

Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos

Ramiro Ávila Santamaría*

Introducción

Los “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos” serán abordados desde tres ideas preliminares: (1) la conceptualización de los elementos constitutivos de una institucionalidad, (2) el proceso de su construcción, y (3) los paradigmas históricos que la contextualizan, los cuales serán descritos en la primera parte de este ensayo.

En un segundo momento retrataremos, con los elementos conceptuales determinados en la primera parte, la institucionalidad en el estado liberal o estado legal de derecho. En la tercera parte, intentaremos demostrar que la institucionalidad de lo que debería ser el estado social de derecho o estado constitucional democrático todavía no está a la altura de las exigencias que emanan de las promesas de los derechos humanos.

El objetivo de este ensayo es tratar de señalar algunas falencias que tiene la institucionalidad actual y sugerir algunas pistas para lograr una nueva que sea acorde con los derechos humanos. Sugeriremos al final que, para asumir los retos de una nueva institucionalidad, no debemos descuidar el generar paradigmas conceptuales, bajo la premisa de que las ideas y la movilización social pueden generar cambios que alteren realidades opresoras y excluyentes.

Ideas preliminares

1. Elementos constitutivos de la institucionalidad

La “institucionalidad” será entendida en este ensayo como un conjunto complejo e interrelacionado de tres elementos: (1) una ideología que sustenta y justifica un sistema normativo que, a su vez, crea una organicidad, que lo llamaremos genéricamente “saber”; (2) un sistema normativo, al cual denominaremos “Derecho”, y que responde directamente a un “saber”; y (3) la institucionalidad propiamente dicha, que es la estructura que se genera con el objeto de aplicar el Derecho, a la cual denominaremos genéricamente “órganos”. En un estado de derecho, no pueden existir órganos que no provengan de las normas, por el principio de legalidad, y no pueden existir normas sin un paradigma conceptual. En otras palabras, los saberes generan derecho, el derecho crea órganos, los órganos reproducen saberes y crean normas, y se genera un círculo de interacción entre estos tres elementos.

a) Los saberes

El objeto de cualquier área de interés y de investigación del ser humano sólo es posible por las relaciones de poder y por las técnicas de conocimiento, que se apropian del objeto. Michael Foucault sostuvo insistentemente que “los saberes” (*knowledge*) crean poder y que el poder no puede sostenerse sino es a través del “saber”. Foucault pone como ejemplo el control del cuerpo de un niño, que está sujeto a varios saberes y disciplinas tales como la pedagogía, la pediatría y la criminología positivista. Las personas adultas ejercemos poder sobre las niñas y los niños. Por el saber, entonces se ejerce poder.^[1] En el plano de lo político-social, no es casual que los centros de poder, en cualquier momento histórico, tengan relación directa con la acumulación y la reproducción del conocimiento. El discurso del poder “no sólo persigue escribir papeles y decir palabras sino que tiene una misión política (...) todo acto discursivo (toda forma de conocimiento) es un acto de poder.”^[2]

Actualmente, por ejemplo, nadie podría dudar que Estados Unidos sea la principal potencia mundial[3] y que tenga las universidades mejor dotadas en profesores e infraestructura. En la Edad Media, y de esto testifican los escritos de Umberto Eco,[4] se concentró el conocimiento en las bibliotecas de los conventos religiosos, cuando el poder de la iglesia católica era inmenso. En la Edad Antigua, la quema de la biblioteca de Alejandría no fue sólo la quema de un edificio, fue la quema de una fuente del poder.[5] Igual sucedió en la quema de libros en la Alemania nazi,[6] y fue la misma idea que motivó toda la persecución en la época de la Inquisición por tener libros prohibidos.

Paulo Freire, uno de los más grandes pedagogos de nuestro continente, sostenía en su paradigma dialógico de liberación, que la investigación y la acción son indisolubles. Para Freire, el activismo sin conocimiento es tan inútil (dar palos de ciego, decía él) como el conocimiento sin acción. La conjunción del saber con la acción da como resultado el acto creador que libera al oprimido.[7]

Latinoamérica ha sido reproductora de conocimiento y nos ha costado crear conocimiento que pueda llegar a considerarse como poder. Nuestro conocimiento ancestral no ha podido ser sistematizado y socializado. Nuestras investigaciones académicas no son rigurosas, y las que existen son pocas. Sobre el trabajo académico, el filósofo argentino Enrique Dussel ha sostenido que la práctica ha sido la elaboración de un discurso “necesariamente ideológico, encubridor, justificante de la dominación.”[8] Nuestro interés y nuestra mirada científica ha sido dirigida hacia el centro y no hacia Latinoamérica. “Lo latinoamericano anda suelto, desborda su territorio, va a la deriva en rutas dispersas [...], lo latinoamericano no es una esencia, y más que una identidad es una tarea.”[9]

Los saberes, las ideas, el conocimiento producen hechos, construyen, justifican, critican o movilizan realidades, determina institucionalidad. Uno de los productos de los saberes es el Derecho.

b) El Derecho

El Derecho, cualquier derecho, es un conjunto de normas que tiene como objetivo regular las relaciones entre sujetos y ser un mecanismo para ejercer control social sobre un grupo humano. El Derecho, siguiendo la línea de Foucault, es un instrumento más del poder. El saber “se organiza alrededor de la norma, establece qué es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué se debe o no hacer.”[10]

El Derecho, que tiene vigencia en Latinoamérica, tiene una fuerte inspiración continental-europea y lo que hemos hecho es adaptarlo a nuestras realidades, aunque, como sostiene Diego López, en esa adaptación existe originalidad y creatividad (aunque también distorsión entre lo producido y lo comprendido).[11]

Al Derecho, con mayúscula, lo entenderemos no sólo como la norma expedida por una autoridad estatal que tiene competencia para ello, sino como un componente importante de la institucionalidad que tiene relación directa con la cultura, con la política y con la moral dominante. En la famosa metodología de la investigación de Alda Facio, se propone esta interrelación constante entre el componente estructural, cultural-político y normativo del Derecho.[12] El Derecho, entonces, es algo vivo, creado, interrelacionado y modificable.

c) Los órganos

Los órganos son la materialización del Derecho, que se encargan de su aplicación, y constituyen la institucionalidad propiamente dicha. Las ideas y el Derecho, para ser aplicadas eficazmente, requieren de una institucionalidad que las garantice. En un estado de derecho, éste legitima a la autoridad, que encarna la institucionalidad, y la autoridad aplica el Derecho.

Por órganos comprenderemos no sólo a las autoridades y personas que actúan representando al estado o con su aquiescencia, sino todo el aparato burocrático que tiene competencias, recursos y ejerce poder sobre las personas. Los órganos son, por ejemplo, las funciones del estado, los ministerios, las instancias públicas; en suma, los órganos son los componentes del estado que toman decisiones y actúan reforzando el *establishment* o alterándolo.[13] Los órganos tienen que tener una cualidad para ser

considerados dentro de esta comprensión de la institucionalidad: deben estar vinculados por el Derecho.

Los órganos están interrelacionados con los otros elementos enunciados: los órganos crean derecho y quienes los representan tienen saberes previos a ejercer autoridad.

2. El proceso de construcción de institucionalidad

Elizabeth Badinter,^[14] al describir al movimiento feminista en la historia, sugiere un proceso histórico que nos permite utilizarlo para la construcción de institucionalidad. Este proceso lo sintetizamos de la siguiente manera: (1) existe una realidad en la que objetivamente encontramos relaciones de sumisión-opresión; (2) la realidad es comprendida desde la experiencia y la razón, que es lo que podría denominarse conciencia; (3) la racionalización de la experiencia se manifiesta por medio de discursos y saberes; (4) los saberes, cuando son compartidos, movilizan social y políticamente; (5) la organización social canaliza el sentimiento de injusticia hacia la demanda al Estado o a quien tiene poder, para alterar la realidad de opresión; (6) la demanda, cuando no puede resolverse mediante la institucionalidad, porque no hay respuestas en el saber oficial, no hay normas jurídicas o no hay órgano capaz de dar soluciones, genera crisis; (7) ante la crisis, dos alternativas: dar un paso atrás, fortalecer el discurso y la práctica hegemónica por medio de la represión o persuasión, o dar un salto hacia adelante, que implica difundir el saber alternativo, crear nuevo derecho y nuevas instituciones. Por ejemplo, siguiendo a Badinter, coloquémonos en el siglo XVIII en Francia. La realidad de la época -como sucede aún en nuestro tiempo- fue la de una estructura social y política patriarcal: las mujeres eran excluidas y los hombres eran los únicos que ocupaban el espacio de lo público. La conciencia de exclusión se manifestó a través de grupos de mujeres que se juntaron para hablar de sus experiencias comunes y hasta de un movimiento de hombres, que se los denominó “los preciosos”, que surgió después de constatar que a los hombres les estaba vedado manifestar rasgos femeninos. Las formas de demanda se reflejaron tanto en la formulación de una Declaración de derechos de la mujer y en la feminización de hombres en espacios públicos. Sin duda, los comportamientos femeninos por parte de hombres y masculinos por parte de las mujeres debieron de haber generado más de una crítica. ¿Un paso adelante o uno hacia atrás? En 1804 se expide en Francia, un año antes de que Napoleón se corone a sí mismo como Emperador, el Código Civil. La regulación de las personas y de la familia será determinante en la resolución de la crisis. Los hombres son capaces y las mujeres están confinadas al espacio considerado privado. Es decir, Francia dio un paso atrás.

En la historia de la humanidad, siempre que hay crisis, la primera opción de los grupos de poder es fortalecer el *establishment*. Sin embargo, y muy a pesar de quienes ejercen arbitrariamente cualquier poder, la humanidad también da saltos hacia adelante. La prueba está en la evolución del Derecho y del Estado, en las conquistas de los derechos humanos por parte de las personas trabajadoras, mujeres, niños, niñas y adolescentes, indígenas, discapacitados. Las crisis generadas por los diversos movimientos de derechos humanos han logrado, sin duda alguna, importantes reformas normativas y jurisprudenciales en muchos países.

Los paradigmas de la institucionalidad

Todo paradigma conceptual y cualquier marco teórico son por esencia, cuando se aplica a la realidad, incompletos y relativos. Por el espacio y por el tiempo, la caracterización que a continuación haremos de los paradigmas será caricaturesca. Esperamos, sin embargo, que tengan utilidad para reflexionar sobre la institucionalidad y los derechos humanos.

Los paradigmas que hemos escogido, y sobre los cuales existen esbozos en otros documentos previamente escritos,^[15] son el paradigma liberal y neoliberal y el paradigma social o constitucional democrático (las palabras pueden tener distintas connotaciones, pero las usamos con un mismo sentido). Al utilizar estos paradigmas se pretende ubicar el análisis en un contexto histórico y filosófico, y explicar los fundamentos que justifican la existencia de determinadas instituciones. Estos paradigmas serán descritos en los

siguientes acápites.

Nos encantaría proponer un paradigma alternativo, basado en un saber alternativo y proveniente de la periferia. Sin embargo, no tenemos los conocimientos para ello y, además, pecaríamos de ingenuos. Nadie podría dudar que la estructura política de nuestros gobiernos y la base epistémica del pensamiento hegemónico en Latinoamérica es tributaria del pensamiento continental europeo, greco-romano. Por ello, creemos necesario remontarnos al pensamiento liberal clásico para tratar de entender cual es la fuente de conocimiento que creó las normas jurídicas y las instituciones que aún perduran en la Latinoamérica del Siglo XXI.

3. El paradigma liberal y neoliberal

a) El saber

El liberalismo clásico es una construcción de pensamiento complejo. Como todo conjunto estructurado de ideas que ha incidido tan determinante en las sociedades, es un pensamiento que abarca todos los ámbitos de la vida. Los pensadores clásicos liberales (Montesquieu, Rousseau, Diderot, Voltaire, entre otros) generaron todo un saber que provocó la Revolución Francesa.

La Revolución Francesa es la máxima expresión de una crisis social y política, que se venía gestando muchísimos años atrás, y que definitivamente, al menos en el campo teórico, logró hacer indefendible las teorías que sustentaron al *Anciane Régime*. [16]

Siguiendo con el esquema sugerido por Badinter, el poder estaba concentrado en una sola voluntad o clase social, que eran los aristócratas (incluida en esta clase la iglesia católica). La monarquía concentraba todo el poder. Lo que ahora conocemos como la administración del estado, la justicia y el parlamento, como poderes autónomos e independientes, en aquella época no existía. La administración de justicia, por ejemplo, como cuenta Foucault en su *Vigilar y castigar*, se ejercía a través de la compra de títulos que emanaban de los monarcas. [17] El pensamiento que sustentaba el poder absoluto se basó en el iusnaturalismo teológico. La legitimidad del poder político y religioso, que estaba confundido en un solo poder, se explicaba por la determinación divina de los monarcas y papas.

Si uno utiliza, por ejemplo, el diagnóstico de aquella época sobre la monarquía, la fuente de todos los males proviene de la concentración del poder. La gran teoría de Rousseau será la racionalización del concepto de soberanía del estado. La soberanía radica en el pueblo y no en una clase social ni en dios. La soberanía se va a expresar por medio de la voluntad general del pueblo, que se manifestará en la deliberación de las personas dotadas de cierta capacidad. Las personas consideradas capaces para determinar la voluntad general serán las ciudadanas. Éstos tendrán legitimidad para crear leyes, someter a la autoridad administrativa y determinar el resultado de los conflictos sometidos a los jueces. [18] El concepto de soberanía complementará la teoría liberal en el ámbito externo. Los estados podrán ejercer total control interno y ningún otro estado podrá meterse en sus decisiones. Finalmente, para completar el saber legitimador, ninguna idea mejor que el contrato social, que es un pacto hipotético entre las personas que habitan en una nación, y en el que todas ceden algo de su libertad para poder tener seguridad. Sin el contrato social, que caracteriza a una sociedad civil, la humanidad viviría en un estado de naturaleza, y en el que pueden suceder dos situaciones: los seres humanos son lobos entre sí (Hobbes) o reinará la arbitrariedad y la imposición de una clase que es la que puede ejercer sus libertades negando las de otros (Locke).

El iusnaturalismo, durante la Revolución Francesa, continuó siendo el pensamiento dominante, pero basado ya en la racionalidad. La razón puede develar e interpretar las leyes de la naturaleza. Tal será la idolatría en la Francia revolucionaria, que las iglesias católicas se convertirían en templos de la razón. [19]

En cuanto a las ideas, que en ese momento eran subversivas (cabe recordar que la familia de Rousseau fue exiliada por motivos de persecución religiosa, [20] la "Defensa del Espíritu de las leyes" de Montesquieu fue catalogado como libro prohibido por la Iglesia) [21] el liberalismo sostendrá como pilares de su "saber" el principio de la libertad y

el de la propiedad.

Los seres humanos nacen y son libres. En estado de naturaleza, afirmará Locke, todos somos libres.[22] El problema está en que, en el uso de la libertad, unos pueden oprimir a otros. Para evitar esta posibilidad surge el Derecho y surge la necesidad del estado. El liberalismo contemporáneo tendrá contundentes exponentes. Entre otros, Isahia Berlin[23] y Michael Ignatieff,[24] que desarrollarán la necesidad de proteger la libertad negativa y advertirán sobre los peligros de la intervención del Estado. La consecuencia lógica de la premisa de la libertad, en términos de organización, será que el Estado no puede entrometerse en la esfera de ejercicio de la libertad. Las personas tienen inmunidad y el Estado es gendarme, sólo interviene cuando hay problemas entre las personas privadas. La esfera pública y la privada tienen una línea divisoria clara y definida. En la esfera privada, no entra el estado y el hombre adulto será el controlador. La esfera pública, en cambio, es propia del quehacer político y exclusivamente de los hombres.

La propiedad también es un derecho natural, inalienable y anterior al Estado. Esta idea, también subversiva en el momento, es una reacción a la propiedad absoluta del Estado y a la arbitrariedad en su manejo. El Estado podía expropiar y pedir tributos sin justificación alguna. El Estado en lugar de disponer de la propiedad, se va a encargar de protegerla.

El Estado, como consecuencia, tiene que ser mínimo. Cualquier expansión del estado debe presumirse sospechosa. Locke y -trescientos años después- Nozicksostendrán que la única función del Estado es la de proteger a los ciudadanos de la violencia, robo y fraude, y la de hacer cumplir los contratos.[25] El mercado será el espacio privilegiado para el ejercicio de la libertad. La libertad será la condición para que funcione la mano invisible del mercado, como ya lo enunciará Adam Smith en *La riqueza de las naciones*. Cualquier persona que persigue su interés personal contribuye a la consecución, sin saberlo, del bien común. La vida económica se autorregula y lo hace de manera automática a través del mercado.[26]

El principio que garantizará la soberanía, la libertad y la propiedad, será el de seguridad jurídica. La regulación de las situaciones problemáticas en el ejercicio de la libertad y en las formas de disponer la propiedad, deberá estar expresamente contemplado en reglas jurídicas. Las reglas jurídicas, por tal motivo, deben determinar con claridad las hipótesis que serán objeto de consecuencias jurídicas y las obligaciones o sanciones si se satisface, en la realidad, la hipótesis.

Finalmente, el golpe al autoritarismo del poder absoluto será el supremo derecho a la resistencia. Si la soberanía popular se viera amenazada por la soberanía de una persona o clase, las personas podrán rebelarse, como lo hicieron en la Revolución Francesa.

La consistencia teórica del liberalismo ha sido desarrollada y perfeccionada por el neoliberalismo. El estado y las relaciones internacionales todavía se basan en su matriz filosófica, aunque sus elementos teóricos son más complejos y actuales. La propiedad privada tiene múltiples derivaciones en la propiedad intelectual y en la protección de bienes intangibles, relacionadas con cuestiones tales como las finanzas y la inversión. Las personas jurídicas, que llegaban a tener capacidad dentro de las soberanías nacionales bajo la ficción de ser como personas naturales, ahora son multinacionales que están sobre los estados y que son actores importantes en las relaciones internacionales. La soberanía nacional se relativiza frente a los acuerdos de libre comercio en la comunidad de naciones. Los estados tienen que dejar de hacer actividades que pueden hacer los agentes particulares y tienen que seguir siendo mínimos.

Resumiendo, el pensamiento liberal es altamente atractivo y en su momento fue emancipador, aunque para una clase social. Las ideas que se desarrollan tienen relación con el estado, que es soberano, representativo y gendarme, con el derecho natural de la libertad y la propiedad, y con el desarrollo de instituciones que protejan lo concebido como derechos.

b) El Derecho

Una de las expresiones jurídicas más representativas del derecho liberal clásico es la conocida *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*,[27]de 1789. El pensamiento liberal se plasmó jurídicamente en este texto, que posteriormente se convertiría en parte integrante de la Constitución.

La Declaración proclama que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”[28] Claras ideas de Locke y del utilitarismo, que serán desarrolladas en su máxima expresión por Bentham. Enseguida se determinan con claridad los intereses de los burgueses, protagonistas y beneficiarios de la Revolución Francesa, “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. [29] Allí se evidencia el credo liberal. En la siguiente regulación tenemos el pensamiento de Rousseau, “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”. [30] Luego, la Declaración desarrollará la libertad, sus alcances y sus límites, [31] la teoría de la ley como voluntad general y el concepto de ciudadanía, [32] la seguridad jurídica, [33] la propiedad. [34] Uno de los artículos mejor formulados y determinantes en la conformación del Estado de derecho enuncia lo siguiente: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. [35]

La Declaración, en Francia, se constitucionalizará pocos años más tarde. En Estados Unidos, de igual modo, los principios liberales de los derechos humanos pasarán a formar parte desde la incorporación de las primeras enmiendas de la Constitución.

Los principios de la Declaración del Hombre y del Ciudadano tendrán su máxima expresión normativa en tres cuerpos jurídicos: el Código Civil, la parte orgánica de las Constituciones liberales y el Código Penal.

El Código Civil se expide en 1804 en Francia que, efectivamente, regulará con harto detalle la autonomía de la voluntad y la propiedad, ambos en la esfera privada. La autonomía de la voluntad se podrá ejercer siempre que se tenga capacidad y no esté prohibida por el Código Penal. La capacidad, que en el ámbito público será el equivalente a la ciudadanía, permitirá que las personas puedan obligarse y ejercer derechos. La ley considerará capaces solamente a quienes aprecia como “*optimo iure*”, que son básicamente las personas adultas y de sexo masculino. Aunque no sea explícito, pero se puede fácilmente deducir, también se requiere ser propietario, de lo contrario no tendría sentido ser capaz. La capacidad permite ejercer la libertad. Por la capacidad soy sujeto de derechos subjetivos, puedo fundar y tener familia reconocida legalmente, puedo usar, gozar y disponer de los bienes, puedo determinar el destino de los bienes acumulados en vida después de la muerte, puedo hacer leyes en lo privado, que es el derecho de los contratos.

La propiedad será propiamente el objeto de preocupación y regulación del Código Civil. Todos los supuestos de lo que puede suceder a la propiedad de un burgués del siglo XIX estarán plasmados en el Código Civil. El libro sobre los bienes tiene todas las hipótesis de adquisición, pérdida o limitación de la propiedad, los derechos y las obligaciones correspondientes. La manifestación de las normas se las hará por medio de las reglas jurídicas, que serán consideradas como la única manifestación del Derecho, y que será - como ya hemos dicho- la forma de expresión de la seguridad jurídica. Las personas capaces saben con anterioridad, al realizar acciones o actos jurídicos, cuáles son las consecuencias y sus obligaciones.

El derecho constitucional decimonónico será eminentemente orgánico y procedimental. Las normas constitucionales establecerán el requisito fundamental para ejercer la libertad en el ámbito público: la ciudadanía. Serán ciudadanos las personas mayores de edad, hombres, propietarios que no trabajan en relación de dependencia y educados. Por supuesto que tales requisitos sólo podrán tener, una vez más, los burgueses y éstos serán quienes acceden a cargos de representación. En suma, los burgueses serán quienes ejercen la soberanía popular y expresarán, mediante leyes, la voluntad general. Este fenómeno en Francia ocurrirá en Inglaterra y también, por supuesto, en Latinoamérica. En Inglaterra, el enunciado de igualdad será “efectivo exclusivamente para los hombres varones que son propietarios virtuosos (excluyendo así a las mujeres, a los esclavos africanos, a los indios americanos y a los asiáticos, a los trabajadores ingleses asalariados).” [36] En nuestro continente, se entendía como *pueblo* “exclusivamente como el cuerpo civil de criollos ilustrados y poderosos, y excluía de la soberanía popular al pueblo ínfimo, criollos e indios iletrados.” [37] [...] Las masas indígenas, los antiguos

esclavos africanos, los mulatos y los zambos, los mestizos y los inmigrantes empobrecidos constituirán un pueblo de pobres excluidos de la ciudadanía real.” [38]

La constitución señalará dos cuestiones fundamentales para determinar la validez de las normas jurídicas. Por un lado, señalará las formas de designar las autoridades y, por otro, el procedimiento que se debe seguir para expedir una norma jurídica. De esta forma, se establecerá la existencia de un solo sistema normativo en una sola nación, que pretenderá uniformar los intereses de las personas.

Finalmente, para completar la trilogía normativa, el Código Penal será el último y más violento garante de los valores liberales. Todo lo que no esté tipificado en el Código Penal está permitido hacer a las personas. Lo tipificado va a hacer exactamente lo que molestará a los burgueses: obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de propiedad (robo y hurto), obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho a la libertad (privación arbitraria de la libertad), hacer en lo público lo que no esté expresamente autorizado (peculado, prevaricato), no hacer lo que se creía se debe hacer (vagancia).

El Derecho como ciencia autónoma se va desarrollando poco a poco hasta finalmente llegar a su punto culminante con *La teoría pura del Derecho* de Kelsen. Durante el siglo XIX, el derecho es parte de la filosofía, con fuertes vínculos con el derecho canónico y el derecho romano. En el siglo XX la intención fue separar el derecho de las ciencias naturales, de las ciencias sociales (política, historia), de la moral, y convertirlo en un área del conocimiento autónomo.

La teoría del Derecho se resumirá magistralmente en los títulos preliminares de los códigos civiles. Ahí encontramos la definición de ley, la interpretación, la validez, las soluciones en casos de conflictos de leyes. En el derecho internacional, se consolida el concepto de soberanía con el acuerdo que estableció la paz de Westfalia (1616), y, en el siglo XX, con la Carta de Naciones Unidas (1945).

c) Los órganos

La división de poderes clásica, tan promovida por Montesquieu como la solución para la concentración de poder y la forma de evitar la arbitrariedad, se manifestará en teoría en un poder legislativo, uno judicial y otro administrativo. Cada poder tendrá un órgano, una función y múltiples funcionarios que lo componen. La composición y función son consecuentes y coherentes con el ideario liberal. Por la comprensión de la ciudadanía, sólo los burgueses podrían conformar los tres órganos. El objetivo -como ha quedado dicho- está determinado por la realización de la libertad, la propiedad y la seguridad.

El órgano legislativo se encargará de dictar leyes que desarrollen y regulen la libertad, propiedad y seguridad, que, como sabemos, es el Código Civil y el Código Penal principalmente.

La libertad, recordemos, estará bajo la responsabilidad de las personas. El estado, gendarme, intervendrá exclusivamente cuando se presenten problemas de abuso entre particulares. La intervención puede ser policial o judicial. La policía prevendrá y ejecutará las sentencias de los jueces. La administración de justicia sólo tendrá competencia para resolver conflictos en la aplicación de las leyes y siempre son conflictos horizontales, entre iguales, entre personas capaces.

La administración pública se encargará exclusivamente de la ejecución de las leyes y, por tanto, de la realización de los principios liberales. Se crearán instituciones que facilitarán el mercado y el comercio, tales como bancos, que se irán complejizando, hasta llegar a las bolsas de valores y a los sistemas financieros internacionales.

La seguridad jurídica de la propiedad requerirá múltiples instituciones, tales como los registros de propiedad, las notarías o fedatarios públicos, los órganos de control y siempre, como uso de la fuerza en el ámbito interno, la policía.

En el ámbito internacional, el concepto de soberanía, que no admite intromisión externa, requerirá de la presencia de fuerzas armadas, como garantes de respeto a las naciones.

4. Las crisis del liberalismo

Alain Touraine ha sostenido que existen tres olas en el mundo moderno. La una, de

carácter político, que es la revolución francesa; la otra, de carácter económico, que fue la revolución socialista; y la última, de carácter cultural, que es la que estamos atravesando.[39] Las olas se montan sobre las otras y no las eliminan. El liberalismo ha dado tanto a la humanidad que mal podemos estigmatizarla como una revolución burguesa que merece ser desterrada, aunque sí superada, corregida y aumentada. Hay conceptos liberales que se han ido adaptando a las luchas de emancipación, como el discurso de los derechos y el de la ciudadanía.

En la revolución socialista, el modelo liberal tuvo su primera crisis. El *optimo iure* burgués compartió el poder con la clase obrera y la campesina. El saber crítico marxista logró generar movimientos de carácter internacional. El sistema liberal-capitalista se basó, según el discurso marxista, en la propiedad de los bienes de producción, en la acumulación de la riqueza y en la explotación de los obreros y campesinos. Se generó conciencia política y se promovió la lucha de clases. La propuesta sin duda fue emancipadora y proponía la transformación de otra clase social no considerada por el Derecho y peor por la institucionalidad. Ante una crisis, ya sabemos, puede haber dos salidas: la reafirmación del sistema que se trata de cambiar, mediante la represión o renovación ideológica, o la transformación. Todo eso sucedió en el siglo XX. La represión se manifestó, por ejemplo, en la famosa persecución de MacCartur a los comunistas norteamericanos,[40] en los conflictos internos en todos los países periféricos; la transformación se dio en Europa con el pacto y la creación de la social democracia y, de forma radical, la revolución, como medio de cambio, se intentó en muchos países periféricos.

La solución a la inconformidad, en la Europa continental, en el régimen liberal se llamó *Welfare State*. El estado de bienestar introdujo importantes innovaciones de carácter social, pero relacionadas directa y exclusivamente con la clase emergente. Las constituciones incluyeron los derechos laborales, que regularon la seguridad social de las personas que trabajaban en relación de dependencia.

La otra crisis, que se produjo entre 1914-1919 y 1939-1945 tiene que ver con lo que se denominó en la historia occidental como guerras mundiales. Los conceptos de soberanía, ciudadanía, capacidad, sujetos de derechos, estado de derecho en suma, con los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, no pudieron prevenir, controlar ni reparar la muerte de millones de personas. Nada nuevo en el mundo, por cierto, pero sí nuevo en la cuna del saber occidental de la modernidad, la propia Europa.

Finalmente, una última crisis se produjo por el despertar de las identidades: el movimiento de derechos civiles de los negros en Norteamérica y de los derechos de las mujeres en los años sesenta, el movimiento de los derechos de los indígenas en los años setenta, el movimiento de los GLBT (Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales), el movimiento de los derechos de los consumidores, de las personas discapacitadas. Todas las identidades no hegemónicas están en situación de invisibilidad, sumisión o exclusión. El saber dominante y las leyes vigentes a la época son insuficientes y hasta discriminatorias.

Las primeras transformaciones jurídicas se plasmaron en el ámbito constitucional[41] y luego en el ámbito internacional.[42] En lo que Bobbio describiría como el proceso de positivización, generalización e internacionalización, que conduce a la especificación.[43] Las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos serán como un escudo potente, al menos en teoría, y de movilización de las personas más débiles frente a los grupos de poder; y, en cuanto a la protección judicial efectiva, en instrumentos bastante débiles y hasta simplemente retóricos. El derecho de los derechos humanos tendrá un desarrollo impresionante, particularmente los derechos que se conocen como civiles y políticos.

Las instituciones, sin embargo, poco cambian. Y los cambios lo hacen de forma lenta y hasta a veces de forma regresiva. En algunos casos, y esto sostendremos en el siguiente acápite, los cambios son funcionales a la estructura liberal y no han logrado superar un estado protector casi exclusivo de la libertad y de la propiedad.

La crisis no ha sido superada. La crisis es una acumulación de crisis: económicas (la pobreza y la fragilidad macroeconómica del sistema financiero), políticas (más de 70 guerras nacionales e internacionales, democracias no representativas) y culturales (discriminación e intolerancia al extranjero y al diferente). Estas crisis, a diferencia de la revolución francesa y hasta socialista, que tenían un contexto nacional y tanto víctimas

como opresores eran determinables, tienen un contexto global y harto difuso. Capella denominará a esta época como el tiempo de “barbarie”, en la que “una civilización entra en regresión y pierde algunos de sus rasgos estructurantes al poder afrontar los problemas generados por su propia dinámica y no disponer de instituciones o lógicas sociales adecuadas para ellos.”[44] Urge un nuevo diseño paradigmático.

5. El paradigma constitucional democrático en tiempos de globalización

a) El saber

Desde el siglo pasado vivimos la era de la información. Los saberes circulan con mayor velocidad y frecuencia. El saber hegemónico sigue imponiéndose a través de los grandes medios de comunicación y las cadenas de entretenimiento. El saber alternativo, a pesar de ello, también ha tenido más posibilidades de ser difundido. El flujo de información ha permitido reaccionar de forma inmediata frente a violaciones de derechos humanos y hasta ha permitido la organización simultánea de protesta.[45]

Ante las crisis, el modelo liberal, con el neoliberalismo, se ha reforzado y persiste en dar un paso atrás. Con este modelo conviven las propuestas para dar un paso hacia adelante, que en este ensayo las englobaremos en el paradigma constitucional democrático. Como siempre, los dos caminos existen y parecería que estamos recorriendo el modelo neoliberal con ropaje constitucional.

El modelo neoliberal intenta rescatar y renovar el ideal liberal decimonónico con algunos componentes que, al momento, no eran muy claros, como la democracia. El neoliberalismo, además, ha logrado incluir en el discurso conceptos de carácter emancipador, como los mismos derechos humanos, la participación, el acceso a la justicia y el género. Finalmente, el neoliberalismo, en lo internacional, propone una concepción de Estado facilitador y menos rígido en cuanto a la soberanía decimonónica. Revisemos estos elementos.

La propiedad, que se basaba en algo tangible, como la tierra y los bienes de producción, pasa a ser un bien inmaterial, como las inversiones, la propiedad intelectual, las finanzas. Ambas formas de propiedad, tanto material como inmaterial, son la base de la seguridad y del desarrollo humano. Aunque se logra plasmar el concepto de propiedad con función social, este componente será el excepcional. Autores, como Nozick, considerarán que toda función comunitaria y distribuidora del estado será usurpadora y sospechosa. Se propone una renovación de la propiedad privada, en contra de lo público que es fácilmente cuestionable, por medio de las privatizaciones.

La libertad seguirá siendo el discurso más utilizado en la retórica neoliberal. Escritores como Friedman crearán que la mejor forma de estimular la economía es permitiendo la libre iniciativa de las personas. Se dirá que el reto más grande, e incentivo al mismo tiempo, para incrementar la producción es la libre competencia y el acceso a mercados internacionales. En este sentido, el discurso de apertura y el libre comercio estará en la agenda pública internacional. Además, el discurso de la libertad será el que justifique las guerras de agresión bajo el ropaje de la intervención humanitaria.

El discurso neoliberal ha ido adaptándose a los saberes alternativos. El discurso de los derechos humanos ha sido utilizado como la gran característica de las democracias liberales de este siglo; sin embargo, cuando se habla de derechos humanos la comprensión se limitará a los derechos civiles y políticos, y a las obligaciones que tienen carácter negativo (derechos de inmunidad). En el discurso de derechos humanos, además, existirán cláusulas de salvedad, que impondrán la suspensión o restricción de derechos en estados de excepción y por razones de orden público o bien común. En este sentido, se impusieron en los años 60 y 70 restricciones de derechos por la doctrina de la seguridad nacional. Por ejemplo, en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1986, que sería cambiada en 1991, una de las normas más invocadas y que tuvo real aplicación fue la del estado de excepción.[46] Por la teoría del bien común, el Banco Mundial en el año 73 restringirá los derechos humanos a cinco objetivos, que los llamó necesidades básicas, y creará una institucionalidad basada en el consenso de Washington, que promoverá un equilibrio macroeconómico, un gobierno mínimo y eficiente, un sector privado en expansión y políticas destinadas a reducir la pobreza.[47]

La participación social y el género también fueron discursos incorporados a la teoría neoliberal. En la participación social, dentro de las prioridades determinadas por agencias internacionales, los beneficiarios podrán “escoger” entre las opciones presentadas. La participación legitimará la intervención externa y a través de un discurso que se conoció como “desarrollo”. De igual modo, el género como concepto se adoptó, aunque de manera formal, para legitimar formas renovadas de autoritarismo patriarcal.

Finalmente, la democracia será un concepto potente de legitimación del poder. Fukuyama es famoso en su *Fin de la historia* por sostener, al caer el muro de Berlín y el socialismo como modelo de gobierno, que la democracia liberal es la máxima expresión del proceso civilizatorio de la humanidad, aunque en un libro posterior sostendría que la historia no se detendrá mientras la ciencia siga avanzando.[48] La democracia se basa en la división de poderes, en las elecciones libres, en la representación y en los procesos de deliberación.

El modelo constitucional democrático es una evolución del modelo liberal. Los avances del modelo liberal son parte integral del modelo constitucional democrático. Pero éste avanza sustancialmente en algunos aspectos: la libertad y los derechos se entienden de forma integral, se agregan otros principios: la dignidad, la igualdad sin discriminación, la solidaridad y la democracia sustancial.

La libertad se entiende desde la perspectiva también positiva. Amartya Sen en su *Libertad como compromiso social* desarrolla la idea propuesta por Berlín (y que parecía sospechosa) y le agrega la dimensión prestacional de la libertad.[49] Desde la doctrina de los derechos sociales -ahora parece obvio- para ejercer la libertad hay que tener las condiciones que faciliten su ejercicio. Sólo podemos ser genuinamente libres si disponemos de información, alimentación, salud, educación. Es decir, el Estado no sólo deberá abstenerse de intervenir arbitrariamente en el ejercicio de la libertad de las personas particulares sino, también, deberá realizar acciones deliberadas para que efectivamente se pueda ejercer la libertad.

La igualdad dejará de ser simplemente formal. En el régimen liberal todos somos iguales ante la ley, a los iguales hay que tratarlos como iguales y a los diferentes como diferentes (el famoso *equal but separate* del constitucionalismo norteamericano antes del caso Brown contra el Board of Education). En el régimen constitucional, la diferencia tendrá también importancia. En la clásica fórmula de Santos, todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza. Entonces, estamos en una concepción de la igualdad sustancial.[50]

La dignidad entendida como la necesidad de que todas las personas sean consideradas y respetadas, y la proscripción de la instrumentalización del ser humano. La célebre fórmula kantiana de que nadie debe ser un medio para que otros cumplan sus fines salvo que sea medio y fin al mismo tiempo,[51] ha provocado que, a nivel jurídico, como describe Alexy, el artículo uno de la Ley Fundamental Alemana que proclama que el Estado tiene como fin realizar la dignidad, tenga más de 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal.[52]

El principio de solidaridad es la fuente de las obligaciones. En sociedades complejas, la solidaridad es un principio que ayuda a cumplir las dimensiones prestacionales de la libertad, la igualdad sin discriminación a través de las acciones afirmativas y hacer efectiva la dignidad. Kant derivaba su fórmula en lo que él llamaba el deber de beneficencia, que es su equivalente, y a través del cual tengo un deber frente a las personas que necesitan para luego tener autoridad moral cuando yo lo necesite.[53] Por el principio de solidaridad, tiene sentido imponer labores de cuidado a los hombres, tributos en función de la capacidad contributiva, prestación de servicios sociales y hasta servicio militar obligatorio.

Finalmente, en esta breve descripción de características que no son excluyentes de otras, tenemos que mencionar a la democracia sustancial, como lo ha caracterizado Ferrajoli.[54] La democracia no sólo es procedimental, y debe presumir que las mayorías piensan en el bienestar de todas las personas. La democracia también es sustancial: importa el contenido y el objeto del debate, y éste tiene límites, que no son otros que los derechos humanos. De lo sustancial, se deriva el control de la constitucionalidad que hacen los jueces constitucionales en los casos que conocen, y el control que hacen las cortes constitucionales de las leyes, que tienen efectos generales. Una ley puede ser

vigente, por seguir el trámite formal, pero inválida por no corresponder a la parte dogmática de la Constitución.

A pesar de estos avances, hay que admitir que existe un déficit de reflexión sobre el contenido y el alcance de derechos que no tienen relación con los civiles y políticos liberales. Los derechos sociales en los últimos años han provocado niveles de reflexión importantes aunque no lo suficientes para que sean estudiados y comprendidos por grandes públicos. De igual modo, el saber indígena todavía sigue siendo marginal y no es motivo de debates serios en espacios no indígenas.

b) Las normas

El desarrollo normativo neoliberal y constitucional democrático, en ciertos niveles, ha sido enorme. El neoliberalismo ha producido un nivel considerable de detalle sobre la regulación de la propiedad, la inversión, las finanzas y la competencia, tanto en lo nacional como en lo internacional.

El constitucionalismo también logrará desarrollar normas en el ámbito constitucional y en el ámbito de derecho internacional de los derechos humanos. Todas las constituciones de Latinoamérica tendrán un listado amplio de derechos, algunas reconociendo incluso a los derechos sociales como derechos fundamentales y de cumplimiento inmediato. A escala internacional, en 1948, se expedirá la Declaración Universal de Derechos Humanos, el mismo año la Convención contra el Genocidio; en 1949 se actualizarán las normas del Derecho Internacional Humanitario que pretenderán humanizar los conflictos armados; en 1953 se expedirá la Convención Europea de Derechos Humanos, y así sucesivamente, no cesarán de desarrollarse ni de innovarse las listas de derechos. De igual modo, se emitirán resoluciones y declaraciones frutos de eventos globales temáticos sobre derechos humanos. Sin embargo, estas normas seguirán siendo harto ambiguas, particularmente las que tratan sobre derechos sociales, y no se desarrollarán de forma consistente en el ámbito legislativo.

Si una persona analiza el sistema jurídico de su país, podrá encontrar que las normas existentes tienen relación con la propiedad y la autonomía de la voluntad en diversas esferas y ámbitos. Las normas relacionadas con derechos humanos estarán meramente en la constitución y en algunas normas secundarias. La explicación de este fenómeno lo encontramos sin duda en la cultura jurídica. La enseñanza de los derechos humanos será excepcional en las facultades y, en las que la tienen, será marginal. La cultura jurídica es positivista, conservadora y civilista.

Positivista porque la teoría jurídica se basa en la validez formal de la norma, en la concepción de un sistema jurídico completo y en la interpretación basada en la exégesis de las normas.^[55] Conservadora porque rinde tributo a la historia y a la voluntad mítica de un legislador ancestral. Civilista porque la columna vertebral del estudio del derecho es el Código Civil que, como hemos afirmado, tiene como objeto de estudio la autonomía de la voluntad y la propiedad privada.

La cultura jurídica, reproducida principalmente por las facultades de derecho, forma abogados y abogadas que se ubican en la legislatura y en la judicatura, que no pueden hacer otras cosas que leyes de carácter liberal y neoliberal. Muchos de los mejores abogados y abogadas son cooptados por los estudios jurídicos, que con eficacia lograrán llevar a dimensiones internacionales el conocimiento civilista. El derecho de la propiedad no sólo que no permite un paso atrás, sino que se perfecciona.^[56] El saber jurídico alternativo, en cambio, no tendrá espacios y sus gestores serán excepcionales y poco conocidos.

Uno de los avances sustanciales del constitucionalismo, en relación con la producción de normas, será la ruptura de la concepción de que las leyes son las únicas fuentes del derecho. La sociedad, el estado y las normas serán plurales. La ley dejará de ser "la reina" de las fuentes y pasará a ser una fuente más, que compite con normas como las que emanan del derecho indígena y con las que producen las cortes constitucionales y las cortes internacionales.

El constitucionalismo democrático ha logrado fundir en la Constitución dos escuelas antes irreconciliables: el iusnaturalismo y el positivismo, en una especie de eclecticismo teórico.^[57] Una norma que establece un derecho humano en la Constitución es una

norma positiva. Pero, por el enunciado harto general y ambiguo, requiere de interpretación moral. Por ejemplo, la dignidad y la prohibición de trato degradante. La consecuencia de esta constatación es que el legislador o constituyente creará una norma que para ser aplicada deberá ser interpretada. La interpretación desarrollará el contenido del principio y se convertirá, para casos análogos, en precedente general y obligatorio; o sea, las sentencias de la corte constitucional son fuente del derecho.

El fenómeno de la jurisprudencia constitucional como fuente de normas es nuevo en Latinoamérica. La creación de Cortes Constitucionales que aplican las normas que contienen derechos humanos y que crean precedentes comienza a partir los años noventa. En Colombia, a partir de 1991, la Corte Constitucional ha producido 16.979 sentencias sobre violaciones a derechos humanos (a 2007).^[58] Ecuador, a partir de 1996, aunque de manera tímida, también ha producido centenares de sentencias. Los primeros tribunales constitucionales surgen en Europa en los años cuarenta y son de posguerra, no tienen más de cincuenta años, y en Latinoamérica menos de veinte. Este fenómeno, comparado con el desarrollo del derecho civil, que lo remontan sus estudiosos a la época de Justiniano (482-565) en Roma hace más de quince siglos, es evidentemente nuevo.

Necesitamos normas que no se basen exclusivamente en la propiedad y para ello necesitamos juristas que tengan la capacidad de hacerlo. De este modo, cambiaría el Derecho y, consecuentemente, la institucionalidad.

c) Los órganos

En la lógica que estamos siguiendo, si hay saber, hay normas, y si hay normas, hay órganos. Hemos intentado demostrar que, en lo relativo al derecho social y público, que es la esfera innovadora de la universalidad de los derechos humanos, hay saberes incompletos, hay normas deficitarias y, consecuentemente, hay órganos inadecuados.

El Estado sigue teniendo una estructura liberal. El poder administrativo o ejecutivo ha desarrollado y privilegiado órganos que tienen que ver con el manejo macroeconómico del estado para estabilizar la economía de sociedades inequitativas y excluyentes. Si comparamos los presupuestos de los ministerios, y con ello apreciamos la voluntad política de un estado, entre las carteras o ministerios que se dedican a lo financiero y las que se dedican a lo social, encontraremos que las primeras tienen más recursos humanos, mejor sueldo y mayores montos para el cumplimiento de objetivos que los segundos. Otro ejemplo, si comparamos el rol de las representaciones internacionales y la estructura de los ministerios de Relaciones Exteriores, encontraremos que las embajadas y los consulados privilegian los contactos y el trato preferente a los empresarios más que a los migrantes; importará más promover al país desde la consideración de ser un país digno a invertir, que un país que se esfuerza por promover y proteger la dignidad de las personas.

Para poner un ejemplo menos especulativo, en una investigación realizada por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito) sobre la estructura de los jueces y sus competencias, se determinó que del 100% del tiempo que un juez civil dedica a resolver, 97% tiene que ver con la aplicación del Código Civil y apenas un 3% sobre los derechos de las personas reconocidos en la Constitución. Del total de jueces de primera instancia, que son 678, sólo el 21% de ellos se dedica a la Constitución, de manera marginal y excepcional.^[59]

El aparato que protege la propiedad y las libertades es inmenso y caro.^[60] Sólo enumeremos la estructura institucional: cuando usted tiene un bien inmueble, como un departamento o un pedazo de tierra, los linderos están en un registro de la propiedad, tiene un municipio que le presta servicios, tiene un juez de lo civil que le va otorgar derechos, tiene una policía que va a evitar que los sustraigan o eficazmente le va a desalojar, tiene notarías que van a certificar la titularidad de la tierra y garantizarán la promesa de venta o cualquier otra transacción, tiene bancos que le van a aceptar su pedazo de tierra como garantía; ahora pensemos que usted es un empresario exitoso, tendrá una superintendencia de compañías, un centro de propiedad intelectual para registrar sus productos, una cámara de comercio para defender los intereses gremiales, habrá una bolsa de valores para comerciar con sus acciones, existirán superintendencias de bancos para que usted se sienta seguro del depósito de su dinero y, por supuesto, los mismos jueces civiles le garantizarán el cumplimiento de los contratos.

Si usted hace transacciones a escala global, también encontrará organizaciones harto poderosas que facilitarán sus actividades. El Banco Mundial promoverá un acuerdo global (Consenso de Washington), en el que incluirá una agenda privatizadora y una reforma integral a la justicia para dar seguridad a la inversión extranjera. Como la justicia no es confiable, particularmente la de los países periféricos, se creará un mecanismo de confianza que es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); de igual modo, siempre pensando que usted es un empresario exitoso, que seguramente ha invertido en las campañas electorales de sus presidentes, el estado, a través de sus relaciones diplomáticas, garantizará sus inversiones y facilitará el acceso de sus productos a otros mercados, si es que no le ofrece un ministerio o exenciones fiscales. Finalmente, el recurso de la guerra, como mecanismo de protección de intereses económicos, ha sido utilizado en las últimas guerras tanto nacionales como internacionales. No es casual que donde hay guerra, hay disputa de recursos naturales. Por ejemplo, la agresión a Irak tiene que ver con el control del petróleo, la guerra en Afganistán por el gas, en Colombia hay guerra en zonas de petróleo, de producción de drogas y bosques. Las guerras son provocadas, además, por la gran industria armamentista, que está a la punta en tecnología e investigación científica.[61]

El Constitucionalismo también tiene sus órganos. Desde los años noventa, a escala nacional, por todo el mundo occidental, pulularán las Defensorías de los Pueblos, que pocos años más tarde se burocratizarán y tendrán un funcionamiento deficiente; se crearán garantías judiciales a cargo de los jueces civiles, que tendrán un carácter residual (sólo si el sistema ordinario y civil no funcione) o cautelar (sólo cuando las violaciones a derechos humanos son graves y urgentes); en último instancia, se crearán Cortes Constitucionales que competirán con la justicia ordinaria, que seguirá llamándose suprema; en los últimos años se crearán defensorías públicas particularmente para la defensa penal de los procesados. A la organicidad liberal, se añadirán instituciones que pretenderán paliar las violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, particularmente los sociales. No conozco un solo país que haya hecho una transformación estructural en donde las instituciones respondan a la universalidad de los derechos. El esquema liberal seguirá siendo la matriz.

En el ámbito internacional, las Naciones Unidas (ONU) será el órgano que se estrena con la postguerra y que no ha dejado de funcionar, pero que adolecerá, desde la perspectiva de los derechos humanos, de "tener una estructura radicalmente imperfecta. Tal como lo conocemos, dicha sociedad (ONU) puede asemejarse a un edificio defectuoso que hunde sus cimientos en el derecho [...] el conjunto es un entramado inestable y falto de solidez, que carece de remaches de autoridad." [62] La ONU no tendrá un mecanismo democrático de representación y de toma de decisiones, por el poder de veto de los cinco países vencedores de la Segunda Guerra Mundial; no tendrá una corte de justicia con jurisdicción obligatoria y que conozca demandas de individuos por violaciones a los derechos humanos; los órganos de protección de derechos humanos tendrán competencia cuasi contenciosa y los países podrán no aceptarla; no existirá un mecanismo para controlar la fuerza y, de hecho, sus resoluciones no son coercibles; la Corte Penal Internacional, que a primera vista será un triunfo para los derechos humanos, no será otra cosa que justicia de vencedores y focalizada en países periféricos, el ejemplo del fracaso fue el intento de judicializar el bombardeo a población civil provocada por la Organización del Tratado del Atlántico Norte en Kosovo, que reprodujo la impunidad de los bombardeos de los aliados en Berlín, en Nagasaki, en Hiroshima; el financiamiento, y por tanto el condicionamiento, de los organismos internacionales depende de la voluntad de los países hegemónicos.[63]

6. Retos

En este panorama brevemente descrito, parecería que el balance es desalentador. Sin embargo, como sugiere Nino,[64] cuando trata sobre la brecha entre el saber y las promesas de las normas de derechos humanos y la realidad, nos volvemos insensibles y hasta cínicos, y hacemos como que nada pasa; o realmente ponemos las normas de derechos humanos en acción y alteramos la realidad. "Llevamos ya mucho retraso respecto de las grandes aspiraciones [...] tratemos no de aumentarlo con nuestra

desconfianza, nuestra indolencia o nuestro escepticismo. No hay tiempo que perder.”[65] Éticamente parecería que no tenemos otra opción que alterar la situación en la que nos encontramos. En la matriz que hemos utilizado, los retos serían los siguientes:

En cuanto al *saber*, tenemos la tarea, como siempre ha predicado el profesor Arturo Roig, de hacer un ejercicio de pensar fuerte o por lo menos con esas pretensiones.[66] No basta pensar, hay que pensar y fuerte. En la vida tenemos dos posibilidades (siempre dualistas, y eso también es un “pero” desde el género): somos reproductores o creadores de roles. Creo que históricamente hemos sido productores de roles. La academia repite y reproduce el pensamiento hegemónico. Roig reconoce que el pensamiento latinoamericano se ha planteado de modo constante la quiebra de totalidades opresivas y aclara que “por cierto no estamos hablando del saber universitario, el que se ha caracterizado más por la repetición e imitación del saber europeo, que por lo creativo [...] la originalidad no fue expresamente buscada, sino que fue fruto del encuentro con lo único que nos hace originales, la realidad.”[67] En este último sentido, pensamos. Cuando Roig sugiere pensar fuerte significa que tenemos que conocer sobre lo hecho y dicho, pero tenemos que ir más allá.[68] En lo indígena, por ejemplo, el pensamiento existe pero es incomprensible desde la lógica hegemónica. El pensamiento fuerte además debe ser crítico. “El discurso crítico debe situarse desde su contexto real, desde las prácticas de los agentes históricos y desde el mismo filósofo como agente de una práctica particular.”[69]

En relación con los *derechos* nos movemos, a veces sin darnos cuenta, entre el discurso regulador y el discurso emancipador. Los derechos humanos “simbolizan la más alta conciencia emancipadora. Sin embargo, cualquier análisis superficial de los derechos humanos mostrará sin duda que fueron puestos al servicio de las necesidades reguladoras del Estado.”[70] Por eso, Santos sugiere siempre hacer un ejercicio de ser críticos y autocríticos con nosotros mismos. El paradigma racista, conservador y positivista nos traiciona y con harta frecuencia. Los desafíos que tenemos nos plantean que no debemos ni dirigir ni servir. “En vez de distancia crítica, proximidad crítica. En vez de compromiso orgánico, involucramiento libre. En vez de serenidad auto-complaciente, capacidad de asombro y revolución.”[71] Críticos, desde la comprensión de Sousa, y en esto coincide con Dussel, significa que tenemos que partir con y para los oprimidos y alterar su realidad.

Los derechos son muchos y no conviene seguir reconociéndolos, sugieren pensadores liberales, porque el costo de la “inflación de derechos” puede ser el desencanto y la imposibilidad de su protección.[72] Un llamado a la no innovación y a dejar las cosas como están, que nos parece que desvía la atención sobre la problemática de los derechos. Por otro lado, la cuestión no está en los derechos sino en las garantías, como siempre lo sostuvo Bobbio, cuando consideraba que la importancia de los derechos no está en la fundamentación sino en su garantía: “el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político.”[73] En el plano de la protección o garantía, su inexistencia o imperfección de modo alguno invalida la existencia del derecho -como sostenía Kelsen-, sino que demanda de parte de quienes piensan y crean derecho la necesidad de satisfacer los requerimientos de los derechos violados: “la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”.[74] En otras palabras, el hecho de que los derechos no tengan garantías significa que el Derecho es el que tiene el problema y no los derechos humanos. Quienes hacemos Derecho estamos en deuda por no pensar en el contenido de los derechos ni en la eficacia de las garantías.

Finalmente, en cuanto a los *órganos*, parecería que el estado es una forma de organización política de la que no podemos separarnos. Todos los esfuerzos autoreguladores siempre han fracasado; parecería que el egoísmo, como parte del individualismo recalcitrante, es parte constitutiva de la mayoría de las personas. El estado, para garantizar los derechos sociales y la democracia constitucional, tiene que ser fuerte, tan fuerte para poder ser, al interno, un agente distribuidor de riqueza y generador de capacidades para que todas las personas y los pueblos puedan ejercer los derechos; al externo, tiene que ser tan fuerte para que pueda tener voz y pueda ser un

interlocutor válido. El estado sin duda tiene una fuerte estructura liberal y ni siquiera compete con una propuesta de institucionalidad social que ni siquiera existe. La mayoría de gente requiere un estado solidario, democrático, participativo, transparente, responsable y todas esas palabras que constan en las constituciones y que sólo pueden ser efectivas si la sociedad civil y los movimientos sociales se organizan y lo controlan.

Bibliografía

- Alexy, Robert, "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neonstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, Madrid, 2003.
- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, 1ra. reimpresión.
- Avila Santamaría, Ramiro, "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional, 2008.
- Badinter, Elisabeth, "El enigma masculino (la gran X)", en *XY la identidad masculina*, s.l., Editorial Norma, s.f.
- Berlín, Isahia, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, España, El libro de bolsillo Filosofía Alianza Editorial, 2001.
- Bimbi, Linda, *No en mi nombre, Guerra y Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2000.
- _____, *El tercero ausente*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.
- Burgos, Germán, "¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial?", en *La mano visible del mercado, derecho y economía*, Bogotá, ILSA, 2000.
- Santos, Boaventura De Sousa, *De la mano de Alicia, lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Ediciones Uniandes / Siglo del Hombre Editores, 2006.
- _____, *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003.
- _____, *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / ILSA, 2002, 2da. Reimpresión.
- Dussel, Enrique, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Facio, Alda, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Alda Facio y Lorena Fries, *Género y Derecho*, México, American University, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley de más débil*, Madrid, Trotta, 3ra. ed., 2002.
- _____, "Derechos Fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2001.
- Freire, Paulo, "La teoría de la acción dialógica y sus características", en *Pedagogía del oprimido*, México, Siglo XXI, 2000, 53 ed.
- Foucault, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2003, 2da. ed. corregida.
- _____, *The History of Sexuality, An introduction*, vol.I, New York, Vintage Books Edition, 1990.
- _____, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2005 (1975).
- Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2007, 5ta. ed.
- Fukuyama, Francis, *Our posthuman future, consequences of the biotechnology revolution*, Picador, 2003.
- García Canclini, Néstor, *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo*, Buenos Aires, Paidós Estado y Sociedad 105, 2002.
- García Villegas, Mauricio, "Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, Panamerica Formas, 2004, 1ra. reimpresión.
- Holmes Stephen y Sustain Cass R., *The cost of rights, why liberty depends on taxes*, Norton, 2000.
- Ignatieff, Michael, *Human Rights as politics and idolatry*, Princeton University Press,

2001.

López Medina Diego Eduardo, *Teoría impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2005, 3ra. reimpresión.

Nino, Carlos Santiago, "La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica", en *Ética y derechos humanos*, Argentina, Editorial Astrea, 2005. 2da. Ed.

Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, USA, Basic Books, 1974.

Ramón Capella, Juan, *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y el estado*, Madrid, Trotta, 2001, 3ra. ed.

Ramón Capella, Juan, *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta, 2007.

Rodríguez César, "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces", en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1990.

Roig, Arturo Andrés, *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Quito, Corporación Editora Nacional / UASB, 2002.

Rousseau, Jean-Jaques, *El contrato social*, Bogotá, Panamerica Editorial, 1996.

Sastre, Ariza Santiago, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionismo" en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionismo(s)*, Madrid, Trotta, Madrid, 2003.

Sen, Amartya, *La libertad individual como compromiso social*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1999.

Steiner Henry y Alston Philip, *International Human Right in context, Law Politics and Morals*, s.l., Oxford University Press, 2000, 2da. ed.

Touraine, Alain, *Un nouveau paradigme*, Librairie Artheme Fayard, Le livre de poche, 2005.

Waltzer, Michael, *Guerras justas e injustas, un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Madrid, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2001.

Zolo, Danilo, *La justicia de los vencedores, de Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

Internet

Educyt, "10/05/1933 - Grupos nazis queman en Berlín libros considerados subversivos", Año 6, No. 224, 3ra. Sección, 9 mayo 2003, Internet, <http://web.fcen.uba.ar/prensa/educyt/2003/ed224c.htm>

Wikipedia, Jean-Jaques Rousseau, Internet, <http://es.wikipedia.org/wiki/Rousseau>, Charles- Louis de Montesquieu, Internet, http://es.wikipedia.org/wiki/Charles-Louis_de_Montesquieu

Instrumentos legales

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

* Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito (PUCE); Master en Derecho, Columbia Law School, New York; docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador y PUCE.

[1] Véase Michael Foucault, *The History of Sexuality, An introduction*, Volume I, New York, Vintage Books Edition, 1990, p. 98.

[2] Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ra. reimpresión, 2006, p. 5.

[3] Véase Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores, de Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 112.

[4] En el libro de Umberto Eco, *El nombre de la Rosa*, el tema central de libro gira alrededor del acceso al conocimiento, que se concentra en una biblioteca medieval.

[5] "Todo cambiaría cuando en el año 643 los árabes tomen Alejandría, quemando la famosa biblioteca con buena parte de la sabiduría helenística". Véase Enrique Dussel, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 84.

[6] "[...] las sedes de los partidos comunistas fueron atacadas y sus bibliotecas destruidas, como así también el Reichstag (parlamento alemán), que fue incendiado junto con todos sus archivos. Pocos días después de esto, el partido envió a las

organizaciones estudiantiles nazis un memorándum que proponía la destrucción de todos aquellos libros peligrosos que estuvieran en las bibliotecas de Alemania. Así fue como la noche del 10 de mayo de 1933, estudiantes de la Universidad Friedrich-Wilhelm, de Berlín, llegaron a la Plaza Bebelplatz en camiones donde transportaban miles de libros obtenidos de la purga realizada en las bibliotecas públicas y de la misma universidad. Se trataba en su mayoría de obras escritas por autores judíos o considerados de ideología subversiva, como Marx, Freud, Brecht y Zweig, incluidos en las listas negras nazis por ser 'contrarios al espíritu alemán'. Una vez en la plaza, se levantaron hogueras donde se arrojó los libros, mientras una muchedumbre entusiasta vitoreaba a los manifestantes", en "10/05/1933 - Grupos nazis quemaron en Berlín libros considerados subversivos", *Educyt*, Año 6, Nro. 224, 3ra. Sección, 2003. <http://web.fcen.uba.ar/prensa/educyt/2003/ed224c.htm>.

[7] Paulo Freire, "La teoría de la acción dialógica y sus características", en *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, 53 ed. México, 2000, p. 176-240.

[8] Enrique Dussel, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 464.

[9] Néstor García Canclini, *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo*, Buenos Aires, Paidós, Estado y Sociedad, 2002, p. 20 y 32.

[10] Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2003, 2a. ed. corregida, p. 105.

[11] Véase López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, 3ª. reimpresión, Bogotá, 2005.

[12] Véase, Alda Facio, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Alda Facio,

y otras, *Género y Derecho*, México, American University, p. 99-136.

[13] La distinción entre órgano y organismo, propia del Derecho Administrativo, es irrelevante para efectos de la idea que desarrollamos.

[14] Elisabeth Badinter, "El enigma masculino (la gran X)", en *XY la identidad masculina*, s.l., Editorial Norma, 1993, p. 15-56.

[15] "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2008; "Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo: propuestas de Reforma a la constituyente", *Revista de Derecho Foro*, No. 7, Quito, Corporación Editora Nacional / UASB, 2007; "Justicia constitucional y derechos humanos", *Revista de Derecho Foro*, No. 4, Quito, Corporación Editora Nacional / UASB, 2005.

[16] Véase sobre el relato histórico, con detalle, Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el estado*, Madrid, Trotta, 2001, 3a. ed.

[17] Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2005, p. 93.

[18] Véase, Jean-Jaques Rousseau, *El contrato social*, Bogotá, Panamericana Editorial, 1996, p. 45-47 y 167-170.

[19] La iglesia de Notre Dame dejó de ser iglesia católica para convertirse en un templo de la razón. La réplica latinoamericana la encontramos en Guatemala. No podemos dejar de recordar un templo de la razón en un pueblo llamado Salamá, en una región de mayoría indígena Maya-Achí, construido por Ubico, un reflejo liberal francés en Latinoamérica.

[20] Wikipedia, Jean-Jaques Rousseau, <http://es.wikipedia.org/wiki/Rousseau>

[21] Wikipedia, Charles-Louis de Montesquieu, Internet, http://es.wikipedia.org/wiki/Charles-Louis_de_Montesquieu

[22] Véase, Andrés Arturo Roig, "La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina", en *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Colección Temas, Vol. 10, 2002, pp. 53-70.

[23] Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, s.l., El libro de bolsillo Filosofía Alianza Editorial, 2001, p. 43- 65.

[24] Michael Ignatieff, *Human Rights as politics and idolatry*, Princeton University Press, 2001, p. 137.

[25] Véase, Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, s.l., Basic Books, 1974, p. 26.

[26] Véase Enrique Dussel, *op. cit.*, p. 261-264.

[27] Véase Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 5ta. edición, 2007, p.139.

- [28] Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Art. 1.
- [29] *Ibíd.*, Art. 2.
- [30] *Ibíd.*, Art. 3.
- [31] *Ibíd.*, Arts. 4, 5, 10 y 11.
- [32] *Ibíd.*, Art. 6.
- [33] *Ibíd.*, Art. 8, 9, 14 y 15.
- [34] *Ibíd.*, Arts. 2 y 17.
- [35] *Ibíd.*, Art. 16.
- [36] Véase, Enrique Dussell, *op. cit.*, p.271.
- [37] *Ibíd.*, p. 417.
- [38] *Ibíd.*, p. 422.
- [39] Véase, Alain Touraine, *Un nouveau paradigme*, Librairie Artheme Fayard, Le livre de poche, 2005.
- [40] Véase, George Clooney, *Good Night and Good Luck*, 2005.
- [41] Constitución de México, 1917; de Weimar, 1919; de la Unión Soviética, 1917.
- [42] Instrumentos jurídicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919); Instrumentos del sistema de Naciones Unidas (1945) y del sistema de Estados Americanos (1948).
- [43] Véase, Norberto Bobbio, *El tercero ausente*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997, p.170.
- [44] Juan Ramón Capella, *Entrada en la barbarie*, s.l.,Trotta, 2007, p.180.
- [45] Piénsese, por ejemplo, en el mecanismo de acciones urgentes de Amnistía Internacional y en las marchas de los migrantes en varias ciudades de los Estados Unidos, o las convocatorias a los Foros Sociales Mundiales.
- [46] Mauricio García Villegas, "Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997", en Boaventura De Sousa Santos, y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Tomo I, Panamerica Formas, 2004, 1ra. reimpresión, p. 317-369.
- [47] Germán Burgos, "¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial?", en *La mano visible del mercado, derecho y economía*, Bogotá, ILSA, 2000, p.55.
- [48] Véase, Francis Fukuyama, *Our posthuman future, consequences of the biotechnology revolution*, Picador, 2003.
- [49] Véase, Amartya Sen, *La libertad individual como compromiso social*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1999,pp. 33-55.
- [50] Véase Boaventura De Sousa Santos, *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá,ILSA, 2003, p. 164.
- [51] Véase, Immanuel Kant, "The doctrine of virtue", en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rightst in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, 2000, Second Edition, p. 261-263.
- [52] Véase Robert Alexy, "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 45.
- [53] Véase Immanuel Kant, *op. cit.*, p. 263.
- [54] Véase, Luigi Ferrajoli, "Derechos Fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, s.l., Editorial Trotta, 2001, p. 19-24.
- [55] Véase, César Rodríguez, "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces", en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1990, p. 17.
- [56] Hace algunos días, un miembro de la comisión de reforma a las leyes, organizada como encargo en el Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP), comentaba la dificultad para conformar un grupo de trabajo para reformar el Código Civil. La razón - explicaba- era que todos los juristas consultados creían que el Código Civil es intocable.
- [57] Véase Santiago Sastre Ariza, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionanlismo", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 246.
- [58] Corte Constitucional de Colombia, www.constitucional.gov.co/corte/
- [59] Ramiro Avila Santamaría, "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Tribunal Constitucional, Quito, 2008, p. 359-400.
- [60] El libro que mejor describe el costo de los derechos civiles es el escrito por Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The cost of rights, why liberty depends on taxes*, Norton, 2000.
- [61] La relación entre guerra y políticas energéticas, derecho y democracia, se puede

- encontrar en Linda Bimbi, *No en mi nombre, Guerra y Derecho*, Trotta, 2003.
- [62] Michael Waltzer, *Guerras justas e injustas, un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Madrid, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2001, p. 98.
- [63] Véase, Danilo Zolo, *op. cit.*
- [64] Véase, Carlos Santiago Nino, "La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica", en *Ética y derechos humanos*, Argentina, Editorial Astrea, 2005, 2da. Ed., p. 20-25.
- [65] Norberto Bobbio, *El tercero ausente*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997, p. 173.
- [66] Arturo Andrés Roig, *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Quito, Corporación Editora Nacional / UASB, Colección Temas, Volumen 10, p. 54.
- [67] Arturo Andrés Roig, *cit.*, p. 56.
- [68] Algo así como sucede a los compositores de música -perdón por la comparación y por la distancia- si escuchamos la primera y la segunda sinfonía de Beethoven, veremos la influencia directa de Haydn y podríamos decir que Beethoven es un reproductor de roles, pero si escuchamos la sinfonía heroica hasta la sinfonía novena, no podríamos dudar que Beethoven es original y, por tanto, creador de saberes. Nos hace falta crear pensamiento.
- [69] Enrique Dussell, *op. cit.*, p. 464.
- [70] Boaventura De Sousa Santos, *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / ILSA, 2002, 2da. Reimpresión, pp. 211-212.
- [71] Boaventura De Sousa Santos, *De la mano de Alicia, lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Ediciones Uniandes / Siglo del Hombre Editores, 2006, p. 16.
- [72] Michael Ignatieff, *op. cit.*, p. 90.
- [73] Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2000, p. 128.
- [74] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley de más débil*, Trotta, Madrid, 3ra. Edición, 2002, p. 63.

Programa Andino de Derechos Humanos, PADH
Toledo N22-80, Edif. Mariscal Sucre, piso 2
Apartado Postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfono: (593 2) 322 7718 • Fax: (593 2) 322 8426
Correo electrónico: padh@uasb.edu.ec