a. ed., 1990.
- Martínez, Carmen, comp., *Repensando los movimientos indígenas*, Quito, FLACSO-E, 2009.
- Marx, Carl, *Contribución a la crítica de la economía política*, Buenos Aires, Estudio, 1975.
- Maya, Augusto Ángel, “Reflexiones sobre el derecho, la filosofía y el medio ambiente”, en Marta Cárdenas y Hernán Dario Correa, edit., *Derecho y medio ambiente*, Bogotá, CEREC / Presencia, p. 22-50, 1992.
- Méndez, Agustín José, y Eric Oddvar Eriksen, edit., *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2010.
- Meza-Lopehandía Glaesser, Matías, edit., *Las implicancias de la ratificación del Convenio No. 169 de la OIT en Chile*, s. l., Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2a. ed. rev. y aum., p. 7-28, 2010, <<http://www.politicaindigena.org/pdf/Las%20implicancias%20de%20la%20ratificacion%20del%20Convenio%20Nro%20169%20de%20la%20OIT%20en%20Chile.pdf>>. Consulta: 2 de mayo de 2012.
- Miliband, Ralph, *El Estado en la sociedad capitalista*, México DF, Siglo XXI, 1970.
- Mires, Fernando, *El discurso de la indignidad: La cuestión indígena en América Latina*, Cayambe, A-Y, 1992.
- *El orden del caos: ¿Existe el Tercer Mundo?*, Caracas, Nueva Sociedad, 1995.
- Montañez Gómez, Gustavo. “Introducción: Razón y pasión del espacio y el territorio”, en Ovidio Delgado Mahecha et al., *Espacios y territorios: Razón, pasión e imaginarios*, p. 15-32, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / Unilibros, 2001.
- Morelli, Federica, *Territorio o nación: Reforma y solución del espacio imperial en Ecuador (1765-1830)*, Madrid, CEPC, 2005.
- Moreno García, Sinforiano, “La concepción y el concepto de soberanía: La definición de soberanía en Jean Bodin”, en *La Soberanía*, p. 39, 2008, <[www.soberania.es/.../Concepto/Definición](http://www.soberania.es/.../Concepto/Definición)>. Consulta: 27 de mayo de 2005.
- Murillo, Susana, “De la sacralidad del Estado a la sociedad civil: Mutaciones en las tecnologías de gobierno”, en *Psicoperspectivas: Individuo y sociedad*, vol. VIII, No. 2, julio-diciembre, p. 166-192, 2009, <[www.psicoperspectiva.cl/index.php/psicoperspectivas/article/view/69/76](http://www.psicoperspectiva.cl/index.php/psicoperspectivas/article/view/69/76)>. Consulta: 14 de agosto de 2010.
- Narváez, Iván, *Enfoque neoconstitucional: La dimensión ambiental en la Constitución de la República del Ecuador*, Quito, Ecociencia, 2010.
- “Introducción”, en *Petróleo y poder: El colapso de un lugar singular: Yasuní*, Quito, FLACSO-E / Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), p. 21-71, 2009.
- *Yasuní: En el vórtice de la violencia legítima y las caras ocultas del poder*, Quito, FLACSO-E, 2013.



- Narváez, Iván, y María José Narváez, *Derecho ambiental en clave neoconstitucional: Enfoque político*, Quito, FLACSO-E / Ed. Jurídica Cevallos, 2012.
- Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- O'Donnell, Guillermo, "Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales: Una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas", en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez, coord., *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México DF, ITAM / Siglo XXI, p. 235-264, 2002.
- Ortiz, Tulio, "De la globalización y su impacto en los Estados modernos, en Jorge Bercholz, dir., *El Estado y la globalización*, Buenos Aires, Ediar, p. 129-164, 2008.
- Ortiz Crespo, Gonzalo, "Las tareas inconclusas de nuestra historia. A propósito de la plurinacionalidad y el movimiento indígena", en Milton Álava Ormaza et al., *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, CEN / A-Y / CORPEA / ILDIS / TCC, p. 31-49, 1992.
- Ortiz Tirado, Pablo, "Descentralización política y movilización de los pueblos indígenas en América Latina: Comparando el proceso de descentralización en Europa y América Latina VI. Luchas autonómicas en contextos globalizados", en Miguel González, Araceli Burguete Cal y Mayor y Pablo Ortiz Tirado, coord., *La autonomía a debate: Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO-E / GTZ / IWGIA / CIESAS / UNICH, p. 429-454, 2010.
- "Dilemas y desafíos de la autonomía territorial indígena en Latinoamérica", en Pablo Ortiz Tirado y Alberto Chirif, *¿Podemos ser autónomos?: Pueblos indígenas vs. Estado latinoamericano*, Quito, Intercooperation / Rights and Resources Initiative / Department for International Development / Norad, 2010.
- "Entre la cooptación y la ruptura: La lucha por el derecho a la autodeterminación de las nacionalidades indígenas del centro sur del Ecuador", en Miguel González, Araceli Burguete Cal y Mayor y Pablo Ortiz T., coord., *La autonomía a debate: Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO-E / GTZ / IWGIA / CIESAS / Universidad Intercultural de Chiapas (UNICH), p. 455-508, 2010.
- Ortiz Tirado, Pablo, y Alberto Chirif, *¿Podemos ser autónomos?: Pueblos indígenas vs. Estado latinoamericano*, Quito, Intercooperation / Rights and Resources Initiative / Department for International Development / Norad, 2010.
- Ospina, Pablo, "La crisis de la CONAIE", en *La hora de los trabajadores*, 5 de mayo de 2011, <www.es.groups.yahoo.com/group/la\_hora\_de\_los\_trabajadores>. Consulta: 3 de marzo de 2012.
- Ospina, Pablo, coord., *Mapeo de actores y análisis de poder para el ejercicio de derechos de los pueblos indígenas del Ecuador*, Quito, IEE, 2008.
- Pacari, Nina, "El auge de las identidades como respuesta política", en Milka Castro Lucic, edit., *Los desafíos de la interculturalidad: Identidad, política y derecho*, Santiago, UCh, 2004.

- “Módulo Derechos indígenas”, en *Programa de formación: Líderes indígenas de la comunidad andina*, La Paz, Fondo para el Desarrollo Indígena de América Latina y el Caribe, 2004. <[www.fondoindigena.net/pflican.htm](http://www.fondoindigena.net/pflican.htm)>. Consulta: 3 de marzo de 2013.
- Patiño, Ninfa, *El discurso de los políticos frente al otro*, Quito, A-Y, 1996.
- Pérez Ordoñez, Diego, comp., *La Constitución ciudadana: Doce visiones sobre un documento revolucionario*, México, Taurus, 2009.
- Pisarello, Gerardo, “Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: Algunas notas entre la pesadilla y la esperanza”, en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México DF, Siglo XXI, p. 279-298, 2002.
- *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007.
- Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, UEC, p. 165-184, 2010.
- Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y garantismo”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, edit., *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, p. 41-58, 2005.
- *Constitucionalismo y positivismo*, México DF, Fontamara, 1997.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, p. 123-158, 2003.
- “*Principia iuris*: Una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, UEC, p. 325-354, 2010.
- *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander, comp., *Colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO / UNESCO, p. 246-280, 2000.
- “Colonialidad del poder, globalización y democracia”, Lima, 2000, en <<http://www.rrojasdatabank.info/pfpc/quijan02.pdf>>. Consulta: 5 de junio de 2012.
- “El movimiento indígena y las cuestiones pendientes en América Latina”, en Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI), edit., *Estado plurinacional y Estado social de derecho: Los límites del debate*, p. 23-55, Quito, ICCI, 2008.
- *Modernidad, identidad y utopía en América Latina*, Quito, El Conejo, 1990.
- Ramón, Galo, “Estado plurinacional: Una propuesta innovadora atrapada en viejos conceptos”, en Milton Álava Ormazá et al., *Pueblos indígenas, Estado y derecho*, Quito, CEN / A-Y / ILDIS / CORPEA / TCC, p. 9-24, 1992.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México DF, FCE, 2006.
- Raz, Joseph, *El Estado de derecho y su virtud*, México DF, ITAM / Siglo XXI, 2002.



- *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- Reyes, Román, *Diccionario crítico de ciencias sociales*, publicación electrónica, Madrid, UCM, 2002, en <[www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/index.html](http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/index.html)>. Consulta: 3 de marzo de 2013.
- Roldán, Roque, *Manual para la formación en derechos indígenas: Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*, Quito, A-Y, 2a. ed., 2004.
- “Para alcanzar la tierra prometida: Una aproximación al régimen legal de las tierras indígenas en la Amazonía”, en Clarita Müller-Plantenberg et al., *Derechos económicos sociales y culturales de los pueblos indígenas: Prevención de impactos sociales y ecológicos de la explotación de recursos naturales*, Quito, A-Y, 1999.
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.
- Rousseau, Jean Jaques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres: El contrato social*, Barcelona, Orbis, 1984.
- Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 2012.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: Una radiografía teórica*, México DF, FCE / UNAM, 2006.
- Salmerón, Fernando, *Diversidad cultural y tolerancia*, México DF, Paidós, 1998.
- Salmón, Elizabeth, coord., *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.
- Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica: Extranjeros e islámicos*, México DF, Taurus, 2001.
- *La sociedad multiétnica: Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.
- Sassen, Saskia, *El Estado moderno: Fundamento de su análisis politológico*, Madrid, CEPC, 2010.
- *Territorio, autoridad y derechos: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Montevideo, Katz, 2010.
- Schavelzon, Salvador. *El nacimiento del Estado plurinacional de Bolivia: Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, CLACSO / Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, 2012.
- Schmitt, Carl, *La dictadura: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Alianza, 2007.
- *Teoría de la Constitución*, traducido por Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 2008.
- Simbaña, Floresmilto, “Plurinacionalidad y derechos colectivos: Caso ecuatoriano”, en Pablo Dávalos, comp., *Pueblos indígenas, Estado y democracia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, p. 197-215, 2005. <[www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/davalos/CapSimbana.pdf](http://www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/davalos/CapSimbana.pdf)>. Consulta: 3 de marzo de 2013.
- Stalin, José, *La cuestión nacional y el leninismo*, Moscú: Edic. en Lenguas Extranjeras, 1950.
- *El marxismo y la cuestión nacional*, Barcelona, Anagrama, 1977.

- Stavenhagen, Rodolfo, *Conflictos étnicos y Estado nacional*, México DF, Siglo XXI, 2000.
- “Cómo hacer para que la Declaración sea efectiva”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, edit., *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, p. 374-394, 2010.
  - “Cultura y sociedad en América Latina: Una revalorización”, en *Estudios Sociológicos*, vol. 4, No. 12, septiembre-diciembre, p. 445-457, México DF, El Colegio de México (ECM), 1986.
  - *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México DF, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) / ECM, 1988.
  - “Hacia el derecho de autonomía en México”, prólogo, en Aracely Burguete Cal y Mayor, edit., *México: Experiencias de autonomía indígena*, Copenhague, IWGIA, p. 7-20, 1999.
  - “Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. ONU A/HRC/4/32, <<http://unsr.vtalicorpuz.org/site/images/docs/annual/2007-annual-hrc-a-hrc-4-32-sp.pdf>>, 27 de febrero de 2007.
  - “Los derechos culturales y los derechos colectivos en tiempos de globalización”, en Ingrid Van Beuren y Óscar D. Soto Badillo, coord., *Derechos humanos y globalización alternativa: Una perspectiva iberoamericana*, Puebla, UIP, p. 373-389, 2006.
- Stavenhagen, Rodolfo, y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre*, México DF, Instituto Indigenista Interamericano / IIDH, 1990.
- Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México DF, FCE, 2001.
- Tibán Lourdes, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Fundación Hanns Seidel (FHS), 2010.
- Toledo, Víctor, “Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina. 1990-2004: ¿Las fronteras indígenas de la globalización?”, en Pablo Dávalos, comp., *Pueblos indígenas, Estado y democracia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, p. 67-102, 2005.
- Torres, Luis Fernando, edit., *Debate constitucional: Monografías*, Quito, FHS / Corporación Autogobierno y Democracia, 2010.
- Touraine, Alain, *Crítica de la modernidad*, México DF, FCE, 2002.
- Trujillo, Julio César, *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos*, Quito, UASB-E / CEN, 2013.
- “El Estado plurinacional en el Ecuador: Las reformas constitucionales”, en Milton Álava Ormaza et al., *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, CEN / A-Y / CORPEA / ILDIS / TCC, p. 167-179, 1992.
  - “Justicia indígena y pluralismo jurídico”, en Laura Giraudo, edit., *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, CEPC, p. 265-280, 2008.
  - *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, UASB-E / CEN, 1994.



- Tuaza, Luis Alberto, *La crisis del movimiento indígena ecuatoriano*, Quito, FLACSO-E, 2011.
- Uprimny Yépez, Rodrigo, “Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina”, en Dunia Martínez Molina, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, CCEPT, p. 57-110, 2011.
- Vásquez, Rodolfo, *Eduardo García Maynes y el debate positivismo jurídico jusnaturalismo*, México DF, IJ-UNAM, 2001.
- Viciano, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Corte Constitucional del Ecuador, edit., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, CCEPT, p. 9-44, 2010.
- *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- “¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”, VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constituciones y principios, 2010, p. 1-23. México DF, UNAM, <www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. Consulta: 25 de febrero de 2012.
- Vila Casado, Iván, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2007.
- Villasmil Prieto, Humberto, *Estudios del derecho del trabajo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006.
- Von Ihering, Rudolf, *El fin del derecho*, traducido por Leonardo Rodríguez, Madrid, B. Rodríguez Serra, 1911.
- Von Savigny, Friedrich Karl, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949.
- Walzer, Michael, *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998.
- Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado y sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Quito, UASB-E / A-Y, 2009.
- “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: Aportes para un debate*, Quito, UASB-E / A-Y, p. 23-35, 2002.
- “Interculturalidad y plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente”, en ICCI, edit., *Estado plurinacional y Estado social de derecho: Los límites del debate*, Quito, ICCI, p. 3-41, 2008.
- Weber, Max, *Economía y sociedad*, México DF, FCE, 2004.
- Willemsen Díaz, Augusto, “Cómo llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU”, en Charles Taylor y Rodolfo Stavengahen, edit., *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, p. 16-32, 2010.
- Wray, Alberto, “El problema indígena y la reforma del Estado”, en Albeto Wray y Juan Carlos Ribadeneira, edit., *Derecho, pueblos indígenas y reformas del Estado*, Quito, A-Y, p. 11-70, 1993.
- Wolkmer, Antonio Carlos, “Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina”, en Mauricio García V. y César A. Rodríguez, edit., *Derecho y so-*

- ciudad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, ILSA, p. 247-259, 2003.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón, Madrid, Trotta, 5a. ed., 1997.
- Zolo, Danilo, “Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”, traducido por Pedro Mercado Pacheco, en *Anales de Cátedra Francisco Suárez*, No. 36, p. 197-218, <[www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=280658](http://www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=280658)>. Consulta: 27 de noviembre de 2013.

## **Bibliografía jurídica**

- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.
- Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Ambiental y Descentralización*, Quito, CEP, 2010.
- Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 1, 11 de febrero de 1998.
- Constitución Política de la República del Perú*, Lima, 2010.
- Constitución del República de Bolivia*, La Paz, 2009.
- Constitución del República de Colombia*, Bogotá, 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pacto de San José de Costa Rica*, San José, CIDH, 1969.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica (1969)”, en Waldemar Hummer y Markus Frischhut, *Derechos humanos e integración*, Quito, UASB-E / CEN / Universidad de Innsbruck, 2004.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Bogotá, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948. ACNUR.
- Ley de Colonización de la Región Amazónica*, Quito, CEP, 2009.
- Ley Reformatoria al Código Penal*, Registro Oficial, No. 2, 25 de enero de 2000, Quito, CEP, 2009.
- Ley Orgánica de las Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Quito, CEP, 2010.
- Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969*, Washington, ILRC, 1984.
- Organización de la Naciones Unidas (ONU), *Carta de las Naciones Unidas 1945*, Quito, Ed. Jurídica del Ecuador (EJE), 2003.



- *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Ginebra, IWGIA, 2009.
- *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007*, Washington, ONU, 2008.
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Quito, EJE, 2003.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Washington, ONU, 1966.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio 169 (Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes)*, Ginebra, OIT, 1989.
- *Convenio 169*, Ginebra, OIT, 1967.
- *Convenio 169*, Ginebra, OIT, adopción: 27 de junio de 1989, entrada en vigor: 5 de julio de 1991.

## Páginas web

- ⟨[www.elpais.com/articulo/opinion/Londres/otros/](http://www.elpais.com/articulo/opinion/Londres/otros/)⟩. Consulta: 15 de junio de 2010.
- ⟨[www.liberalismoonline.wordpress.com](http://www.liberalismoonline.wordpress.com)⟩. Consulta: 12 de junio de 2010.
- ⟨[www.filosofia.org/filomat](http://www.filosofia.org/filomat)⟩. Consulta: 10 de junio de 2010.
- ⟨[www.liberalismoonline.wordpress.com](http://www.liberalismoonline.wordpress.com)⟩. Consulta: 10 de marzo de 2010.
- ⟨[www.elpais.com/articulo/opinion/Londres/otros/](http://www.elpais.com/articulo/opinion/Londres/otros/)⟩. Consulta: 15 de junio de 2010.
- ⟨[www.descargas.cervantesvirtual.com/pdf](http://www.descargas.cervantesvirtual.com/pdf)⟩. Consulta: 3 de junio de 2010.
- ⟨[www.es.wikipedia.org/wiki/](http://www.es.wikipedia.org/wiki/)⟩. Consulta: 30 de junio de 2010.
- ⟨[www.elpais.com/articulo/opinion/Londres/otros/](http://www.elpais.com/articulo/opinion/Londres/otros/)⟩. Consulta: 15 junio de 2010.
- ⟨[www.xa.yimg.com/](http://www.xa.yimg.com/)⟩. Consulta: 19 de abril de 2012.
- ⟨[www.es.scribd.com/doc/8611608/CONAIE-Las-nacionalidades-indigenas-en-el-Ecuador](http://www.es.scribd.com/doc/8611608/CONAIE-Las-nacionalidades-indigenas-en-el-Ecuador)⟩. Consulta: 19 de abril de 2012.
- ⟨[www.docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:sTmSzqWWFyMJ:files.campus.edublogs.org/](http://www.docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:sTmSzqWWFyMJ:files.campus.edublogs.org/)⟩. Consulta: 30 de junio de 2012.
- ⟨[www.unizar.es/deproyecto/programas/teoriad/...archivos/frame.htm](http://www.unizar.es/deproyecto/programas/teoriad/...archivos/frame.htm)⟩. Consulta: 27 de mayo de 2012.



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

25 años

*La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.*

*La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la subregión en América Latina y el mundo.*

*La Universidad Andina Simón Bolívar fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Es un organismo del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene su Sede Central en Sucre, Bolivia, una sede nacional en Quito, Ecuador, una sede local en La Paz, Bolivia, y una oficina en Bogotá, Colombia.*

*La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en el Ecuador en 1992. En ese año la universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la Ley de Educación Superior de 2000.*

*La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, y Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.*





EDICIONES  
LEGALES



COLECCIÓN  
PROFESIONAL  
ECUATORIANA

*Un espacio para quienes habitamos este hermoso país*

La lucha emancipatoria de los pueblos indígenas por sus derechos al territorio y a la autodeterminación, para enfrentar la injusticia cultural y la injusticia distributiva a las que han sido sometidos por siglos, son los temas que aborda este libro.

El estudio parte de la premisa de que este proceso ha significado la urgencia de repensar el Estado, la política y la democracia en clave del Estado plurinacional e intercultural, y de desarrollar sistemas de vida e instituciones y derechos para descolonizar la historia y el pensamiento. Argumenta que la crisis de legitimidad política, el vaciamiento de la soberanía estatal y el descentramiento del sujeto nacional, además de la crisis estructural de la economía de mercado e implementación de políticas globales hegemónicas, dificultan la equidad social e inclusión política de los sectores postergados, subyugándolos. Analiza las condiciones que delatan la necesidad de fortalecer (otras) identidades y nuevas formas asociativas para propiciar el cambio de los mecanismos distributivos, del régimen político y del modelo de desarrollo. Para, finalmente, demostrar que el proceso emancipador convirtió al movimiento indígena en un actor social y político diferente y capaz de formular un proyecto alternativo de sociedad.

La investigación se sustenta en un marco analítico que parte de la pregunta sobre si la constitucionalización de los derechos colectivos indígenas en el Estado constitucional de derechos ha coadyuvado o no al cambio de las relaciones de poder y a la consolidación democrática.

ISBN: 978-9978-81-182-5



9 789978 811825



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador

*25 años*



CORPORACIÓN MYL