

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
AREA DE DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

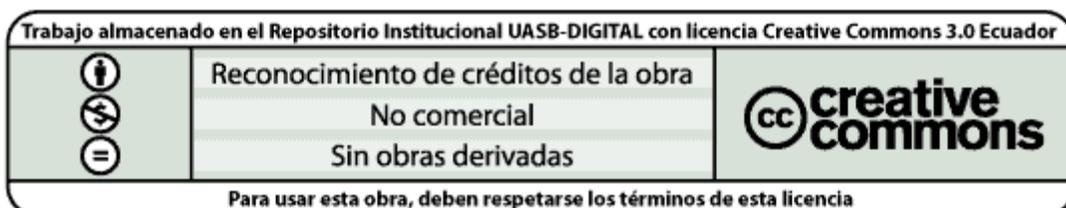
**LOS DERECHOS COLECTIVOS INDÍGENAS AL TERRITORIO
Y AUTODETERMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA
DEL 2008**

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADA POR

Iván Narváez Quiñónez

2013



**CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE
TESIS/MONOGRAFIA**

Yo, Iván Tarcicio Narváez Quiñónez, autor de la tesis intitulada “Los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación en la Constitución ecuatoriana del 2008)” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador Pautas para la elaboración de la tesis de maestría durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
AREA DE DERECHO
COSTORADO EN DERECHO

EL DERECHO COLECTIVO INDÍGENA AL TERRITORIO
Y AUTODETERMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DEL 2008

TESIS DOCTORAL

Iván Narvárez Quiñónez

DIRIGIDA POR
DRA. CLAUDIA STORINI

Quito- 2013

Resumen

Los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación en la Constitución ecuatoriana del 2008, son analizados con base en dos elementos fundamentales: la injusticia cultural y a la injusticia distributiva de las que han sido objeto los pueblos originarios a lo largo de los siglos. Para el efecto se parte de una caracterización del Estado de Derecho y se concluye con la del Estado plurinacional.

La crisis del Estado de derecho y del Positivismo jurídico, introducen al estudio del paradigma neoconstitucional; en el marco del constitucionalismo social latinoamericano y de lo que en esta investigación se designa como constitucionalismo originario indígena, y su incidencia en la conformación del Estado constitucional de derechos, plurinacional.

Los derechos colectivos al territorio y autodeterminación se elucidan en el marco de la acción *emancipadora* del movimiento y su enfoque socio-cultural, considerando las prescripciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrita en el 2007.

Tales derechos se problematizan a partir del “Proyecto histórico” de la CONAIE, su positivación en la Constitución ecuatoriana del 2008, y como se operacionalizan en el gobierno de la Revolución Ciudadana, para la transferencia de las competencias políticas, administrativas, económicas y legales que demanda el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales. Desde esta perspectiva se connota la tensión de las relaciones entre el movimiento indígena y el Estado, debido a la inobservancia de la prioridad axiológica de los derechos de los pueblos originarios establecida en los instrumentos internacionales y en la propia Constitución. Se trata de ver si la constitucionalización de los “derechos al territorio y autodeterminación” coadyuva a profundizar la base teórica, categorial e institucional del Estado plurinacional, que guie a la subsunción del Estado en lo colectivo y a la transformación de las relaciones de poder.

Dedicatoria

A los pueblos indígenas del Ecuador

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, al Dr. Santiago Andrade, Coordinador del Doctorado; al Tribunal de Tesis: Dr. Enrique Ayala (Presidente), Dra. Vanesa Aguirre y Dr. Ariruma Kowii, y a la Dra. Claudia Storini, Directora de tesis.

Tabla de contenido

Introducción	9
CAPITULO I: ESTADO DE DERECHO: SIGNOS BÁSICOS DE SU	22
1. La herencia colonial: políticas de marginación y exclusión.....	24
1.1 Modernidad (el mito de la modernidad).....	35
2. El Estado de derecho y sus elementos constitutivos	44
2.1 Territorio y territorialidad	51
2.2 Soberanía (elemento sociológico del Estado)	77
2.3 Población (elemento sociológico del Estado)	97
2.4 Estado y pluriculturalidad	100
2.5 Sociedad, Derecho y Estado	109
CAPITULO II: CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO Y	116
1. Crisis del Estado de derecho	116
2. El positivismo jurídico.....	124
2.1 Contenidos esenciales del positivismo jurídico.....	128
2.2 Crisis del positivismo jurídico	132
3. El constitucionalismo.....	140
4. El neoconstitucionalismo	148
4.1 El Neoconstitucionalismo como: teoría, ideología y método	159
4.2 El nuevo constitucionalismo social latinoamericano (dimensión jurídica)	166
4.3 El constitucionalismo comunitario indígena	172
5. El Estado constitucional de derechos, plurinacional.....	178
CAPÍTULO III: DIMENSION jurídica de los derechos COLECTIVOS INDÍGENAS	184
1. Los derechos humanos: aproximación histórica	185
1.1 Los derechos humanos fundamentales	194
2. Claves teóricas para analizar los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación (enfoque socio-cultural)	201
2.1 Estado-nación, integración y asimilación indígena	201
2.2 La etnicidad	204
2.3 La cuestión nacional	208

2.4 La plurinacionalidad	216
2.5 La autodeterminación de los pueblos indígenas.....	223
2.6 Titularidad de la propiedad colectiva de la tierra	230
3. Derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación en instrumentos internacionales.....	236
3.1 El Convenio 169 de la OIT y el derecho de los pueblos indígenas al territorio.....	239
3.2 El Convenio 169 de la OIT y la autodeterminación de los pueblos indígenas.....	242
3.3 La Declaración de NN UU (2007) y los derechos al territorio y autodeterminación de los pueblos indígenas.....	245
4. Los “derechos territoriales indígenas”: concepto integrador y fundamentación política	248
5. El discurso antisistémico indígena y línea de fractura ideológico-política.....	252
6. El proyecto histórico indígena.....	263
6.1 La apuesta al cambio constitucional y de las relaciones de poder	267
7. Tensión en las relaciones movimiento indígena y Estado.....	271
CAPITULO IV: LOS DERECHOS COLECTIVOS INDIGENAS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DEL 2008	274
1. Visión de contexto.....	274
1.1 La Constitución ecuatoriana de 1998.....	279
2. La Constitución ecuatoriana del 2008.....	282
2.1 ¿Inconsistencia teórica de la Constitución?	288
3. Derechos al territorio y autodeterminación en la Constitución ecuatoriana del 2008.....	298
3.1 Disposiciones constitucionales relacionadas a los derechos colectivos indígenas, al territorio y a la autodeterminación.....	304
3.2 Sujetos, titularidad y destinatarios de los derechos colectivos en la CRE 2008	312
3.3 Contenido esencial de los derechos constitucionales.....	315
4. Los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación en la CRE de 2008	318
4.1 Ejercicio de los derechos indígenas al territorio y autodeterminación	323
4.2 Limitaciones a los derechos indígenas al territorio y autodeterminación	325
5. Claves constitucionales importantes para hacer efectivos los derechos al territorio y autodeterminación.....	328
5.1 La garantía de los “derechos territoriales” a nivel jurisdiccional.....	332

5.2 Los derechos colectivos indígenas: desafíos pendientes	335
5.3 Desafíos pendientes en el nivel externo	339
6. Transferencia de competencias para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales	343
Conclusiones	350
Siglas utilizadas.....	358
Bibliografía	360

Introducción

Desde la década de los años 70s el movimiento indígena latinoamericano,¹ ha orientado sus acciones colectivas en función de objetivos socio-económicos y político-jurídicos de difícil concreción, en un escenario marcado por la crisis del Estado de derecho y las transformaciones de la geopolítica neoliberal. Durante su proceso reivindicatorio el movimiento ha desarrollado capacidades organizativas, discursivas y de agenda, que le han permitido exigir para los pueblos que representa, demandas de reconocimiento y redistribución, a nivel interno y supraestatal, además de aspectos de carácter material y simbólico entre otros: acceso al trabajo, educación intercultural bilingüe, dotación de servicios básicos, propiedad intelectual, consulta previa libre e informada, derecho a la propiedad colectiva de la tierra, al territorio y autodeterminación de los pueblos, haciendo prevalecer su normativa consuetudinaria y costumbres en el marco de la pluralidad jurídica.

El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas al territorio y autodeterminación indígenas trasciende el nivel jurisdiccional y administrativo, en el cual se centra el debate sobre las autonomías hasta la década de los años 90. Este proceso emancipador convierte al movimiento en un actor social y político diferente y relevante capaz de formular un proyecto alternativo de sociedad.

De este evento surge el necesario análisis de la naturaleza del proyecto, de las estrategias políticas y rol de los actores involucrados en la negociación con el Estado y la propia sociedad, respecto a aquel. Ello implica observar el contexto socio-económico y

¹ La designación “movimiento indígena latinoamericano”, por requerimientos de la presente investigación será referida en adelante, como “movimiento indígena”, o actor político con incidencia interna e internacional para elaborar una agenda de derechos y un proyecto político que además de garantizar su existencia y libre determinación, se inserta en el proceso de transformación social. Además, bajo tal denominación se comprende los diversos movimientos indígenas que existen, y cada cual con su propia dinámica y propuesta política expresa el contenido esencial del discurso del “Movimiento Indígena”.

político en el que se debaten los pueblos indígenas, correlacionándolo a la crisis del Estado de derecho y del positivismo jurídico en una etapa de globalización y endocolonialismo; sucesos que generan efectos múltiples sobre estos pueblos y sus derechos, desencadenando procesos político-jurídicos y socio-económicos que repercuten a nivel regional y global.²

Con base en esta perspectiva se argumenta que la crisis de legitimidad política, el vaciamiento de la soberanía estatal y descentramiento del sujeto nacional, son expresión de la crisis estructural de la economía de mercado y de la implementación de políticas globales hegemónicas que dificultan la equidad social e inclusión política de los sectores postergados, subyugándolos. Estas son condiciones que delatan la necesidad de fortalecer (Otras) identidades y nuevas formas asociativas para propiciar el cambio de los mecanismos distributivos y del modelo político de Estado de raigambre liberal; y están correlacionadas tanto al ejercicio de la etno-identidad planteado por los pueblos indígenas, como a la implementación de los derechos al territorio y autodeterminación que se les ha reconocido.

En tal sentido, la *propuesta indígena* rebasa los aspectos jurisdiccionales y de autonomía administrativa, y al ser planteada en un contexto desfavorable a la construcción del Estado plurinacional, alarma a los sectores hegemónicos porque les parece conflictiva, rupturista, extraña al ortodoxo ejercicio político; y la rechazan aún más argumentando que al Estado plurinacional le es inherente el cambio de las relaciones de poder.

² James Anaya, *La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: Evolución y perspectivas*, en <http://www.infoandina.org/node/6669>; hace notar que: "...los pueblos indígenas, al utilizar el discurso globalizado de derechos humanos, no sólo 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 yacientes en la propia estructuración de lo que denominamos el Derecho internacional."

Un aspecto nodal es el reconocimiento de los pueblos indígenas como “Otridad con derechos”, y el estudio se delimita el análisis jurídico-político de los derechos al territorio y autodeterminación, a la luz del sentido que le han asignado los propios pueblos indígenas en la última fase de su proceso “*emancipador*”. Cabe tomar en cuenta que:

Las luchas por el reconocimiento tienen lugar en un mundo de exageradas desigualdades materiales, en cuanto a ingresos y propiedad, acceso al trabajo remunerado, educación, salud y recreación, pero también y de modo más descarnado, en cuanto al insumo de calorías y a la exposición a entornos tóxicos y, por lo tanto, en cuanto a las expectativas de vida y a las tasas de morbilidad y mortalidad.³

Es bien cierto en la década de los años 60s ya es explícita la pretensión del reconocimiento de los derechos de los pueblos al interior de los “estados nacionales”, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); todo ello coadyuva a crear una institucionalidad especializada que genera bases conceptuales para una teorización de los derechos humanos colectivos, promueve una normativa básica que los estados suscriben internamente en función de la justicia social local. El análisis enfatiza por qué la (OIT) y la (ONU) asumen los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación desde la complejidad y hegemonía del “Estado-nación”.

En la década de los años 80s el movimiento indígena es mayormente visible en el contexto de otros colectivos que rechazan los cambios económico-políticos de signo neoliberal; pero además del enfoque etno-político, el contenido de las demandas indígenas expresa el vínculo político con otros sectores sociales y la politización de las identidades.

³ 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”*, Capítulo I, Santafé de Bogotá, Siglo de Hombres Editores, 1997, pp. 17-54.

Identidades que no son esencias inmutables sino construcciones socioculturales, son enarboladas por los sujetos a nivel de derechos (...). 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 resto de la sociedad, pero que también se asocia a la vida cotidiana y las prácticas sociales de los sujetos. Las identidades no sólo son un estandarte o una estrategia instrumental enarbolada por sujetos híper-reflexivos, sino también formas de comprender y organizar la realidad.⁴

Problemática planteada: Los pueblos originarios han vivido en condiciones de exclusión socio-económica y política, y tales condiciones han sido el resultado de la convergencia en cada momento histórico, de ideas y materialidades originadas en la dinámica de la organización socio-política y económico-productiva: primero del régimen colonial, posteriormente del sistema liberal-capitalista y de manera más sofisticada en la etapa de la globalización y el neoliberalismo.

Pero es el sistema capitalista el que intensifica las formas de *dominio territorial*, como el fraccionamiento espacial de los procesos productivos para satisfacer las demandas del mercado y comercio internacional. Efectivamente, "...el capitalismo es la forma de organización social y productiva que más expresa y acentúa su carácter territorialmente expansivo."⁵ Siguiendo a Montañez:

(...) no queda prácticamente ningún lugar habitado de la tierra que no sea escenario de su presencia material o simbólica. 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 sólo entre agentes tradicionales del mercado sino principalmente entre lugares y territorios.⁶

⁴ Álvaro Bello, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004, p. 15.

⁵ Gustavo Montañez, "Razón y pasión del espacio y el territorio", en *Espacios y territorios: razón, pasión a imaginarios*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Unilibros, 2001, p. 24.

⁶ *Ibíd.* P. 24.

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 “derechos al territorio y autodeterminación”; en su demanda está implícito un enfoque alternativo para la construcción y reproducción del espacio geográfico, que asumido como *territorio ancestral* constituye la base de su supervivencia y reproducción física y cultural; y como elemento necesario para hacer factible su autodeterminación.

Los opositores a las reivindicaciones indígenas, argumentan que un problema de fondo es que estos derechos colectivos están articulados a un proyecto político que atenta en contra del “orden establecido”, es decir, de las estructuras del sistema social, político y económico interno. También les preocupa que los derechos al territorio y autodeterminación indígenas constitucionalizados lleven implícita la obligatoriedad estatal de transferirles competencias jurídicas, políticas y administrativas a fin de que puedan ejercer poder en los territorios ancestrales; en el caso ecuatoriano, en cuanto se organicen bajo la modalidad de circunscripciones territoriales indígenas (CTIs).

La tematización de esta problemática radica en argumentar que los derechos al territorio y autodeterminación no se contraponen a los derechos humanos prescritos en la Constitución ecuatoriana, más aún cuando el Art. 11, numeral 6 establece que todos los principios y los derechos son de igual jerarquía. No obstante, si bien es cierto los derechos al territorio y autodeterminación son expresión del proyecto histórico de los pueblos indígenas, su sola constitucionalización no equivale a la concreción del Estado plurinacional.

En torno al problema central de territorialidad y autodeterminación gira uno de prioridad axiológica, el de la prevalencia colectiva por sobre el individuo, y considerando que en sociedades pluralistas (pluriétnicas) y complejas como la ecuatoriana se reconocen los derechos al territorio y autodeterminación, es obvio que en ella subyacen valores sustantivos que pueden entrar en conflicto con los de libertad y otros derechos individuales que integran el conjunto de derechos humanos. El problema consiste en que estos derechos individuales tienen una tendencia a restringir el espacio legítimo de la decisión colectiva; conforme advierte Salazar Ugarte.⁷ Por ello el presente estudio 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).

Hipótesis: el “surgimiento” de los indios y la conversión del movimiento indígena en uno de los actores político-sociales más importantes del Ecuador tiene como antecedentes: **a)** la postergación socio-económica, la pobreza extrema, la exclusión de todo nivel político institucional, la negación de la identidad étnico-política de la que han sido objeto históricamente; **b)** la fortaleza organizativa como pueblos indígenas, su capacidad de movilización y de propuesta política alternativa.

Todos estos factores coadyuvan a la formulación del Estado plurinacional por parte de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) en el

⁷ Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica – UNAM, 2006, p. 139. ¿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? ¿Cuánta libertad positiva pueden soportar los límites que impone la Constitución rígida?

levantamiento de 1990; evento que transparenta las asimetrías y disputas políticas entre pueblos indígenas y Estado de derecho, y la necesidad de redefinir los márgenes donde se estructuran y definen las relaciones de poder.

Con estos antecedentes se formula la siguiente hipótesis de trabajo: la constitucionalización de los derechos indígenas al territorio y autodeterminación no elimina la tensión entre el Estado y el movimiento indígena; dicha tensión obstruye la delegación de poder público y transferencia de competencias jurídicas, políticas y administrativas para que los pueblos indígenas puedan ejercer su poder en los territorios ancestrales; en consecuencia, el Estado constitucional de derechos no es la posibilidad real de concreción de los “derechos al territorio y autodeterminación indígenas” ni ostenta un indicador mensurable que muestre como se concreta el Estado plurinacional.

Estado de la cuestión: existen análisis que permiten profundizar el debate sobre el reconocimiento de los derechos al territorio y autodeterminación de los pueblos indígenas, y de éstos como sujetos titulares de derechos. El razonamiento para explicar la justificación moral de los derechos de los pueblos indígenas ha sido desarrollado desde la filosofía política por autores como: Walzer, 1998; Taylor, 2001; Fraser, 1997; Walsh, 2009; o Kymlicka, 2006 (más conocido como filósofo político del multiculturalismo),⁸ y desde la dimensión jurídico-constitucional para expresar los cambios y transformaciones a

⁸ Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, PAIDOS, 2006; Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, FCE, 2001; Michael Walzer, *Tratado sobre la tolerancia*, España, Paidós, 1998; Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado y sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, UASB, 2009; 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’*, Capítulo I, Santa Fé de Bogotá, Siglo de Hombres Editores, 1997.

nivel normativo, institucional y de políticas en los ordenamientos de los estados se apela a los estudios realizados por (Clavero, 1994; Parceró, 1998; Roldán, 1999; Bengoa, 2006; Trujillo, 2008; Grijalva, 2011;).⁹

Complementariamente se orienta una perspectiva teórica multidisciplinar a partir del nuevo paradigma jurídico constitucional, la antropología cultural y la sociología de conflictos; poniendo énfasis en la justificación histórica de los “derechos al territorio y autodeterminación indígenas”, ya tratados por (Stavenhagen, 1998, 1990, 2006; Díaz Polanco, 1991, 2004; Pacari, 2004; Bello, 2004; Anaya, 2005; Roldán, 2005; Simbaña, (2005), Bengoa, 2006; Albó y Barrios, 2007; Fontaine, 2003; García (Comp.) 2008; Martínez (Comp.) 2009; Burguete Cal y Mayor, 2010; Ortiz y Chirif, 2010;; Tuaza, 2011; Trujillo, 1998, 2012; Grijalva, 2011, entre otros).¹⁰

⁹ Roque Roldán, *Manual para la formación en derechos indígenas*, Quito, Abya-Yala, 2004; José Bengoa, *La emergencia indígena en América Latina*, México, FCE, 2006; Bartolomé Clavero, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994; Juan Cruz Parceró, *Sobre el concepto de derechos colectivos*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas- UNAM, 1998; Roque Roldán, “Para alcanzar la tierra prometida: Una aproximación al régimen legal de las tierras indígenas en la Amazonía”, en *Derechos Económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas*, Quito, Abya-Yala, 1999; Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en el Ecuador*, Quito, CNJ, 2011; Julio César Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*, Quito, UASB, 2013.

¹⁰ Rodolfo Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*; México, IIDH – Colegio de México, 1988; Rodolfo Stavenhagen, “Los derechos culturales y los derechos colectivos en tiempos de globalización”, en: *Derechos humanos y globalización alternativa: una perspectiva iberoamericana*, México, Universidad Iberoamericana Puebla, 2006; Héctor Díaz-Polanco, *Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI, 1996; Héctor Díaz-Polanco, *El canon Snorri Diversidad cultural y tolerancia*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2004; Bello, Álvaro, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004; Bengoa, José, *La emergencia indígena en América Latina*, México, FCE, 2006; Xavier Albó, y Franz Barrios, *Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías*, Bolivia, PNUD, 2007; Guillaume Fontaine, *Petropolítica Una teoría de la gobernanza energética*, Quito, FLACSO, Abya – Yala, 2010; Araceli Burguete Cal y Mayor, *Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina*, Quito, FLACSO, 2010; James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, España, Trotta, 2005; Floresmilo Simbaña, *plurinacionalidad y derechos colectivos: caso Ecuatoriano*, en bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/davalos/CapSimbana.pdf, 2005, pp. 204-205; Carmen Martínez, et. al., *Repensando los movimientos indígenas*, Quito, FLACSO, 2009; Pablo Ortiz y Alberto Chirif, *¿Podemos ser autónomos? Pueblos indígenas vs. Estado en Latinoamérica*, Intercooperation / RRI, Ecuador, Imprimax, 2010; Luis Tuaza, *La crisis del movimiento indígena ecuatoriano*, Quito, FLACSO, 2011; Trujillo, Julio César, *El*

La Organización de las Naciones Unidas a través de instituciones especializadas como la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹¹, y organizaciones no gubernamentales (ONGs) ambientalistas o promotoras de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), tienden a generalizar el rol que el movimiento indígena cumple en el proceso de transformación socio-política; sus análisis incentivan la tensión entre el movimiento indígena y el Estado, en veces respaldan tesis que bogan por el sólo reconocimiento de los derechos al territorio y autodeterminación, situando la disputa política indígena por fuera de los márgenes sobre los que se estructuran y definen las relaciones de poder. ONGs respaldan tesis pragmáticas argumentando que mientras no se concrete el Estado plurinacional, los pueblos indígenas deben transigir políticamente en función de alcanzar cosas concretas, sustentando que una lucha política sin resultados de esa naturaleza desgasta y deslegitima al movimiento.

En el estado de la situación se explica que la propuesta de estos pueblos evoluciona y no se restringe a la consecución de resultados específicos en el corto plazo, ni al sólo 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 indígenas” en el marco de la construcción del Estado plurinacional y transformación de las relaciones de poder. La comprensión de este proceso implica el análisis de la crisis del positivismo jurídico y del

constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos, Quito, CEN –UASB, 2013; “Justicia indígena y pluralismo jurídico”, en Laura Giraudo, edit., *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Grijalva, Agustín, *Constitucionalismo en el Ecuador*, Quito, CC, 2011.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Ginebra, IWGIA, 2009; Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 (Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes)*, Ginebra, OIT, 1989.

Estado de derecho, a la luz de la nueva teoría jurídico-política sobre la que se erige el Estado constitucional.¹²

Se trata de 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.¹³

Este razonamiento está orientado a respaldar la visión crítica de la epistemología o científicidad moderna (*formas y vías del conocimiento*); del nivel ontológico (*representación de lo real, de lo social y de lo natural*); de la visión ética que tiene relación con los valores (*límites de la comunidad moral*); de la visión política respecto de las relaciones de dominación y dependencia (*acción colectiva y la organización del poder*); y de la visión económica directamente relacionada con los *modos de producción*,

¹² Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, edit., Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez, México, Siglo XXI, 2002^a; Gerardo Pisarello, “Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina. Algunas notas sobre la pesadilla y la esperanza”, en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, edit., México, Siglo XXI, 2002; Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México, FONTAMARA, 2007; Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Madrid, TEMIS, 2005; Bartolomé Clavero, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994; Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y emancipación*, Quito, Corte Constitucional Ecuatoriana, 2011; Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009; Herbert Lionel Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995; Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2005; Liza Elena Aceves López, “El desmantelamiento del Estado”, en *El Estado y sus otros*, coord., Pilar Calveiro, Buenos Aires, Araucaria, 2006; Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, LexisNexis /Abeledo-Perrot, 2003.

¹³ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2011a; Luigi Ferrajoli, *Los poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 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 *Poder derecho y corrupción*, Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, México, Siglo XXI, 2003; Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002^a; 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 Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1985; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1997, (2011); Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2008; Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, Bogotá, LEGIS, 2007; Ricardo Guastini, “Sobre el concepto de Constitución”, en *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007

distribución y consumo que han tenido lugar en el Estado de derecho y su ordenamiento jurídico positivista.

El estado del arte permite ver que la tendencia política liderada por los grupos de poder económico, en su momento rechaza la propiedad y tenencia de la tierra en manos de sujetos colectivos y niega la territorialidad originaria. Esta postura es la respuesta a las luchas y rebeliones indígenas por el reconocimiento del Ecuador como Estado plurinacional. Tal es el caso que cuando la Organización de Pueblos Indígenas del Pastaza (OPIP) propone en 1992 el denominado “Acuerdo sobre el derecho territorial de los pueblos Quichua, Shuar y Achuar de la provincia del Pastaza a suscribirse con el Estado ecuatoriano”, aquellos grupos catalogan al “Acuerdo” como un atentado a la “soberanía nacional”, y las Fuerzas Armadas lo califican como un acto antipatriótico e inconstitucional.¹⁴

El proyecto de la OPIP es un reto para la sociedad política ecuatoriana, porque considera que atenta a la “constitucionalidad del Estado” y porque pone en cuestión el poder central y sus fundamentos. Dada la complejidad de la propuesta se plantean preguntas como las siguientes: ¿Cuál es la perspectiva de la propuesta indígena dentro del escenario de la política convencional? ¿Qué expresan la clase política y el Estado respecto a la demanda indígena? Unas respuestas connotan posturas ideológico-políticas antípodas a la demanda indígena, otras son coincidentes y hasta de respaldo a dos temas centrales: al reconocimiento de la identidad étnica (teoría del conflicto etno-político); y reconocimiento de los derechos al territorio y autodeterminación (teoría de la redistribución).

¹⁴ Ninfa Patiño, *El discurso de los políticos frente al otro*, Quito, Abya-Yala, 1996, p. 24.

Metodología: La noción movimiento indígena (elevada a la categoría “actor político”) asumida en la presente investigación no es aleatoria; tal designación no describe 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.

Desde esta perspectiva se trata de entenderlos no solamente por lo que son, sino además por lo que dicen y hacen en condición de sujetos políticos respecto a sus derechos al territorio y autodeterminación. Para el estudio de estas categorías se ha adoptado el método comparativo y en clave comparativa se explica la naturaleza jurídico-política de aquellos derechos frente al Estado. Cabe advertir que conforme al Art. 11, numeral 6 de la vigente Constitución ecuatoriana todos los principios y derechos son de igual jerarquía, no obstante el análisis de los derechos colectivos indígenas no se sujeta a este reduccionismo jurídico, sino que se abre a un conjunto de distinciones analíticas -entre injusticias culturales e injusticias sociales, entre reconocimiento y redistribución-. Desde la teoría crítica y siguiendo a Fraser “en el mundo real, desde luego, las economías de lo cultural y lo político se encuentran siempre entrelazadas y prácticamente todas las luchas contra la injusticia, bien entendidas, implican exigencias de reconocimiento y redistribución.”¹⁵

¹⁵ 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”*, Capítulo I, Santa Fé de Bogotá, Siglo de Hombres Editores, 1997, pp. 17-44

El análisis comparativo se lo desarrolla para determinar el nivel y alcance jurídico-político de los derechos al territorio y autodeterminación 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 a través de matrices que permitan detectar las diferencias entre sí y con instrumentos relativos a los derechos al territorio y autodeterminación indígenas.

El enfoque metodológico asumido tiene razón de ser porque permite, además, evidenciar la constitucionalización de conceptos como plurinacionalidad, *sumak kawsay*, y *allin kawsay* que rompen la racionalidad jurídica propia del Estado moderno y rescatan la trascendencia de otros saberes, racionalidades 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 - constitucional), frente al enfoque constitucional no institucionalizado del movimiento indígena, o *constitucionalismo comunitario indígena* que ha incidido en la conformación del Estado plurinacional, hasta hace poco visto únicamente como una posibilidad utópica.¹⁶

CAPITULO I: ESTADO DE DERECHO: SIGNOS BÁSICOS DE SU EVOLUCIÓN

¹⁶ Fernando Mirés, *El orden del caos ¿Existe el tercer mundo?*, Venezuela, 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 Mirés “...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.” (Ibíd., 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 ochenta del siglo XX; el movimiento indígena latinoamericano por su parte, desde inicios de la década de los años 70 plantea una utopía que difiere de la asistida por el materialismo histórico, y enfatiza en el enfoque socio-cultural.

El estudio del Estado moderno parte por discernir tres de sus elementos constitutivos fundamentales: territorio, soberanía y población. Este discernimiento permite argumentar que el marco conceptual que los explica y justifica ha dificultado el reconocimiento de la multiétnicidad, de la pluralidad jurídica, de las diferencias y las garantías de la “otredad”, dando lugar a problemas etno-políticos como la injusticia cultural y la injusticia distributiva.¹⁷

En un segundo momento se trata la crisis del Estado de derecho y del positivismo jurídico, y la emergencia del constitucionalismo social como punto nodal para el análisis de la resignificación del Estado planteada por el movimiento indígena y otros actores sociales; se concluye con la caracterización del nuevo paradigma jurídico-político (en clave neoconstitucional), y la incidencia política de los pueblos originarios para decidir los contenidos de la Carta Fundamental ecuatoriana del 2008, desde un enfoque socio-cultural.

¹⁷ 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*, Capítulo I, Siglo de Hombres Editores, Santa Fé Bogotá, 1997, pp. 17: plantea la necesidad de desarrollar una teoría crítica del reconocimiento, que defienda la política cultural de la diferencia y que pueden combinarse coherentemente con la política social de la igualdad, desde una perspectiva que permita entender que la justicia hoy en día requiere, a la vez, de la redistribución y el reconocimiento. Es decir, conceptualizar el reconocimiento cultural y la igualdad social de manera que cada uno apoye al otro; hasta el punto de aclarar los dilemas políticos que surgen cuando se intenta combatir simultáneamente estos dos tipos de injusticia. Se trata de encontrar un marco teórico que explique cómo y en qué circunstancias la política del reconocimiento puede servir de apoyo a la política de redistribución; o qué políticas de identidad se combinan mejor con las luchas por la igualdad social.

Este concepto de igualdad social difiere de aquel igualitarismo que Gargarella se ha encargado de analizar, uno sostenido por el liberalismo conservador capitaneado por Nozick; de aquel utilitarismo que critica Rawls, y de la propia “Teoría de la justicia” propuesta por Rawls, con base en el contractualismo y la tesis del “contrato hipotético”. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 30-48.

1. 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 dominadora como cosa, instrumento, oprimido o encomendado.¹⁸ “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.”¹⁹ Stavenhagen argumenta que: “la relación con el otro es la base misma del nuevo sistema de dominación que establecieron los españoles en América.”²⁰

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 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,

¹⁸ Enrique Dussel, *El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*, Abya-Yala, Quito, 1994, p. 52.

¹⁹ Enrique Dussel, *Política de la liberación arquitectónica*, Madrid, Trotta, 2009, p. 21.

²⁰ Rodolfo Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México, 1988, pp. 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 característico de Colón y de muchos de los que los siguieron, y esa negación del otro constituyó la base del dominio español y de la opresión y explotación de los indígenas. La negación del Otro es la primera y más fundamental violación de los derechos humanos.”.

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.²¹

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.²² 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.²³

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).²⁴ De

²¹ Enrique Dussel, op. cit. 1994, p. 61-62

²² *Ibíd.*, p. 62.

²³ Enrique Dussel, “Europa, modernidad y eurocentrismo”, en Edgardo Lander, comp. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2005, pp. 45-51.

²⁴ 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

acuerdo a Dussel ya no es la “*theoría*”, sino la “*praxis*” de la dominación, además del poder ordenador,²⁵ 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.”²⁶

Análisis con perspectiva histórica coinciden que América se constituye en el primer espacio/tiempo de un nuevo patrón de poder de vocación mundial y, de ese modo y por eso, en la primera id-entidad²⁷ 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

caracterizado a la sociedad colonial y republicana. Ver: Cletus Gregor Barié, *La cuestión territorial de los pueblos indígenas en la perspectiva latinoamericana*, Madrid, 1992. [edición electrónica, www.rae.es]. pp. 60-61.

²⁵ Héctor Díaz/Polanco, *Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI, 1991; Aníbal Quijano, “El movimiento Indígena y las cuestiones pendientes en América latina”, en Instituto Científico de Culturas Indígenas, *Estado plurinacional y Estado social de derecho: los límites del debate*, Quito, ICCI, 2008, pp. 23-55; Rodolfo Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina; México*, IIDH – Colegio de México, 1988. Son autores que no difieren del enfoque histórico de Dussel, y como se verá posteriormente, coadyuvan a explicar que la `colonialidad` condiciona el desarrollo de la sociedad moderna, proyectándola hacia la República con las mismas secuelas sociales y políticas.

²⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Los pueblos indígenas de Bolivia, diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2001*, Santiago de Chile, CEPAL, 2005, p. 11; para un mayor profundización del tema ver: Álvaro Bello, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004; José Bengoa, *La emergencia indígena en América Latina*, México, FCE, 2006.

²⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, op. cit., 2005, p. 12: “La identidad es un elemento de la realidad subjetiva y en tanto tal 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 a histórico. 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.”

establecen como los dos ejes fundamentales del nuevo patrón de poder.²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰

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.³¹

Catherine Walsh,³² 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

²⁸ Aníbal Quijano, “Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander, comp., *Colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO-UNESCO, 2000a, p. 201.

²⁹ *Ibíd.*, p. 204.

³⁰ *Ibíd.*, p. 203.

³¹ Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, Lima, 2000b, p. 1. <https://docs.google.com/viewer?> Visitada (5/06/2120).

³² Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad*, Quito, UASB, 2009, p. 185-193

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:

(...) 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.³³

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,³⁴ 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.³⁵

³³ *Ibíd.*, p. 187.

³⁴ Enrique Leff, *Saber ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, México, Siglo XXI, 2002, pp. 172-198; ver también, Catherine Walsh, *op. cit.* 2009.

³⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Los pueblos indígenas de Bolivia, diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2001*, Santiago de Chile, CEPAL, 2005, pp. 11.

El régimen colonial latinoamericano es la mezcla de ingredientes socioculturales preexistentes y no da lugar a una sustancia social con rasgos homogéneos.³⁶ 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 diferenciar 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.³⁷ 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.”³⁸

³⁶ Saskia Sassen, *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Uruguay, Katz, 2010, p. 191, refiere que: “La colonización genera rivalidades, disputas y guerras, pero 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.”

³⁷ Héctor Díaz-Polanco, *Autonomía regional- la autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI, 1996, p. 43.

³⁸ *Ibíd.*, p. 44.

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 éstos deben entregar.³⁹ 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 él 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, 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

³⁹ Susana Murillo, *De la sacralidad del Estado a la sociedad civil. Mutaciones en las tecnologías del gobierno, psicoperspectivas, individuo y sociedad*, vol. VIII, (julio – diciembre), 2009, pp. 173-174, (29-05-12) en www.psicoperspectiva.cl, visitada (7/06/2012). Argumenta que: “Las colonias, aún aquellas ya 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.”

casi absoluto de los encomenderos y logra apropiarse de una parte más sustancial de los tributos.⁴⁰

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 emersión de los pueblos indios o “barrios” indígenas en las zonas urbanas.⁴¹ 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

⁴⁰ Héctor Díaz-Polanco, op. cit, 1996, p. 64.

⁴¹ Federica Morelli, *Territorio o nación: reforma y solución del espacio imperial en Ecuador (1765 -1830)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2005, p. 216:

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.⁴²

Se puede entender que este proceso de conversión de las villas en ciudades permiten 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 sólo 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 socio-organizativas 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.⁴³

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 extorsiones que no caben en la imaginación ni en lengua que pueda explicarlas, y dese hoy serán felices y racionales y civiles con las sabias disposiciones de gobierno que les comunicarán sucesivamente y por el pasto espiritual y temporal.⁴⁴

⁴² *Ibíd.*, p. 221.

⁴³ *Ibíd.*, p. 223.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 223.

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 de trabajo explotable.”⁴⁵ Morelly reitera que dicho proceso está centrado en la obtención de mayores ingresos.⁴⁶ 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.⁴⁷

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

⁴⁵ Héctor Díaz Polanco, op. cit., 1996, p. 83.

⁴⁶ Federica Morelli, op. cit., 2005, 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.”

⁴⁷ Héctor Díaz Polanco, op. cit., 1996, p. 84.

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.”⁴⁸ Desde el 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 irremediamente. 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.⁴⁹

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.⁵⁰ 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

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 84

⁴⁹ Héctor Díaz Polanco, 2008, pp. 184-185.

⁵⁰ Como insumos para el desarrollo de la tesis, cabe reconocer que los pueblos indígenas enfrentan eficazmente los indigenismos que se expresan como *liquidacionismo* liberal en el siglo XIX, como *integracionismo* y *eticismo* en el siglo XX, y con ciertas modificaciones como *neocolonialismo* en lo que va del siglo XXI.

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”.⁵¹ En consecuencia España inventa el predominante “régimen colonial moderno” cuya pauta organizativa rige en el continente a lo largo de tres siglos.⁵²

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; pero con el advenimiento de la República aquellas no cambian sustancialmente.

1.1 Modernidad (el mito de la modernidad)

⁵¹ Ver: Rodolfo Stavenhagen, *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano – Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990; Enrique Dussel, “Europa, modernidad y eurocentrismo”, en Edgardo Lander, comp., *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2005; Héctor Díaz/Polanco, *Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI, 1991; Aníbal Quijano, “El movimiento Indígena y las cuestiones pendientes en América latina”, en Instituto Científico de Culturas Indígenas, *Estado plurinacional Estado social de derecho: los límites del debate*, Quito, ICCI, 2008.

⁵² Sergio Bagú y Héctor Díaz-Polanco, *La identidad continental. Indigenismo y diversidad cultural*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2003, pp. 19-23.

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*⁵³ y *logocéntrico*.⁵⁴ 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 partir 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.⁵⁵

⁵³ Nancy Fraser, *Iustitia interrupta: reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Santa fé de Bogotá, Universidad de los Andes, 1997, pp.35- 36). El *eurocentrismo* no tiene relación únicamente al 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, aún 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”.

⁵⁴ 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 una forma más 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.”.

⁵⁵ Enrique Leff, *Ecología y capital*, 1994, México, Siglo XXI, pp. 23-24.

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.⁵⁶

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.⁵⁷ En general se 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

⁵⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, España, Desclée de Brouwer S. A., 2003, p. 71-72.

⁵⁷ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad*, Quito, UASB, 2009, p. 188.

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.⁵⁸

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 ésta en principal fuerza productiva del capitalismo, también disminuye su potencial para una racionalización emancipadora de la vida individual y colectiva.⁵⁹

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

⁵⁸ Augusto Ángel Maya, "Reflexiones sobre el derecho, la filosofía y el medio ambiente", en varios, *Derecho y medio ambiente*, Bogotá, FESCOL, 1992, p. 32.

⁵⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, España, Desclée de Brouwer S. A., 2003, p. 133.

naturaleza y el orden (ordenamiento jurídico) de la sociedad, que perdura con signos diferenciados hasta la actualidad.⁶⁰

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 desnormalizar 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”⁶¹ y no difiere sustancialmente de la tesis mantenida por Foucault, quien afirma que el conocimiento científico implica la construcción de verdad, y que disponer de verdad significa disponer de poder,⁶² 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 predecibilidad desde la lógica y racionalidad liberal y en función de la acumulación capitalista.

⁶⁰ Ibíd., 2003, pp.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 *cientifización* de la sociedad, la cual solo podía ser fruto de la propia ciencia moderna”.

⁶¹ Ibíd., pp. 45.

⁶² Michel Foucault, “Verdad y poder” en *Estrategias de poder*, España, PAIDOS, 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 así mismo 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.”

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 territorio, 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.⁶³

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 sólo 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.⁶⁴

⁶³ Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996, pp. 26-27.

⁶⁴ 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

Desde esta perspectiva sólo 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.

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”,⁶⁵ una de cuyas dimensiones tiene relación a 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:

ideología como una resolución imaginaria de contradicciones reales. Probablemente, en cualquier formación ideológica actual estas seis estrategias se relacionan de forma compleja.”

⁶⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Reinventar la democracia Reinventar el Estado*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, pp. 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.”

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.⁶⁶

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,⁶⁷ configurando lo que se conoce como un modelo global de racionalidad científica que excluye al conocimiento común, u otros saberes, concordando con lo planteado por Leff.⁶⁸ En tales circunstancias 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*

⁶⁶ Esta referencia es clave para establecer el quiebre temporal que marca el inicio de la 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.

⁶⁷ Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*, 2005, p. 23.

⁶⁸ Enrique Leff, *Saber Ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, México, Siglo XXI, 2002.

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,⁶⁹ 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*).⁷⁰

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 -enfatisa Dussel- esto es lo que deja ver perfectamente constituido el “mito de 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.

⁶⁹ A diferencia de Héctor Díaz-Polanco, Enrique Dussel, *El encubrimiento del otro, hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito, Aya-Yala, 1994. p. 86, plantea que: “históricamente hubieron 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).”

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 85. Esta cita conforme al autor, es tomada de “Publicación en Roma en 1550: nuestras citas de la edición crítica del Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 153.”

De manera que la dominación⁷¹ (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”,⁷² de la construcción del Estado-nación.⁷³

2. 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”⁷⁴ 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

⁷¹ 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.”

⁷² Enrique Dussel, *El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito, Abya-Yala, 1994, p. 86

⁷³ Álvaro, Bello, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004, 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 legitimado 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.”

⁷⁴ Max Weber, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 1047-1048.

determinado territorio reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima. El Estado se considera como fuente única del “derecho” de coacción.⁷⁵

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.⁷⁶

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 ésta a su vez determina las potestades de aquella. El imperio de la ley es asumido como la condición fundamental sustentada en el principio de legalidad⁷⁷ (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,

⁷⁵ *Ibíd.*, 2004, p. 1056.

⁷⁶ *Ibíd.*, 2004, p. 1060.

⁷⁷ 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.

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, sólo podía llamarse ley a la norma intrínsecamente igual para todos, es decir, a la norma general.⁷⁸

A criterio de Raz,⁷⁹ Hayek ha proporcionado una de las formulaciones más claras y llenas de fuerza sobre la idea de Estado de derecho, en los siguientes términos: “Despojada 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.”⁸⁰ 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

⁷⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1997, p. 29.

⁷⁹ Joshep Raz, *El Estado de derecho y su virtud*, México, ITAM - Siglo XXI, 2002, p. 263.

⁸⁰ *Ibíd.*, pp. . 264- 265

intuición básica de la que se deriva la doctrina del Estado de derecho. Sin embargo cabe enfatizar que “esta concepción del Estado sólo 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.”⁸¹

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 jurídicos particulares) 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.⁸²

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

⁸¹ *Ibíd.*, p. 267

⁸² *Ibíd.*, p. 269

capacidad del estado de derecho, así como de proveer remedios efectivos en caso de desviación del derecho.⁸³

Por su parte Trujillo⁸⁴ 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 sólo aquel en el cual los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también a los contenidos.”⁸⁵ En *Principia iuris*. p. 461 y ss, al igual que Zagrebelsky ratifica 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

⁸³ *Ibíd.* p. 273

⁸⁴ Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, CEN - UASB, 1994.

⁸⁵ Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez, coords., *Estado de derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002a, p. 187.

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 basado 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.⁸⁶

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.⁸⁷

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 al control de los tribunales, inclusive cuando

⁸⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1997, p. 32

⁸⁷ 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.

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 judicial⁸⁸

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.⁸⁹

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 socio-económico y jurídico-político imperante.⁹⁰ 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.

⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 4.

⁸⁹ Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, FONTAMARA, 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, que en su artículo 16, proclamaba: "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." *Ibíd.*, p. 234.

⁹⁰ Ralph Miliband, *El Estado en la sociedad capitalista*, México, Siglo XXI, 1970, p. 72.

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.

2.1 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*, 1ra. 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.”⁹¹

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.⁹² Se deduce entonces que la evolución del Estado y sus

⁹¹ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 368.

⁹² *Ibíd.*, p. 368.

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.⁹³

El Estado territorial es indispensable para el nacimiento y desarrollo del capitalismo y porque además consolida la unidad nacional mediante el desarrollo del mercado, éste, 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 materiales 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

⁹³ Weber, op. cit. 2004, 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...”.

ya depende parcialmente de los circuitos globales, sobre todo la obtención de materiales preciosos que circulan en una jurisdicción territorial supraestatal.⁹⁴

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.⁹⁵

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.⁹⁶

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

⁹⁴ Saskia Sassen, *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Uruguay, Katz Editores, 2010, p. 129.

⁹⁵ *Ibíd.*, pp. 129-158

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 131.

autoridad del Estado deben realizarse dentro de su territorio, bien para asegurar la situación del Estado o para modificarla. Sólo 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.⁹⁷

Jellinek sostiene que el Estado jamás puede ejercer directamente “dominio” sobre el territorio, sino y sólo 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 sólo es referible a los hombres; de ahí que sólo 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.”⁹⁸ 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

⁹⁷ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 371. Jellinek ilustra que la caracterización del territorio como objeto real, y del derecho del Estado respecto de él como un derecho real estatista, fue hecha por primera vez por Gerber, op. cit., p.22, y posteriormente ha sido enérgicamente defendida por Laband, I, pp. 173 ss. (Jellinek, 2004, p. 371).

⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 371-372.

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*.⁹⁹

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.¹⁰⁰

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 personas¹⁰¹ 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 pre-estatal 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.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 374.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pp. 276-277.

¹⁰¹ La relevancia de la población en el Estado será tratado en un acápite posterior, pero queda establecida su importancia a fin de no soslayarla frente a los otros elementos constitutivos del Estado.

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.¹⁰²

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 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 responsabilidad y capacidad de revertir el hecho expropiatorio a fin de resarcir el daño a los pueblos indígenas, y desde el 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, Heller¹⁰³ 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

¹⁰² *Ibíd.*, pp. 376-377.

¹⁰³ Hermann, Heller, *La teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 159.

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 sólo parte de la superficie terrestre”, en consecuencia, la condición natural es que esa parte de la superficie terrestre sólo 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 social-política también cerrada; la vecindad actuará uniéndose hacia adentro y diferenciándose 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.”¹⁰⁴

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 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.”¹⁰⁵ Así es como se configura la territorialidad que el Estado ejerce en su espacio (continental, insular, polar,

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 160.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 160.

marítimo, aéreo, zona geostacionaria) 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.”¹⁰⁶

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 la soberanía, no sólo 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.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 161

El Estado moderno exalta su relación con el espacio geográfico, pero 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 de la población bajo las condiciones dadas de espacio, es decir: sólo socialmente (...) el territorio del Estado es la base, pero la población es el depositario vivo de la propia sustancia del Estado.”¹⁰⁷ El análisis territorial expuesto debe ser completado a partir de la visión de Benz,¹⁰⁸ 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:

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 164.

¹⁰⁸ Arthur Benz, *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 146.

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”.¹⁰⁹

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.

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 de los democrático- liberales, sólo en apariencia disminuyó en el Estado democrático de bienestar o en los actuales estados constitucionales.¹¹⁰

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

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 146.

¹¹⁰ 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.

poder y para la concreción de la *territorialidad* son necesarias 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; Almberg, 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 sólo 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 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.¹¹¹

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,¹¹² conforme

¹¹¹ Heriberto Cairo Carou, "Territorialidad", en Román Reyes, dir., *Diccionario crítico de ciencias sociales*, Madrid, Publicación electrónica de la Universidad Complutense de Madrid, en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/index.html>. Visitado el (13/09/2013).

¹¹² Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, CEN-UASB, Quito, 1994, p. 43, aporta a la comprensión del término, a la luz de considerar 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 puede hacer de ellos algo que implique su destrucción o degradación, pues acarrearía su propia extinción, la del hombre y el de la naturaleza.

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,¹¹³ 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.¹¹⁴

No obstante, cabe enfatizar que desde un enfoque socio-cultural: “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.”¹¹⁵ De lo que se puede deducir que la noción territorialidad desde la cosmovisión indígena es holística y tiene relación a 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.

¹¹³ Arthur Benz, op. cit., 2010, p. 155. Sobre el tema en referencia ver también: Saskia Sassen, op. cit., 2010, p. 119.

¹¹⁴ Michel Mann, “El poder autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados”, en *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, Núm. 5 Noviembre de 2006, UAM-AEDRI, p. 30. (27-05-12) en <http://www.relacionesinternacionales.info>: “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 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.”

¹¹⁵ Cletus Gregor Barié, *La cuestión territorial de los pueblos indígenas en la perspectiva latinoamericana*, Madrid, 1992. [edición electrónica, www.rae.es], p. 88.

2.1.1 Nación y territorialidad

El concepto “nación” ha sido lastrado por las ideologías, toda vez que apelando a la nación los gobiernos “nacionales” excluyeron de la comunidad política a los pueblos indígenas, implementando políticas discriminatorias, *segregacionistas* y *asimilacionistas*, o pretendiendo incluso conquistar territorios de otros estados, a usanza de lo que aconteció en la conquista del siglo XV. El concepto nación también ha sido 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.¹¹⁶

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, etc., se convierten en los atributos definitorios de la nación, ésta aparece como un hecho preestablecido, “objetivo”, como si se formara de manera espontánea.¹¹⁷ 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

¹¹⁶ Arthur Benz, op. cit., 2010, pp. 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.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 157.

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.¹¹⁸

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 autodeterminación, 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.¹¹⁹

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.¹²⁰ 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

¹¹⁸ Alessandro Campi, *Nación: léxico de política*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2006, p. 107.

¹¹⁹ Arthur Benz, Op. Cit., 2010, p. 157

¹²⁰ *Ibíd.*, 157-158. Para profundizar sobre el tema sugiere ver: “Miller, 1995: 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 concientizan 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.”

una agrupación voluntaria de ciudadanos 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).¹²¹ 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 éste, cuando las naciones en creciente medida, aparecen como las más pujantes fuerzas fundadoras de Estados.”¹²²

Todavía 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.¹²³ Siguiendo a Heller el pueblo es una estructura histórica y

¹²¹ Arthur Benz, op. cit., 2010, p. 158

¹²² Hermann Heller, op. cit., 1987, p. 179.

¹²³ *Ibíd.*, p. 179.

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.¹²⁴

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 XIX¹²⁵

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

Aquí, y más aún en los románticos, 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 sólo 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.¹²⁶

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 un solo flanco para justificar la viabilidad de otro paradigma, en tales condiciones, para el caso de América Latina se puede

¹²⁴ Ibíd., pp. 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 rousseaumiana* 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 ésta esa voluntad popular sin contradicciones sólo se puede dar en la sociedad sin clases, en tanto que la concepción demoliberal admite que es realizable en la misma sociedad civil.”

¹²⁵ Hermann Heller, op. cit., 1987, p.179

¹²⁶ Ibíd., p. 181

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 en base al orden de competencias (legislativa, administrativa y judicial) de las que está dotado el Estado para la consecución de los fines como “Estado nacional” garantizador de la propiedad y de la economía de libre mercado. Estado con soberanía hacia fuera y hacia dentro y con poder, en los términos ya descritos por Weber, coacción física legítima o amenaza de uso de la fuerza para proteger el territorio y la población.¹²⁷

Además de la descripción del territorio y la nación en su etapa de génesis y consolidación del Estado liberal (capitalista), interesa 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 dentro del ejercicio político constituye un desafío 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:

¹²⁷ Max Weber, op. cit., 2004, p. 1056

(...) 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?¹²⁸

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?¹²⁹

En este sentido, respecto a los dispositivos de seguridad, lo importante no está en relación con el espacio y el medio, sino con la escasez, en cuanto ésta 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.¹³⁰ 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 que 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

¹²⁸ Michel Foucault, *Seguridad, territorio y población*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 45.

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 45-46.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 48

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 sólo detenerla cuando se produce, no sólo erradicarla sino literalmente prevenirla.¹³¹

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.¹³² 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.”¹³³

El análisis hecho por 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 disciplinarias 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

¹³¹ *Ibíd.*, p. 49

¹³² Se entiende por mercantilismo las técnicas de gobierno y gestión de la economía que perduraron hasta inicios del siglo XVIII.

¹³³ Michel Foucault, *Seguridad, territorio y población*, Argentina, FCE, 2006, p. 51.

entre un tipo de acción prohibida y un tipo de castigo), que es justamente el meollo del código en cuanto mecanismo legal o jurídico.¹³⁴

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,¹³⁵ 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

¹³⁴ Ibíd., 2006, 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.

¹³⁵ Michel Foucault, op. cit., 2006, pp. 17-22

algo que se asemeje a un medio de vida, de existencia, de trabajo? A partir de esta pregunta que se formula Foucault,¹³⁶ corresponde elucidar si ésta es la matriz que rige el modelo socio-económico-político del Estado moderno, y que aunque haya sido modificada mantiene el contenido sustancial originario. Con base en la tesis planteada se establece la correlación tripartita territorio-soberanía-población, como ámbito donde se desarrollan las tecnologías del poder de dominación y que fueron trasladadas al nuevo continente; y aún perduran.

Si la disciplina es esencialmente centrípeta, (los dispositivos de seguridad son centrífugos) es porque funciona aislando un espacio. La disciplina concentra, centra, encierra. Su primer gesto radica en circunscribir un espacio dentro del cual su poder y los mecanismos de éste 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 que tienen una tendencia constante a ampliarse; que son centrífugos y propician la integración de nuevos elementos como la producción, los comportamientos, las maneras de actuar de productores, compradores, consumidores, importadores, exportadores en función del mercado mundial. Se trata por tanto de organizar o, en todo caso, de permitir el desarrollo de circuitos económicos, políticos y tecnológicos cada vez más grandes (físico-espacialmente), y son los que caracterizan a la sociedad moderna, a la economía capitalista, al Estado liberal circunscrito a un territorio que por la

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 46.

condiciones del mercado se re-significa a nivel local y global.¹³⁷ La disciplina reglamenta todo. No deja escapar nada. No sólo no deja hacer, sino que su principio reza que ni siquiera las cosas más pequeñas deben quedar libradas a sí mismas.

Por otra parte corresponde precisar cómo funciona la disciplina y cómo los sistemas de legalidad en la sociedad jurídica y políticamente organizada. Simplemente 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 dice no hay que hacer esto, lo otro o lo de más allá, en tal o cual jurisdicción territorial.

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 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.¹³⁸

También el mecanismo disciplinario codifica en forma permanente lo permitido y lo prohibido o, mejor dicho, lo obligatorio y lo prohibido; el punto al que se aplica un mecanismo disciplinario, entonces, no es tanto lo que no debe hacerse como lo que debe hacerse. Una buena disciplina es lo que nos dice en todo momento lo que debemos hacer (...) En el sistema de la ley, lo indeterminado es lo que está permitido. Pensando en la

¹³⁷ Michel Foucault, 2006, p. 67; Sobre el tema también se puede ver: Saskia Sassen, *op. cit.*, 2010, p. 59-86.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 68.

caracterización del Estado de derecho, donde la “ley es la ley”, es la voluntad suprema de la “población”:

la ley trabaja en el ámbito imaginario, imagina y sólo 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.”¹³⁹

De los textos de Foucault se puede resaltar un punto esencial en el cual están comprometidos, todo el pensamiento y toda la organización de las sociedades políticas modernas, y es que para los fisiócratas prima la idea de que la política no debe extender hasta el comportamiento de los hombres el conjunto de reglas que son las impuestas por Dios al hombre, o resultan necesarias por la mera existencia de su mala índole.¹⁴⁰ Desde esta perspectiva, la política tiene que actuar desde lo que los fisiócratas llaman física; y a causa de ello éstos van a decir que la política es una física, y de esta forma señalan esa realidad que es el único dato sobre y con el cual la política debe actuar:

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.¹⁴¹

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

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 69:

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 69

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 70

desarrolle y marche, que siga su curso de acuerdo con la leyes, los principios y los mecanismos que le son propios. 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 comprenderse en el interior de las mutaciones y transformaciones de las tecnologías del poder.¹⁴²

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 sólo 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.¹⁴³

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

¹⁴² *Ibíd.*, pp. 70-71

¹⁴³ En la perspectiva analítica de Saskia Sassen, *Territorio, autoridad y derecho*, Uruguay, Katz Editores, 20010, pp. 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 periodo 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.

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.

Este paradigma *eurocéntrico* (implica la organización y uso del espacio - territorio) y se impone en América Latina y a partir del proceso independentista se dinamiza el proceso de integración al mercado mundial, ya arraigado en el régimen colonial, y a la postre acentúa el carácter dependiente de la región, de cada país y crea las condiciones para el subdesarrollo local y regional.

Del análisis hecho interesa señalar que en la América Latina de la etapa precapitalista, predomina un determinado modo de producción, o complejo integrado por las fuerzas sociales productivas y las relaciones ligadas a un tipo explícito de propiedad de los medios de producción; tipo de propiedad que determina el sistema económico y las relaciones entre los diferentes sectores de la economía, entre las diversas unidades productivas a nivel interno y externo. En este sentido, el continente latinoamericano está subordinado al régimen colonial y en consecuencia está integrado al proceso expansivo de la metrópoli española, y sometido a la explotación de minerales y recursos de otra

naturaleza, en una escala diferenciada por cada Virreinato (jurisdicción territorial político-administrativa) y de los cuales al final devienen los Estado-nación.

En todo caso, el mantenimiento de relaciones de producción precapitalistas en América Latina es inherente al proceso de acumulación de la metrópoli europea, y se da en términos de diferencias y discontinuidades que se ajustan cada vez al modelo hegemónico económico-político liberal. Pero al interior del continente latinoamericano 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). No hay duda 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 ligada también al mercado mundial.¹⁴⁴

El enfoque del materialismo histórico asumido por Cueva, es adecuado para 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

¹⁴⁴ Agustín Cueva, "Problemas y perspectivas de la teoría de la dependencia", en *Agustín Cueva: pensamiento fundamental*. Selección de notas Alejandro Moreano. Quito, Campaña Nacional Eugenio Espejo, 2007^a.

latinoamericanos al capitalismo mundial.¹⁴⁵ A partir de esta lectura de la historia de América latina, no se trata de reclamar el análisis de los modos de producción y de las relaciones sociales por razones “morales” o de principios, sino porque son categorías fundamentales, sin las cuales ni siquiera se puede rendir cuenta del desarrollo puramente económico de la sociedad.¹⁴⁶ Este tipo de constataciones ha coadyuvado para que los pueblos indígenas no sólo cuestionen la propia situación de pobreza y marginalidad, sino que:

(...) 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.¹⁴⁷

2.2 Soberanía (elemento sociológico del Estado)

El Estado moderno es la 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 (de poder legítimo), y aglutina en torno a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus conductores. Esto se consiguió habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase o autónomos, que anteriormente disponían de aquellos medios por derecho propio. De tal forma el Estado se coloca a sí

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 96

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 97

¹⁴⁷ José Bengoa, *Relaciones y arreglos políticos y jurídicos entre los estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década*, Santiago de Chile, CEPAL, 2003, p. 16

mismo en lugar de esos funcionarios de clase autónomos, en la cima suprema,¹⁴⁸ con la particularidad de que el verdadero dominio que consiste en el manejo diario de la administración, conforme lo fundamenta Weber, se encuentra en manos de la *burocracia*, tanto militar como civil.¹⁴⁹

Esta conceptualización dada 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 dispone de la coacción física de manera monopolítica. El Estado ejerce “soberanía” que no es 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.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Max Weber, op. cit., 2004, p. 1060.

¹⁴⁹ Ibíd., 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 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...” Más aún, Weber sostiene que desde el punto de vista sociológico el Estado moderno es una “empresa” con el mismo título que una fábrica, y que en esto consiste precisamente su rasgo histórico.

¹⁵⁰ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2009, p. 116:

De lo expuesto se deduce que 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.”¹⁵¹ Este atributo de dar las leyes incluye el crearlas o anularlas, así como su interpretación y enmienda. La intención y alcance que el vocablo “ley” tiene para Bodin,¹⁵² 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, ya

¹⁵¹ Jean Bodin, *Los seis libros de la república*, p. 11, en <http://www.google.com.ec> Visitado: (17/07/2012).

¹⁵² Sinforiano Moreno García, *La concepción y el concepto de soberanía, la definición de soberanía en Jean Bodin*, 2008, p. 39, en www.soberania.es/.../Concepto/Definición. (27-05-12).

que tal y como dice el texto “es imposible según la naturaleza de las cosas”. 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.¹⁵³

Con la argumentación teórica de Rousseau¹⁵⁴ y la experiencia de la Revolución Francesa, el concepto soberanía cambia substancialmente. 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 al “pueblo”¹⁵⁵, 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 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.

¹⁵³ Jhon Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 103-107.

¹⁵⁴ Jean Jaques Rousseau, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. El Contrato Social*, Barcelona, Aguilar- 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.

¹⁵⁵ Héctor Díaz-Polanco, *El Canon Snorri, diversidad cultural y tolerancia*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2004, p. 103. Ver a este autor para profundizar 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.

La situación histórico-política que da origen al concepto “soberanía” permite afirmar que es, en su origen histórico, una concepción de índole política y que posteriormente se condensa en una de índole jurídica.¹⁵⁶ Jellinek argumenta que en las afirmaciones doctrinales griegas en las que se trata de la naturaleza del Estado, no puede encontrarse 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.¹⁵⁷ Para Jellinek, el hecho de que la Antigüedad no haya llegado a un conocimiento del concepto soberanía tiene un fundamento histórico de importancia, y es que: “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.”¹⁵⁸

Desde este enfoque procede señalar que 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

¹⁵⁶ Georg Jellinek, op. cit., 2004, p. 401

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 404.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 405

Iglesia quiere poner al Estado a su servicio; posteriormente los grandes señores y corporaciones que 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 del Estado sobre la Iglesia.”¹⁵⁹ El 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, sólo el emperador tiene el carácter de dominador, sólo él puede dar leyes, sólo 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.¹⁶⁰

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

¹⁵⁹ Saskia Sassen, op. cit., 2010, pp. 80-86: hace referencia al hecho de que 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.”

¹⁶⁰ Georg Jellinek, op. cit., 2004, pp. 406-409

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.¹⁶¹

Del análisis del autor en cita se colige que estas luchas enseñan a todos cuan necesaria era la autoridad independiente, suprema a todos e irresistible del Estado y así nace su nueva doctrina. Se reconoce a Bodin el desarrollo de toda una concepción del carácter del Estado francés, dando a ese resultado un carácter absoluto. Entonces, el concepto de *soberanía* alcanzado después de largas luchas, es considerado por Bodin como una nota esencial en su definición del Estado.

Para este autor el concepto soberanía no alcanza tampoco su 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, represente un Estado.” Y se le atribuye a él mismo 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*.¹⁶² 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

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 414

¹⁶² *Ibíd.*, p. 415.

simplemente que es independiente de todo otro poder, pero no afirma lo que es el Estado esencialmente, sino más bien lo que no es.

En todo caso, se ha establecido que la soberanía sólo puede comprenderse mediante las luchas históricas de los estados para afirmar su existencia. A partir del concepto anteriormente desarrollado, vienen otros para darle 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. Pero 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,¹⁶³ 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.”¹⁶⁴

“...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

¹⁶³ *Ibíd.* p. 417

¹⁶⁴ *Ibíd.* p. 419.

considerar que la comunidad popular es el Estado mismo, rodea de autoridad incommovible 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 societas*) 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 de 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.”¹⁶⁵

Por estas razones el concepto moderno de soberanía del Estado en su forma absolutista, es uno de los hechos históricos que influyen en el concepto moderno de Estado. La convicción práctica de que éste es el que mantiene todo el poder público y de que, por tanto, sólo 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 que para los clásicos de esta temática llevaba a la unidad centralista del Estado.

En todo caso los efectos políticos de la doctrina positiva de la soberanía dan lugar a importantes cambios, de tal forma que la teoría constitucional y la del Contrato social moldean la vida del Estado según sus principios. Esto se reduce a la idea de que era necesaria la concentración del poder soberano en las manos de uno solo, en un territorio y una población. No obstante, en el siglo XIX y hasta la actualidad la concepción de la

¹⁶⁵ *Ibíd.* p. 420.

soberanía permanece obscura, pero se reconoce a la soberanía como atributo del poder del Estado, y éste como un elemento del mismo; 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, por consiguiente, el poder supremo es independiente en relación con poderes externos e internos.

Además la soberanía connota una condición que le es inherente, designar un poder ilimitado e ilimitable que habría de ser absoluto y que nadie podría limitarlo, ni siquiera la propia soberanía. 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. Jellinek ilustra que por su parte 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.¹⁶⁶ 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 que ejecuta 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

¹⁶⁶ Georg Jellinek, op. cit., p. 434. Enfatiza este autor: "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."

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 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.¹⁶⁷

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 pre-capitalistas. La etapa del evolucionismo es históricamente el período de consolidación de la

¹⁶⁷ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1995, pp. 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 en base a 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 sólo “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, sólo 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. En todo caso Hart introduce nuevos elementos para el debate sobre la soberanía del Estado, a partir del análisis del Derecho internacional.

Revolución industrial en Europa, de las exploraciones y del escalonamiento del colonialismo moderno.

Este sistema de “adelanto” 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 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”.¹⁶⁸

Basado 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.¹⁶⁹ 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.

¹⁶⁸ Héctor Díaz Polanco, *El canon Snorri Diversidad cultural y tolerancia*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2004, p. 119

¹⁶⁹ *Ibíd.*, 2004, p. 119.

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 suplantán a las anteriores y realizan los roles sociales similares, evitando las perturbaciones críticas, los desajustes y desequilibrios que devinieron en rebeliones contra el colonizador¹⁷⁰ y el poder imperial.

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,¹⁷¹ 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

¹⁷⁰ *Ibíd.*, 2004, pp. 120-121. 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 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.”

¹⁷¹ 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 de Chile, CEPAL, 2001, p. 10: “Es 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.”

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.¹⁷² Lo propio sucede con la antropología aplicada,¹⁷³ estructurada para cumplir los fines, conforme a los designios del norte industrializado, y que se la concreta en gran parte del siglo XX. La referencia al proceso de asimilación permite ver el cómo el Estado integra a los pueblos indígenas, a fin de consolidar su soberanía territorial, 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.¹⁷⁴

¹⁷² Martín Hopenhayn y Álvaro Bello, *Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, CEPAL, 2001, p. 10: “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.”

¹⁷³ Héctor Díaz-Polanco, *El canon Snorri Diversidad cultural y tolerancia*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2004 p.122

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p.124

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 Estados Unidos influyen sobre el tratamiento y soluciones que se proponen para el “problema” indígena, entre otras:

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.”¹⁷⁵

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, son complejos desde su origen en el Medioevo,¹⁷⁶ etapa histórica en la que se vive una

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p.124

¹⁷⁶ Saskia Sassen, *op. cit.*, 2010, pp.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 detentada 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

fragmentación de poderes y que es superada por la concentración de la autoridad en el monarca.¹⁷⁷ 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,¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹

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.”

¹⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 57-86.

¹⁷⁸ Jean Bodin, *Los seis libros de la república*, p. 11, en <http://www.google.com.ec/#q=Jean+Bodin,+Los+seis+libros+>, Visitado el (09/10/2012).

¹⁷⁹ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 114. pp. Locke, respecto a la soberanía que la ejerce el poder legislativo, prácticamente asume la tesis de Bodin.

Y la indivisible soberanía del Estado frente al exterior sólo 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 reglas del Derecho internacional, limitativas de la política exterior de los estados territoriales.

Frente a ello existe la teoría del pluralismo, desde cuyo contenido esencial 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 han sido declarados estratégicos para la conservación o 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.¹⁸⁰

De lo cual se colige que el ejercicio legítimo de la soberanía ha de someterse a ciertas reglas, para evitar que la autoridad legítima se convierta en mero poder. Pero con ello no podría hablarse ya de una soberanía incondicionada u originaria. “El poder del Estado es poder constituido. Deriva de sí mismo, en concreto del poder constituyente...Dentro del Estado constitucional no existe ningún soberano.”¹⁸¹

En el interés de visualizar con mayor fuerza el derecho colectivo indígena al territorio (derecho territorial), en el entorno de la dialéctica que se viene refiriendo tiene importancia evidenciar la complejidad del concepto “poder estatal”, cuando se hace referencia al carácter coercitivo de la acción estatal. El Estado protege su territorio y sus habitantes mediante la aplicación legítima de la amenaza de la fuerza -tal cual lo refirió Weber- frente a potenciales intrusiones externas o subversión al interior, los conflictos entre grupos se regulan igualmente mediante el uso de la coerción, en este sentido, cuando las pretensiones territoriales de las minorías poblacionales o sujetos culturales indígenas

¹⁸⁰ Arthur Benz, op. cit., 2010, p. 181.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 180. La tesis referida la asume de Kriele Martin, *Einführung in die Staatslehre*, Opladen: Westdeutcher Verlag (4a ed.), 1990, p. 87, y 111-113.,

son planteadas al Estado, la respuesta es negativa y está acompañada del uso de la fuerza estatal controladora, represiva; además el Estado por estar sustentado en la legitimidad de la ley y aval moral del que está investido, impone sanciones. Desde esta perspectiva la pretensión territorial colectiva indígena es mostrada como algo ilegal y atentatorio a la integridad territorial del Estado y a su soberanía. En consecuencia deslegitima a quienes cuestionaban la territorialidad estatal y plantean el reconocimiento de la plurinacionalidad y la pluriterritorialidad.

Una lectura filosófico-política sobre la soberanía y la territorialidad realiza Foucault cuando trata sobre el moderno sistema de poder, fundado y desarrollado a partir de 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)?¹⁸²

Siguiendo a Foucault, una respuesta inicial 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 de la soberanía y por tanto del poder político ligado a la forma de soberanía, es hasta entonces conquistar nuevos territorios, o al contrario,

¹⁸² Michel Foucault, *Seguridad, territorio y población*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 85

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 éste, 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.¹⁸³

Otro factor primordial que enfatiza Foucault tiene que ver con la población, con sus fenómenos y proceso propios. Y esto desde el interés del poder (del soberano) se centra en el mecanismo denominado panóptico, es decir: 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 de Foucault, 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 ésta 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.¹⁸⁴

¹⁸³ *Ibíd.*, pp. 85-86.

¹⁸⁴ Michel Foucault, *Seguridad, territorio y población*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2006 p. 87

2.3 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 población se proyecta en el Estado moderno y entra a la dinámica del poder del Estado y del soberano.”¹⁸⁵

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 demás, 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.¹⁸⁶

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

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 90

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 90-91

torno a la población y al nacimiento de la economía política.¹⁸⁷ 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 dominio 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.¹⁸⁸

Reiterando que el Estado tiene elementos constitutivos básicos: territorio, población, soberanía, en cuanto poder estatal es poder jurídico, y 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

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 133

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 135

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”,¹⁸⁹ y fundamenta porque no debería existir.

Sobre el tema el debate 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 sólo se puede explicar por la totalidad de nuestro ser social, del mismo modo sólo se le puede justificar por la totalidad de un ser aceptado por nuestra conciencia moral.”¹⁹⁰ 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).¹⁹¹

Weber¹⁹² al referirse a la “pertenencia a una raza” asume que es la posesión real de las mismas disposiciones, heredadas y transmisibles por herencia, y que descansan en un origen común. A la vez explica la compleja problemática de la acción comunitaria si se

¹⁸⁹ Hermann Heller, *La teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 235

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 236.

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 174

¹⁹² Max Weber, *op. cit.*, 2004, p. 315.

toma como fuente la pertenencia a una raza, y que conduce a una comunidad, sólo 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 Jellinek¹⁹³ 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 que es 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 en base a 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 les faltaría ese momento que hace de la pluralidad una unidad. Con base en esta visión Jellinek reitera lo que Aristóteles discurrió en su época: ‘Sólo entre hombres libres es posible un derecho en el sentido político, y sin este derecho no hay Estado.’

2.4 Estado y pluriculturalidad

Campi, argumenta que los términos “nación” y “sentimiento nacional” evolucionan pasando por los modelos: nación estatal, nación cultural y nación política. Su análisis

¹⁹³ Georg Jellinek, op. cit., 2004, p. 378

permite ver que en cada etapa de la historia se construye un concepto de nación y de sentimiento nacional.¹⁹⁴ 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 culturalmente homogéneo sobre el cual refleja su propia autoridad y a través de aquel sentimiento legitima su pretensión de 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.”¹⁹⁵

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

¹⁹⁴ Alessandro Campi, op. cit., 2006, pp. 93-95

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 101.

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.¹⁹⁶

El Estado moderno (Estado-nación) frente a la diversidad étnica existente en América Latina implanta la política de integración indígena, en función de la 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 alemán 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.¹⁹⁷ 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

¹⁹⁶ Friedrich Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, Alianza Editorial, 2008, pp. 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 sólo 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 (...).”

¹⁹⁷ Héctor Díaz Polanco, *Indigenismo y diversidad cultural*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2003, pp. 35.

tesis kantiana parte del iluminismo que enfatiza la racionalidad de los individuos y la soberanía popular como fundamento de la organización política. Es Kant entonces quien 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 “autolegisador”.¹⁹⁸

El enfoque relativista o particularista de la cultura presentado por Herder,¹⁹⁹ 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.²⁰⁰

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

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 36

¹⁹⁹ José María del Olmo Gutiérrez, *III-reich: el experimento nacional-socialista alemán*, Madrid, ERIDE, 2010, p. 73; en: <http://www.casadellibro.com/libro-iii-reich-el-experimento-nacional-socialista-aleman/9788415160090/1817259>. Visitado el (08/07/2012). 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 posthumana, 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 a contracorriente ya que en la Ilustración se dice que todos los hombres son iguales.”

²⁰⁰ Héctor Díaz-Polanco, *op. cit.*, 2003, p. 37

De lo expuesto se infiere que la diversidad es un problema y que superar la heterogeneidad étnica implica integrar los pueblos indígenas a la “nación”²⁰¹, 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; éste es el fenómeno que generó los conflictos étnico-nacionales que perduran hasta la actualidad.

El Estado moderno en América Latina emerge con una contradicción intrínseca²⁰²: la diversidad socio-cultural; y siendo Estado heterogéneo,²⁰³ 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”.

²⁰¹ Ver: Alessandro Campi, op. cit., 2006, pp. 93-94-95. 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”.

²⁰² Saskia Sassen, op. cit., 2010, p. 116; es más enfática al afirmar 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.”

²⁰³ Rodolfo Stavenhagen, op. cit., 1998, p. 26-27, enfatiza que: “... el Estado-nación boga por una cultura nacional, y ello implicaba para las elites 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 elites 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.²⁰⁴

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.²⁰⁵

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.²⁰⁶

²⁰⁴ Héctor Díaz-Polanco, op. cit., 1996, p. 88

²⁰⁵ *Ibíd.*, p. 88

²⁰⁶ CEPAL, *Los pueblos indígenas de Bolivia: diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2001*, Santiago de Chile, 2005, p. 15. “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 periodo se inicia la vinculación de dos componentes de la construcción de la etnicidad: el

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.²⁰⁷ 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

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.

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.”

Ver: Enrique Leff, *Saber Ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, México, Siglo XXI, 2002; Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, España, Desclée de Brouwer S. A., 2003; Héctor Díaz-Polanco, *Indigenismo y diversidad cultural*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2003; Pablo Ortiz Tirado y Chirif, Alberto, *¿Podemos ser autónomos? Pueblos indígenas vs. Estado latinoamericano*, Quito, Inter cooperación- DFID –Norad, 2010; Enrique Dussel, *El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito, Abya-Yala, 1994; Fernando Mirés, *El discurso de la indignidad: la cuestión indígena en América Latina*, Cayambe, Abya-Yala, 1992; Araceli Burguete Cal y Mayor, *Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina*, Quito, FLACSO, 2010; Lourdes Tibán, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Fundación Hanns Seidel, 2010.

²⁰⁷ 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.

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 los cuales se soporta el proceso integrador de la modernidad y por ende del Estado-nación.²⁰⁸ 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.”²⁰⁹ El Estado en cambio, con el poder coercitivo que dispone empieza a

²⁰⁸ Pablo Ortiz Tirado, “Entre la cooperación y la ruptura: la lucha por el derecho a la autodeterminación de las nacionalidades indígenas del centro sur del Ecuador”, en *La autonomía a debate, autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Miguel González; Araceli Burguete Cal y Mayor y Pablo Ortiz, T., coord., Quito, FLACSO, 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.

²⁰⁹ Saskia, Sassen, op. cit., 2010, p. 70

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 coerción capitalizada. En la formación de las ciudades y los estados se puede discernir la posibilidad de una configuración específica de la territorialidad.²¹⁰

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 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

²¹⁰ *Ibíd.*, 2010, p. 71, citando a Tilly, 1990. p. 51

‘superioridad de castas’ de la nobleza. Se trata de nuevas nociones de autoridad y de derecho de pertenencia.²¹¹

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 Estado²¹² dominado por los intereses de los comerciantes y los productores. La constatación de este hecho histórico en la Europa de 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 sólo 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.

2.5 Sociedad, Derecho y Estado

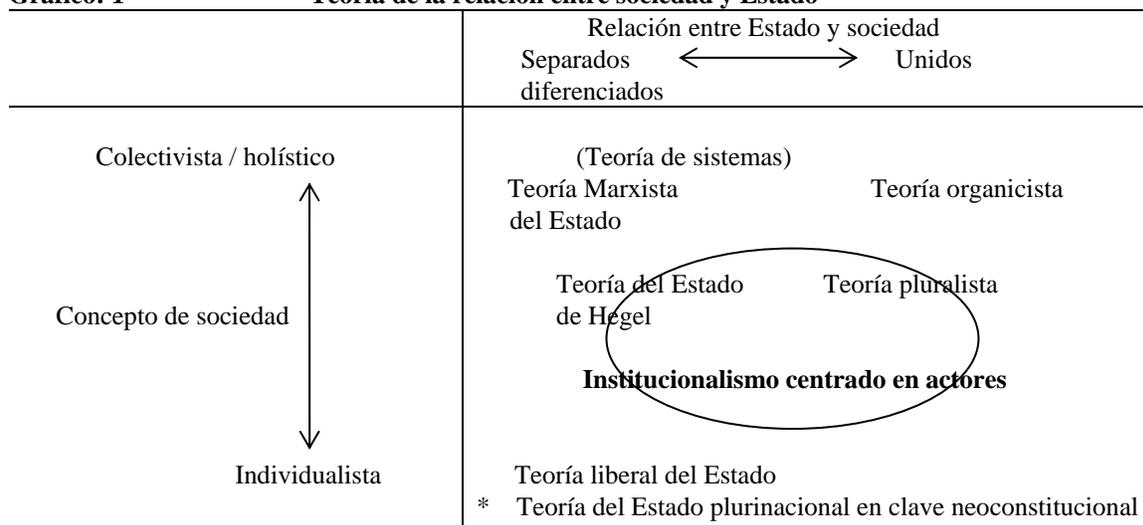
La relación sociedad-Estado-Derecho ha sido dirimida conceptualmente y se da por sentada la separación entre las esferas de actuación. El Estado es considerado como un aparato de dominación (cuerpo represivo), también como un espacio de acción colectiva o comunitaria, y el Derecho es el ordenamiento que lo regula. La sociedad es descrita a

²¹¹ *Ibíd.*, 2010, pp. 119-120

²¹² Michael Mann, *op. cit.*, 2006, p. 19. en <http://www.relacionesinternacionales.info/>. Visitado el (1/-05/12). “El Estado ha sido conceptualizado desde diversos puntos de vista: una definición de Estado se concentra en su naturaleza institucional, territorial, centralizada. Ésta 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 sólo una combinación de éstos, 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.”

manera de un conglomerado de individuos autónomos o también como una unidad – sistema, al margen de los individuos que la integran.

Gráfico: 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 * Agregado propio.

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 difieren 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 sólo 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. No obstante el Estado actúa con relativa autonomía de los actores y trata de solucionar los problemas generados por las contradicciones de la producción capitalista, imponiendo como prioridad el interés general o el “Bien común”.

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.²¹³ 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:

²¹³ Arthur Benz, op. cit., 2010, p. 140.

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 sólo como miembro del Estado, pues el Estado es espíritu objetivo.²¹⁴

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.²¹⁵

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 supraordinado 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 (ONGs, gremios, comunas). Bajo este enfoque el mercado y el Estado se consideran órdenes

²¹⁴ Friedrich Hegel, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Claridad, 2009, pp. 211-212:

²¹⁵ Carl, Marx, *Contribución a la crítica de la economía política*, Bs. As. , Ediciones 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.

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”.²¹⁶

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 Estado²¹⁷ no es una entidad inalterable. Las instituciones se caracterizan por su estabilidad, pero su

²¹⁶ Arthur Benz, op. cit., 2010, p. 143.

²¹⁷ Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, México, Fondo Cultura Económica, 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 sólo es uno de los elementos constitutivos).”

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."²¹⁸

Los atributos que han ido deduciéndose de la génesis histórica del Estado moderno y que perduran con ciertos matices son, entre otros:

Gráfico: 2 **Atributos del Estado moderno**

<p>Principios institucionales interrelacionados que conforman la singularidad del Estado moderno:</p> <p>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.</p>	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, sólo 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.
	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

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

Fuente: Arthur Benz, op. cit., 2010, pp. 144-146 Elaboración propia.

²¹⁸ Arthur Benz, op. cit., 2010, p. 144.

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 la sociedad liberal con los principios del Estado de derecho, su vinculación a la Constitución y a la legislación limitan la actuación estatal, y todo ello hace que la democracia formal (demoelectoral) y la Constitución estén circunscritas al territorio, a la soberanía, a la población y a un aparato administrativo estructurado territorialmente y bajo el dominio del Estado.

CAPITULO II: CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

1. Crisis del Estado de derecho

Los procesos de integración y desintegración social, económica y política son diferentes en cada Estado. Son 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.²¹⁹

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

²¹⁹ Karel Kosik, *Dialéctica de lo concreto*, México, Ed. Grijalvo, 1976, p. 25.

jurídico-institucional y de políticas públicas, o radicalizando la mayor dependencia de los estados hacia los centros hegemónicos del poder mundial.²²⁰

En América Latina el ataque neoliberal contra el Estado ha ido erosionado 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.²²¹

Las reformas estructurales recomendadas por los acreedores internacionales han constituido un dogal que no ha sido posible romper, y lo que es tan grave, la condición económico-política de cada Estado depende de las condiciones impuestas por aquellos, 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

²²⁰ 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.

²²¹ Guillermo O'Donnell, “Acerca del Estado, la democracia y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencias a países comunistas”, en: *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América latina*. Coordinadores. En Miguel Carbonell, et. al., México, Siglo XXI, 2002, p. 253

asimetría social, radicalización de la pobreza, 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) exige nuevas intervenciones más drásticas que las anteriores, la crisis se agudiza.

Concomitante a la crisis del Estado está la crisis del positivismo jurídico, ya incapaz de generar las respuestas jurídico-políticas e institucionales que demanda aquel. 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 obscura y confusa: primero, porque los tres poderes son co-determinantes, entonces ¿Qué puede significar 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 procesual 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 procesual 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.²²² El tema es relevante y procede observarlo a partir de la observación que se refiere en la cita:²²³

²²² Pelayo García Sierra, *Diccionario filosófico, Estado de derecho / Separación de poderes*, en [www.http://filosofia.org/filomat](http://filosofia.org/filomat). Visitado el (29/05/2012).

²²³ *Ibíd.*, p. (609), En, [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

Ferrajoli parte por distinguir dos definiciones del Estado de derecho: en sentido débil o formal, Estado de derecho designa cualquier ordenamiento moderno, en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y 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 una forma legal.

En sentido fuerte o sustancial Estado de derecho designa sólo aquel ordenamiento en el que los poderes públicos están sujetos a la ley, no sólo 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.²²⁴ Para profundizar este tópico ver: Ferrajoli, 2011^a.²²⁵ Este autor propone repensar y rediseñar la estructura de la esfera pública, y específicamente la separación de poderes,²²⁶ en cuanto esta expresa en forma explícita 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,

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 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. Sólo por ello ya podríamos considerar gratuita, y sin fundamento, la teoría de los tres poderes.”

²²⁴ Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho” en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002a. p. 187.

²²⁵ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2011a, pp. 461- 469.

²²⁶ 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: Luigi Ferrajoli, op. cit. 2011a, p. 801-852.

cuanto para la generación de normas, como para la administración de justicia, sino hasta la segunda mitad del Siglo XX. A criterio de 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 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 de del poder monárquico de otra forma absoluto, de la función legislativa y de la función judicial (...). 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.²²⁷

A criterio del filósofo del Derecho, la clásica división de poderes del Estado que se remonta al siglo XVIII y fue planteada por Montesquieu, 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 condisión: 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.²²⁸

²²⁷ Luigi Ferrajoli, *La esfera de lo indecible y la división de poderes*. En Estudios constitucionales, año/vol 6, número 001, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 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.

²²⁸ *Ibíd.*, p. 340.

El autor en cita 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. La esfera de lo indecidible pertenece a la competencia y está regida por las funciones y las instituciones de garantía, dirigidas a presidir la esfera de lo indecidible, 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.²²⁹

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 indecidible, imponiendo que esté regida por funciones de garantía independientes.²³⁰

Sin embargo, 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 es de la

²²⁹ *Ibíd.*, p. 341

²³⁰ *Ibíd.*, pp. 341-342

actuación de la Constitución de lo que 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.²³¹

No obstante haber detallado ciertos aspectos plausibles, procede referir importantes síntomas de la crisis múltiple del Estado de derecho y que constituyen los tópicos más neurálgicos del debate jurídico-político contemporáneo.

- 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.²³²
- 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. Es una 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

²³¹ *Ibíd.*, pp. 342-343

²³² Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de derecho" en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002a. p. 194.

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.²³³

- c) *Vacío del Derecho público* -consecuencia del proceso de globalización e integración económica mundial- 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 (...).²³⁴

Esta lectura de la crisis de las formas de Estado también es enfatizada por Ferrajoli, cuando desarrolla el tema de la sociedad post-nacional 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 asumido por el actual el anarco-capitalismo globalizado, como una suerte de nueva grundnorm del nuevo orden económico internacional.^{235 236}

²³³ *Ibíd.*, p. 196

²³⁴ *Ibíd.*, p. 196.

²³⁵ *Ibíd.*, p. 196

²³⁶ El tema de la sociedad postnacional 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

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 su crisis.

2. 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 éstas despliegan sobre los hechos. De aquí se deriva que el positivismo (sustentado en la racionalidad

cambios y transformaciones que rebasan la capacidad del Estado nacional, del Estado de derechos. Ver: Jürgen Habermas, *Más allá del estado nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Ver también: Jürgen Habermas, *La constelación postnacional*. España, Paidós, 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.

De la misma forma, la idea de una sociedad constituida democráticamente, cuyas partes pueden actuar reflexivamente sobre sí mismas como si fueran un todo, sólo 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 Bercholz, et.al., *El Estado y la globalización*, Buenos Aires, EDIAR, 2008; Tulio Ortiz, “de la globalización y su impacto en los estados modernos, en Bercholz, et.al., *El Estado y la globalización*, Buenos Aires, EDIAR, 2008. 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.

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 considera 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.²³⁷

Relacionando el tema al Derecho, es pertinente considerar lo que argumenta Schmitt,²³⁸ respecto a cómo autores clásicos asimilan el proceso jurídico desde su propia

²³⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, España, Desclée de Brouwer S. A., 2003, p. 159: Una comprensión más compleja del positivismo es la que 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 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.

²³⁸ Carl Schmitt, *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, España, Alianza Editorial, 2007.

perspectiva (la de ellos), por ejemplo, en 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.²³⁹

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.

²³⁹ *Ibid.*, pp. 144-145.

Según Ramón Capella, la cientifización 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.”²⁴⁰ 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.²⁴¹

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.

²⁴⁰ Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico teórica del estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 57.

²⁴¹ *Ibíd.* p. 58.

2.1 Contenidos esenciales del positivismo jurídico

Entre los aspectos fundamentales se 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 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.²⁴² 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

²⁴² Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Madrid, Fontamara, 2007, pp. 49-72

comprensión de las semejanzas y diferencias entre el Derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales.²⁴³ 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.²⁴⁴

Siguiendo a Bobbio, el positivismo jurídico parte de la tesis de que la norma es justa sólo si es válida, es decir, la validez es la consagración de la justicia. En consecuencia, lo que constituye al Derecho como Derecho es la 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 Kelsen²⁴⁵ no afirma que el Derecho válido sea

²⁴³ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, EBELEDO-PERRT, 1995, pp. 20-21.

²⁴⁴ Rodolfo Vásquez, *Eduardo García Maynes y el debate positivismo jurídico - jusnaturalismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2001, p. 124., (28-04-12), en www.juridicas.unam.mx

²⁴⁵ Michel Foucault, *Seguridad, territorio y población*, Argentina ECE, 2006. 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 éste 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 sólo 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. (Trad, esp: Teoría general de las normas, México, Trillas 1994, cap. 59. P343.”

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.²⁴⁶

Conforme a Bobbio, Hobbes ya sustenta 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 inquiere entonces que sólo 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.²⁴⁷ 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 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

²⁴⁶ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2005, pp. 53-54-55: 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.

²⁴⁷ Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico teórica del estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 2006.

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.²⁴⁸

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 jurídico²⁴⁹ o modelo jurídico liberal, caracterizado en los siguientes términos:

Gráfico: 3 **Positivismo jurídico**

1. Modelo jurídico del Estado de derecho	<ul style="list-style-type: none"> • Ordenamiento jurídico erigido sobre la hegemonía de la ley, y en el cual constan los presupuestos sociales y políticos.
2. Estatismo y racionalidad formal	<ul style="list-style-type: none"> • Ser modelo estatista (el del Estado-nacional). En esta concepción del Derecho sólo cabe hablar de sistema jurídico a partir de la existencia de un tipo de Estado jurídicamente constituido y hegemónico. • 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. • Sus funciones sociales son las características y típicas del modelo jurídico liberal.
3. Funciones sociales del derecho según el modelo jurídico liberal	<ul style="list-style-type: none"> • 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. • 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). • 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).
4. Coerción y legitimidad en el Estado de derecho	<ul style="list-style-type: none"> • 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).

²⁴⁸ Norberto Bobbio, op. cit., 2005, p. 32

²⁴⁹ 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.

	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho basado en el principio de intervención mínima junto con una ideología garantista basada en el principio de legalidad, frente a la arbitrariedad del poder público.
<p>5.</p> <p><i>Principio de legalidad y garantías</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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. • El modelo jurídico está llamado a cumplir varias funciones: <ul style="list-style-type: none"> - Establecimiento de un ámbito de libertad individual e igualdad formal. - Configuración de un marco de autonomía protegida. - Reformulación de la legitimidad en el ejercicio del poder político a partir del principio de legalidad. - Exaltación del modelo de dominación burocrático (principio de legalidad). - Control jurisdiccional de las actuaciones de los órganos de poder. - Consecuencias garantistas de la subordinación de los órganos de poder al imperio de la ley.

Fuente: Universidad de Zaragoza, *Análisis de las normas jurídicas*. En: www.unizar.es/deproyecto/programas/teoriad/ Visitado el (17/03/2012).

2.2 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.²⁵⁰ 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 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

²⁵⁰ 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 sólo 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, *Isonomía*, n° 16, México, Isonomía, 2002, p. 8-14.

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.²⁵¹

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.²⁵²

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.²⁵³

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

²⁵¹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002, p. 71.

²⁵² Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, Madrid, Fontamara, 2006, p. 266

²⁵³ *Ibíd.*, pp. 267-268

produjo en el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica y de la 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 que 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.²⁵⁴

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

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 268

permitido está prohibido; el Derecho está compuesto de leyes generales y abstractas y se caracteriza por su homogeneidad.²⁵⁵ Francisco Ansuátegui señala que:

Zagrebel'sky 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.²⁵⁶

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 postulados de la razón, y que condujo al positivismo jurídico. Sólo 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

²⁵⁵ Luigi Ferrajoli, op. cit., 2006, pp. 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.”

²⁵⁶ Francisco Ansuátegui Roig, *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*, Universidad Carlos III de Madrid – Instituto Universitario Europeo de Florencia, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 1993, p. 119, en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1473>. Visitado el (17/03/2012).

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.²⁵⁷

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.²⁵⁸

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

²⁵⁷ *Ibíd.* 1993, p. 119. Conforme a Guido Fasso, citado en Francisco Ansuátegui, *op. cit.* p. 19

²⁵⁸ Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, 2006, pp. 265.

“(…) 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 esfuerza 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 sólo por ella es dominable; porque fuera de la ley no sólo existe la oscuridad y la ignorancia, sino también el caos, lo informe, las fuerzas ciegas.”²⁵⁹

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

²⁵⁹ Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Caracas, Ex Libris, 2010, pp. 69-70.

existencia es independiente de su valor moral.²⁶⁰ 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.²⁶¹

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 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.²⁶²

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 las sólo si tiene la particularidad de aplicarse en *todo* o no aplicarse.²⁶³ 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

²⁶⁰ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 28.

²⁶¹ *Ibíd.*, p. 28.

²⁶² Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, 2006, p. 266-267

²⁶³ Ronald Dworkin, *op. cit.*, 2002, p. 72

jurídico completo y en la interpretación basada en la exégesis de las normas. 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.²⁶⁴

De ahí, según Kelsen, el concepto clave de “Norma fundamental”; conforme a Hart la “regla del reconocimiento” idónea 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;²⁶⁵ 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 y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen, sino por su contenido y fuerza argumentativa.²⁶⁶ En todo caso el positivismo jurídico continúa vigente como un paradigma con suficientes elementos teórico-metodológicos y filosófico-políticos, y 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 o neoconstitucionalismo.²⁶⁷

²⁶⁴ Ramiro Ávila, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2009, p. 39.

²⁶⁵ *Ibíd.*, p. 65

²⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 70-72

²⁶⁷ 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 Hiering, *El fin del derecho*, trad. Leonardo Rodríguez, ed. Rodríguez Serra, Madrid, 1911; Friedrich Karl von Savigny, *La ciencia del derechos*, Buenos Aires, Losada, 1949; H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2005; Herbert Adolphus Hart, *El concepto del Derecho*, Buenos Aires, ABAELED-ROTT, 1995; Joseph Raz, “El Estado de derecho y su virtud”, en *Estado de derecho*,

3. 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 que refiere 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”²⁶⁸

El constitucionalismo moderno también es concebido como: “el conjunto de doctrinas que desde aproximadamente la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar

Miguel Carbonell, Wistano Orosco y Rodolfo Vásquez, edit., México, Siglo XXI, 2002; Alf Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 2005; John Austin, *La teoría del Derecho*; y, Desde de la corriente no positivista de filo constitucionalista (neo iusnaturalista) por: Carl Schimtt, *Teoría de la constitución*, Francisco Ayala tdr., Madrid, Alianza Editorial, 2008; Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, 2005, TEMIS (de tendencia formalista); Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Madrid, Astrea, 2007; Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apunte de las teorías de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2003; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1997; Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, FONTAMARA, 2001 ; Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho, teoría de la democracia, la sintaxis del derecho*, Madrid, Trotta, 20011; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009; R. Dworkin, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002. Desde la filosofía política han abordado el Derecho: Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, PAIDOS, 2006; Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, FCE, 2001; Michel Walzer, *Tratado sobre la tolerancia*, España, Paidos, 1998; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2008; John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2006, éstos últimos ya para defender los derechos individuales o la tesis comunitarista de los derechos dentro del propio marco filosófico político liberal.

²⁶⁸ Francisco Rubio Llorente, La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 10.

en el horizonte de la Constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía.”²⁶⁹

Se consolida en el siglo XVIII, etapa histórica en el que se registran las revoluciones liberales y 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, sólo 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.”²⁷⁰

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:

Sólo 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.”²⁷¹

²⁶⁹ Maurizio Fioravanti, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007, p. 85.

²⁷⁰ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 50.

²⁷¹ *Ibíd.*, p. 51.

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 sólo ordinario; y la representación global de la “nación”. El contenido de la Constitución estaba prefigurado en la doctrina 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.”²⁷² 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.²⁷³

²⁷² *Ibíd.* 2006, p. 56

²⁷³ Horst Dippel, *Constitucionalismo moderado. Introducción a una historia que necesita ser escrita*, en Centro de estudios políticos y constitucionales, red iris, área de Derecho constitucional, Universidad de Oviedo, Historia. constitucional. Revista Electrónica (<http://hc.rediris.es>) N° 6, Septiembre 2005, pp. 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 Rechtsgeschiedenis*, 73, 2005. (Nota hecha por el autor Dippel). (Dippel, 2015:1).

Dippel enfatiza que estos cinco fundamentos condicionaron otros cinco principios con el objeto de hacer a la Constitución funcionar 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

Las condiciones socio-económicas y jurídico-políticas cambian y también el constitucionalismo, que tiene una dimensión universal y no sólo 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 jurídico-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 post-industrial o del riesgo como la denomina Beck,²⁷⁴ pero en ella ha cambiado tanto la función como la naturaleza del Estado.

Las condiciones de crisis del Estado, del positivismo jurídico, del constitucionalismo y del sistema socio-económico 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

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, 2005:1).

²⁷⁴ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, España, Paidós, 2006.

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.²⁷⁵

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 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. De todas formas la naturaleza del Estado descansa en la Constitución o Ley fundamental y la consecuencia es limitar el poder

²⁷⁵ Georg Jellinek, op. cit., 2004, p. 457.

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.^{276 277}

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 indecible* (que o que

²⁷⁶ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011a, pp. 841-842.

²⁷⁷ Sobre el concepto Constitución ver: Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una constitución?* Estudio preliminar de Eliseo Aja, Madrid, Ariel, Barcelona, 1997, p. 80 y ss; Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2005, pp. 113-115; Mauricio Fioravanti, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 71 y ss. Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Caracas, Ex Libris, 2010, p. 33-46.

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 éste conforme al nuevo paradigma constitucional, otros autores lo llaman el “principio de constitutucionalidad” o “principio de juridicidad” que resulta ser la positivación no sólo 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 sólo de las formas políticamente representativas de las decisiones legislativas, sino igualmente a lo que resulta *indecidible* por éstas, 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.²⁷⁸

De lo expuesto se desprende que:

²⁷⁸ Luigi Ferrajoli, op. cit., 2011a, p. 803

(...) 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 sólo 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.²⁷⁹

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

²⁷⁹ *Ibíd.*, p. 803.

judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias.”²⁸⁰

4. El neoconstitucionalismo

Autores como García Amado argumentan 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 esenciales serían construidos más como descripción del común denominador de una tendencia genérica presente y dominante en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy.”²⁸¹ “(...)el grado de indefinición teórica del neoconstitucionalismo y del designio preferentemente político de sus cultivadores, admítaselo o no, asecha siempre 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 en la actualidad.”²⁸² García Amado, 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

²⁸⁰ Luis, Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 102.

²⁸¹ 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, pp. 1-2. en <http://garciamado.blogspot.com>. Visitado el (17/07/2012).

²⁸² *Ibíd.*, p. 2.

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, éste 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.²⁸³

Esta perspectiva analítica lleva a argumentar que así como al Derecho decimonónico se lo veía perfecto, objetivamente verdadero y al cual la racionalidad cognitivo-instrumental (científica) debía pulirlo; al 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

²⁸³ *Ibíd.*, p. 2.

históricos y dinámica de la realidad socio-económica, 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 sólo 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 *tradicón iusnaturalista* y había sido sacrificada ante las instancias de certeza y racionalidad formal, como las llamó Weber²⁸⁴ y se afirmaron con el primer positivismo jurídico²⁸⁵ que propició el sometimiento del poder político al Derecho, a la ley.

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, en otros del área de influencia de la ex Unión Soviética y estados latinoamericanos como Brasil en 1988, Colombia en 1991, Ecuador en 1998 y el en

²⁸⁴ Max Weber, op. cit., 2004. 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.”

²⁸⁵ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, España, Paidós, 2006: enfatiza que la explicación del positivismo jurídico que hacen varios autores tiende a ser más política que científica; sostiene 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.

el 2008, Bolivia en el 2009. El neoconstitucionalismo está siendo desarrollado por la academia en diversas latitudes, pero en Ecuador 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.²⁸⁶

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.

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,

²⁸⁶ 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, etcétera, 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.”

en consecuencia el Derecho es más dúctil que en el Estado de derecho;²⁸⁷ 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.

Desde otra perspectiva se argumenta que tiene elementos para ser una teoría del Estado.²⁸⁸ Lo hace Ferrajoli por ejemplo, al plantear la diferencia entre Estado legislativo de derecho (o Estado legal) moderno como monopolio de la producción jurídica, y afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente; y el modelo neiuspositivista del Estado constitucional de derecho (o Estado constitucional), vigente a partir de la Segunda post guerra 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 sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.”²⁸⁹

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

²⁸⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

²⁸⁸ Luigi Ferrajoli, *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*, México, Isonomía, n° 16, 2002, pp. 8.

²⁸⁹ Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, em Miguel Carbonell, Wistano Orosco y Rodolfo Vásquez, coord., *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002^a, p. 192: “La existencia (o vigencia) de las normas en el paradigma paleoiuspositivista 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.” *Ibíd.*, p. 192.

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; singularmente expresan derechos fundamentales que son, según el criterio común, el compendio de la moralidad pública de la modernidad.²⁹⁰

En este sentido Prieto Sanchís ubica a Ferrajoli como el autor que tomando en serio la democracia parlamentaria, ha construido un modelo más denso y vigoroso de Constitución normativa. Este es el núcleo del paradigma constitucional actual: la regulación no sólo del *quién y del cómo se manda*, sino también de *qué puede o debe mandarse*; no sólo 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

²⁹⁰ Susana Pozzolo, “Reflexiones sobre la concepción neosntitucionalista de la Constitución”, en Miguel Carbonell y Leonardo García G., edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 218.

Estado de derecho en sentido fuerte, que exigen que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido”.²⁹¹

Para el neoconstitucionalismo los derechos humanos “fundamentales” son tomados muy en serio por el sistema jurídico constitucional, al igual que la “democracia sustancial” propia del nuevo paradigma; 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.

No obstante, cuando se alude al neoconstitucionalismo como neo-positivismo es porque existen fundamentos doctrinarios e instrumentales que dan pábulo a ello; por ejemplo, académicos como Ferrajoli, del cual no se puede afirmar que adhiere al neoconstitucionalismo, con su teoría del garantismo²⁹² rompe la estructura básica del positivismo jurídico, y con ello coadyuva a la mejor determinación del neoconstitucionalismo, pero no se reconoce como un promotor de este paradigma.

Para Ferrajoli insiste 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 tanto de

²⁹¹ Luis Prieto Sanchís, “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, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 277.

²⁹² Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Miguel Carbonell, edit., Madrid, Trotta, 2010, 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.”

las relaciones económicas como de las políticas, tanto de las de Derecho privado como de las de Derecho público, fundada en la ilusión de un “poder bueno” o, en todo caso, de una observancia espontánea del Derecho y de los derechos. En su teoría el autor discurre sobre el garantismo patrimonial, social e internacional; garantismo o “paradigma teórico general” que implica sujeción al Derecho de todos los poderes y garantía de los derechos de todos, mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, públicos o privados.²⁹³

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 pasen 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.

Es importante entender la tesis ferrajoliana, porque ella 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

²⁹³ En este acápite, cabe recordar el aserto de Arthur Benz, op. cit. 2010, 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, FLACSO, 2012, p. 14.

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.²⁹⁴

“(…) sobre todo, con la transformación de las condiciones de validez de las leyes, cambia la propia naturaleza de la democracia y la política.”²⁹⁵ 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”.²⁹⁶

De este modo, en el Estado constitucional de derecho la legitimidad tanto política como jurídica del ejercicio del poder ya no está sólo 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.²⁹⁷

²⁹⁴ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Miguel Carbonell, edit., Madrid, Trotta, 2010, pp. 65-66.

²⁹⁵ Lo de fondo radica, tal cual lo proclama el propio Ferrajoli, en *Democracia y garantismo*, Miguel Carbonell, edit., Madrid, Trotta, 2010, 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.”

²⁹⁶ *Ibíd.*, p. 66.

²⁹⁷ *Ibíd.*, p.66-67.

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 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.²⁹⁸

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 base a 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

²⁹⁸ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, 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.

burocráticos y parasitarios que hoy administran la asistencia social de manera a veces corrupta y con criterios arbitrarios y discriminatorios.”²⁹⁹

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.³⁰⁰

Desde esta perspectiva, no cabe duda que el neoconstitucionalismo es una expresión de una teoría de Estado, en la medida en que plantea salidas a esa crisis. Un ejemplo es el nuevo modelo político de Estado plurinacional, ya vigente de manera germinal en la fase del experimentalismo político ecuatoriano y boliviano, por ejemplo, donde la garantía de los derechos individuales y colectivos no tiene diferencia porque son asumidos como de igual jerarquía, en el caso ecuatoriano Art. 11, numeral 6 de la Constitución de la República, prescripción que en el Estado de derecho (positivismo jurídico) no era posible establecer.³⁰¹

²⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 197-198.

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 199.

³⁰¹ El nuevo paradigma jurídico-político o neoconstitucionalismo es objeto de diversas interpretaciones y ha sido objeto de profundos análisis filosófico políticos y filosófico-jurídicos que coadyuvan una comprensión integral, para el efecto ver: *Democracia y garantismo*, Miguel Carbonell, edit., Madrid, Trotta, 2010; Andrés Domínguez, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Argentina, EDIAR, 2005; Paolo Comanducci, “Constitucionalización y

4.1 El Neoconstitucionalismo como: teoría, ideología y método

En su momento Bobbio caracteriza al formalismo jurídico y señala, que éste 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 a través de su creación o aplicación, sino a través de su contenido y de su finalidad. Los dos términos muchas veces son estudiados 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 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.³⁰²

neoconstitucionalismo”; en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canonn neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 173-190; Alfonso García Figueroa, Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica, en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canonn neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 247-271; Susana Pozolo, Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución, en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canonn neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp., 207-227; Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo - ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo al debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

³⁰² Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2007, pp. 42-43.

A la luz de este enfoque se expresan tres aspectos desde los cuales ha sido presentado históricamente el positivismo jurídico: como un *modo* (método) de acercarse al estudio del Derecho; como una determinada *teoría* o concepción del Derecho; y como una determinada *ideología* de la justicia.³⁰³ La reseña es pertinente para señalar que el enfoque analítico de Bobbio ha sido tomado por diversos estudiosos de la filosofía jurídica y juristas, a manera de base para explicar el neoconstitucionalismo como: teoría, como ideología y como método, proponiendo una aproximación conceptual y formal comparativa que guía la profundización del paradigma neoconstitucional.

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.³⁰⁴ 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.

³⁰³ *Ibíd.*, 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.

³⁰⁴ Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 123.

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 sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales realizados en un sistema político-jurídico históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.³⁰⁵

Si el neoconstitucionalismo es pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiuspositivista, 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.³⁰⁶

³⁰⁵ Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 75-76.

³⁰⁶ Susana Pozzolo, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El Canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp.

Una visión latinoamericana sobre el nuevo paradigma neoconstitucional 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.³⁰⁷ 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 formado por principios, derechos y directrices más o menos precisos llamados a ser aplicados sólo en los casos concretos; rigidez constitucional (a mayor dificultad de reforma para la mayoría legislativa, mayor fortaleza del modelo constitucional).³⁰⁸

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

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.

³⁰⁷ Andrés Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, EDIAR, 2005, p. 9.

³⁰⁸ *Ibíd.*, p. 18.

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 que 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.”³⁰⁹

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.³¹⁰

³⁰⁹ Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotá, 2003, 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 sólo 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.” (Ibíd. 2003, p. 124).

³¹⁰ Andrés Gil Domínguez, op. cit., 2005, p. 20.

La opción tercera establece una ideología o filosofía 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.³¹¹ 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.”³¹² Gil Domínguez argumenta que dicho proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico presenta 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, lo que implica que no existe espacio 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.”³¹³

³¹¹ *Ibíd.*, p. 20.

³¹² *Ibíd.*, p. 20. La observación tiene sentido para los fines de 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.

³¹³ *Ibíd.*, p. 18.

Reconociendo el formato restringido del análisis expuesto, no se puede excluir de esta problemática al menos una referencia básica sobre el garantismo constitucional, en la medida en que es éste 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 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.”³¹⁴

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 ilustra en la nota del pie de página.³¹⁵ 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 el signo distintivo que lo ubica en una posición contraria al positivismo jurídico.

Reitera Andrés Gil Domínguez, que por garantismo constitucional se entiende: “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

³¹⁴ Luigi Ferrajoli, op. cit., 2010, pp. 65-66.

³¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011a, 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.”

del derecho, o en torno a las sustancias constitucionales afincadas en los derechos fundamentales.”³¹⁶ De aquí se deduce el porqué de la expansión de la fuerza normativa de la Constitución hacia la dimensión social.

4.2 El nuevo constitucionalismo social latinoamericano (dimensión jurídica)

En las décadas de los años setenta y ochenta América Latina vive la represión extrema bajo fórmulas explícitas o de excepción que desarticulan las distintas fuerzas socio-políticas alternativas, y desbrozan el camino para la imposición del modelo neoliberal en los años noventa. Las tres décadas suman represión, frustración socio-económica y fracaso del constitucionalismo liberal, con la complicidad del *ancien régime* partidocrático y grupos hegemónicos detentadores del poder real.

No obstante, en la década de los noventa 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 no es posible la concreción de los derechos civiles y políticos y menos de los derechos colectivos y ambientales. En una primera fase los DESC son nominales hasta que por la incidencia de los colectivos sociales, la reforma del Estado y la nueva arquitectura legislativa les dotan de

³¹⁶ Andrés Gil Domínguez, op. cit., 2005, p. 20

una progresiva normatividad, tal cual sucede en Brasil (1988), Colombia en 1991, Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia en el (2009).

Estos cambios jurídicos (legales) marcan el inicio del nuevo constitucionalismo social latinoamericano e incluye los postulados jurídico-programáticos prescritos en instrumentos internacionales como: La Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador);³¹⁷ 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 (Naciones Unidas, 1993); Convenio 107 relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes; Convenio 169 de la OIT respaldado por FAO, UNESCO, OMS y el Instituto Indigenista Interamericano; la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas proclamada por Naciones Unidas en el año 2007.³¹⁸ Todos estos

³¹⁷ En el “Preámbulo” del Protocolo, suscrito el 17 Noviembre de 1988; entrada en vigor el 15 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 (...). Sólo 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 Narváez Iván y María José Narváez, *Derecho Ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)*, Quito, Flacso, 2012, p. 133.

³¹⁸ 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 Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Tiene fundamental relevancia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 13 de septiembre del 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, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colombia, Universidad del Rosario, 2011, pp. 181-192.

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 sólo 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 sólo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación de las normas constitucionales.³¹⁹

El fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico sólo puede encontrarse en el hecho de que la Constitución es fruto del 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.³²⁰

³¹⁹ Roberto Viciano y Ruben Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en, Corte Constitucional, *El Nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, 2010, p. 18.

³²⁰ Coincidiendo con Roberto Viciano y Rubén Martínez: “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

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 desigualdad social. Es la lucha de los pueblos indígenas y de los movimientos sociales la base del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, ahora impregnado de neoconstitucionalismo. Por su parte 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 aspecto clave del nuevo constitucionalismo social latinoamericano radica en exigir 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 las grandes movilizaciones y luchas emancipatorias. De aquí emergen los elementos simbólicos y fácticos del constitucionalismo comunitario indígena que marca la diferencia entre el

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, numeral 6 de la CRE, que declara a los principios y derechos de igual jerarquía.” En Iván Narváez y María José Narváez, *Derecho Ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)*, Quito, Flacso, 2012, p. 136.

Estado por destruir y el Estado por construir; y la necesaria y contingente superación de la democracia formal (electoral) por la democracia sustancial.

El simbolismo referido no se expresa por el sólo uso de términos lingüísticos quichwas como el *sumak kawsay* o el *allin kawsay*, 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 hace cada pueblo y cada ciudadano, antes que por la sola previsión de efectos jurídicos.

El enfoque socio-cultural del derecho originario indígena del que está impregnado el nuevo constitucionalismo social latinoamericano, cuestiona la Conquista acaecida en los siglos XV y XVI, 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 expoliaron a los seres humanos del continente. Y cuestiona la época republicana, porque al margen de la soberanía política alcanzada en ella, los estados pasaron a depender de economías primario-exportadoras y de vínculos comerciales desiguales con la órbita capitalista europea, y que a partir de la Primera post guerra mundial con el cierre de los mercados europeos se reorientaron los flujos hacia los Estados Unidos de Norteamérica, 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 EE. UU., asimilar el derrumbe del socialismo real y la incursión de los gigantes del Asia como

nuevas potencias emergentes. Y el constitucionalismo comunitario indígena latinoamericano es crítico a los procesos políticos demo-liberales, e impulsa 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.

Obviamente 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 *globoneocolonizadoras*.

En este sentido, el constitucionalismo comunitario indígena 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;³²¹ y está planteada para desarticular los sistemas de

³²¹ Iván Narváez y María José Narváez, *Derecho Ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)*, Quito, Flacso, 2012, p. 138.

dominación y explotación capitalista que en la actual “sociedad del riesgo” como la denominara Ulrich Beck, son tan sofisticados como la *globoneocolonización*.

Autores como Viciano y Martínez Dalmau argumentan que el nuevo constitucionalismo latinoamericano es 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. Y que consiguientemente carece de una cohesión y articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional.³²² Pero, estos autores, no abordan el debate respecto al constitucionalismo originario indígena, ni siquiera en términos exploratorios, por lo que la propuesta en ciernes la asumimos bajo nuestra responsabilidad, en los siguientes términos.

4.3 El constitucionalismo comunitario indígena

Es expresión de la lucha *emancipatoria* de los pueblos indígenas y su Derecho de usos y costumbres, y es mayormente visible con el autodescubrimiento del indio a partir de sí mismo,³²³ es decir, desde que se 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

³²² Roberto Viciano, y Ruben, Martínez Dalmau, *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, España, Universidad de Valencia, pp. 2-3, en <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf>: Visitada el 25/0212.

³²³ Mires, Fernando, *El discurso de la indignidad: la cuestión indígena en América Latina*, Cayambe, Abya –Yala, 1992, p. 96.

distintas formas como se manifiesta la presencia del indio en la historia,³²⁴ 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 movimiento indígena en el nuevo constitucionalismo latinoamericano se manifiesta a través de procesos en los que sobresale la dialéctica concreta de los conflictos que viven los pueblos indígenas, 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, lograron sobrevivir de modo fragmentario y diluido en las regiones más pobres y más remotas.³²⁵ La diferencia cognitiva es elemento constitutivo clave del constitucionalismo (originario) comunitario indígena, y tiene relación a lo que se denomina des-mercantilizar, democratizar y descolonizar a partir de una epistemología construida en las sociedades del hemisferio del Sur.³²⁶ Epistemología que es evidente en los cambios y transformaciones jurídicas, institucionales y de políticas públicas producidas por la incidencia indígena en la constitucionalización de los derechos colectivos. Esta constitucionalización no ha sido asumida como un renunciamiento al proyecto histórico de construir el Estado plurinacional y transformar las actuales relaciones de poder.

³²⁴ *Ibíd.*, p. 96

³²⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, La Paz, Plural Editores, 2010. p. 101

³²⁶ 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 (de Sousa Santos, *op. cit.* 2010, p. 57). Significa refundar los conceptos de justicia social al incluir en la igualdad y la libertad el reconocimiento de la diferencia (más allá del relativismo y del universalismo), la justicia cognitiva (la ecología de los saberes) y la justicia histórica.

El constitucionalismo comunitario indígena se configura desde la exclusión y la marginalidad y boga por una institucionalidad que coadyuve a la concreción del derecho al territorio y autodeterminación para el ejercicio del poder indígena en sus espacios ancestrales; a la concreción de la plurinacionalidad que también implica la vigencia de ordenamientos jurídicos plurales. Desde esta perspectiva, el constitucionalismo comunitario indígena propicia el cambio de la naturaleza de la ley, y cuando ello sucede cambia la naturaleza de la democracia y de la política, dando lugar a la consolidación de las nuevas subjetividades colectivas.

La dinámica política indígena parte por reconocer la centenaria temporalidad del Estado de derecho, y la necesidad de re-fundarlo³²⁷ implica una lucha política, pero sobre todo una lucha socio-cultural por símbolos, mentalidades, *habitus* y subjetividades. Es la lucha por una nueva hegemonía plural.³²⁸ Lucha contra el colonialismo extranjero y el colonialismo interno recordándonos que: “Cuanto más amplio sea el concepto de justicia,

³²⁷ Boaventura de Sousa, op. cit., 2010, 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” (Ibíd., p. 119). La plurinacionalidad es el fin de la homogeneidad institucional del Estado.

³²⁸ Ibíd., 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.”

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.”³²⁹

La Constitución ecuatoriana del 2008 está impregnada de neoconstitucionalismo y de constitucionalismo comunitario indígena, pero no resuelve los graves problemas generados por el modelo capitalista. Sin embargo permite crear mecanismos para una transición a mejores condiciones políticas, económicas, y sociales, y a un ordenamiento jurídico plural e institucional que garantice los derechos individuales y colectivos fundamentales.

El constitucionalismo comunitario indígena se hace evidente en el Estado constitucional de derechos. En este sentido, cabe reconocer la importancia de una epistemología desarrollada colectivamente, desde la pluralidad y las diferencias, y fluye de los saberes subyugados, de los ordenamientos de usos y costumbres, de la intensidad de los procesos emancipatorios, del rompimiento de la racionalidad cognitivo-instrumental, y del reconocimiento de la otredad y los saberes diversos o inter-conocimiento como guía de la relación entre los seres humanos y la naturaleza, entre los seres humanos y el Estado, y entre estados.

El constitucionalismo (originario) comunitario indígena y su contenido esencial no es ecuacionable, cuantificable, ni mensurable; porque está impregnado de simbolismos y temporalidades que rompen con el determinismo racionalista y conceptos pétreos del positivismo jurídico, del Estado de derecho y sistema político demo-electoral. El enfoque

³²⁹ *Ibíd.*, p. 57.

constitucional originario es contra hegemónico, es un constitucionalismo insurgente que evoluciona en el marco del nuevo constitucionalismo social latinoamericano. Reiterando lo que dijera Viciano: “es 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”, y ello es coherente con el enfoque que asume 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 el de 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.³³⁰

Pacari hace reminiscencia de dos aspectos lesivos que habiendo constado en la primera Constitución del Ecuador, no fueron derogados sino hasta hace poco y por todo lo que connotan seguramente han funcionado como un dispositivo de lucha emancipatoria indígena y para cambiar 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 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, de comunidad histórica en su condición de pueblos como sujetos de derechos colectivos, ni formaba parte constitutiva de los estados nacientes.”³³¹

³³⁰ Nina Pacari, *Módulo de Derechos indígenas*, Instituto del Banco Mundial, Fondo Indígena, La Paz, Bolivia, 2004, p. 5.

³³¹ *Ibíd.*, p. 5.

El otro tópico de fondo es la debilidad de las sociedades multiculturales, en las que no obstante el reconocimiento de 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 sólo está en la falta de voluntad política para aplicarlo, o en la carencia de los mecanismos institucionales que permitan el acceso al ejercicio pleno de los derechos. El problema está en el contenido con el cual se pretende materializar.³³²

Las situaciones descritas demandan no sólo el reforzamiento del conocimiento sistematizado, sino la búsqueda de nuevas iniciativas, mecanismos y herramientas como el desarrollo epistemológico del conocimiento de los pueblos indígenas para enfrentar dichos obstáculos.³³³ Un resultado de esta fase del proceso político indígena es la constitucionalización de los derechos colectivos al territorio y autodeterminación, y la promulgación misma de la Carta Fundamental que prescribe el Estado constitucional de derechos, plurinacional, y cambio del orden normativo, institucional y de políticas públicas. Esta es la lección que deja el emergente constitucionalismo comunitario indígena en el marco del nuevo constitucionalismo social latinoamericano.

³³² *Ibíd.*, p. 8.

³³³ *Ibíd.*, p. 8.

5. 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 ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta el punto -enfatisa- que para establecer una diferencia con el “*Estado de derecho decimonónico, hoy se habla a veces del Estado de derechos*”.³³⁴ 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 a la designación del Estado ecuatoriano como Estado constitucional de derechos, 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 tienen idea de derecho constitucional y que se han inventado 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

³³⁴ Gustavo, Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1997, p. 65.

Estado social de derecho o *Estado constitucional de derecho*, ahora nos puede resultar incómodo que un estado sea Estado de derechos.³³⁵

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 formal 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.³³⁶

La travesía del Estado de derecho al Estado constitucional de derechos, es la transición natural en una era de cambios y transformaciones socio-culturales 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.³³⁷

³³⁵ Ramiro Ávila, , “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, UNAM, 2009, p. 785.

³³⁶ *Ibíd.*, p. 785.

³³⁷ *Ibíd.*, p. 786, 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, a través 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.”

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 del 2008 entra en vigencia la nueva Constitución ecuatoriana y en el Art. 1 establece que:

El 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.

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 constitucionalismo social latinoamericano impregnado de neoconstitucionalismo, o nuevo paradigma en el que prevalecen los derechos, o derechos constitucionales tal cual los designa la Corte Constitucional Ecuatoriana.³³⁸

³³⁸ Para revisar el tema ver: Luis Fernando Torres, edit., *Debate Constitucional. Monografías*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2010, p. 237.

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.³³⁹

El Estado es de derechos redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley. En este sentido, en la Constitución ecuatoriana del 2008 los derechos son un eje transversal: los de las personas, de los pueblos y los de la naturaleza determinan la esencia del Estado 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 directa. 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.

³³⁹ Ramiro Ávila, op. cit., 2009, p. 791.

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 *propietarista*, el constitucionalismo ha sido disminuido a modo de liberalismo constitucional censitario y en las últimas décadas este constitucionalismo ha funcionado 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.³⁴⁰

No es casual la emergencia del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, es producto de una lucha colectiva en contra del sistema liberal capitalista y del neoliberalismo, cuyo postulado para la 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 sin un Estado mínimo condujeron a su mayor ineficacia.

La crisis ha estado a punto de convertir a Ecuador en país fracturado e inviable, pero ha sido enfrentada a partir de la instauración del Estado constitucional de derechos, plurinacional, en con base en un modelo ideológico-político denominado “Socialismo del siglo XXI”, y que en realidad es más bien un modelo político experimental de raigambre neoconstitucional, cuya gobernanza jerárquica tratan de justificar, a partir de garantizar que

³⁴⁰ Iván Narváez y María José Narváez, *Derecho ambiental en clave neoconstitucional*, Quito, Flacso, 2012, p. 132.

los mecanismos de justicia constitucional aseguren los derechos y el bienestar como mandatos normativos eficaces, y los pueblos indígenas que históricamente han padecido situaciones extremas como el despojo de sus territorios, asimilación forzada, exclusión, relaciones de explotación inhumanas, por fin puedan ejercitar sus derechos al territorio, autodeterminación y el poder indígena en los territorios ancestrales.

CAPÍTULO III: DIMENSION 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, que son los derechos comunitarios y quiénes sus titulares, cuál es la diferencia específica entre derechos objetivos y subjetivos, y cuál el contenido esencial que identifica al término “derechos humanos” para diferenciarlo 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 constitucional de la más alta jerarquía jurídica, que protegen ciertos bienes jurídicos fundamentales considerados inherentes a la personalidad humana, cuya identificación y precisión son producto del desarrollo de la conciencia humana y de la 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; L. Ferrajoli y L. Prieto Sanchís, entre otros, a los que puede agregarse J. Habermas, por la noción asumida respecto a los derechos humanos.³⁴¹

Siguiendo a Ferrajoli, el análisis de la problemática planteada depende de la diversidad de enfoques teóricos o filosóficos, descriptivos 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.³⁴² 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.³⁴³

1. 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

³⁴¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002; Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009a; J. Habermas, *Más allá del estado nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

³⁴² 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, p. 287.

³⁴³ *Ibíd.*, p. 287.

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 sólo en el territorio sobre el que cada Estado tiene soberanía y jurisdicción.³⁴⁴

Para poder 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 Naciones Unidas. Sólo algunos estados los asumen, y la Declaración de NN. UU. suscrita en 1948 no es por sí misma obligatoria. Para Sartori:

(...) 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.³⁴⁵

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; L. Ferrajoli, 2009 (que se reconoce como neopositivista), pero es útil para ubicar las tesis

³⁴⁴ Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica, extranjeros e islámicos*, México, Taurus, 2001, p. 51.

³⁴⁵ *Ibíd.*, p. 60.

principales de estas teorías y para guiar el abordaje de los derechos colectivos, ya asumidos como derechos humanos en varios instrumentos internacionales.

En principio cabe 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 sólo 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 los derechos de ciertos grupos de personas necesitadas de protección especial (mujeres, niños, jóvenes, adultos mayores), personas con discapacidades, migrantes y sus familias, personas con diversa orientación sexual, desplazados internos, refugiados, apátridas y personas privadas de la libertad, 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, 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 del 2002, refleja el contenido esencial de los derechos humanos, asumido en otros instrumentos análogos.³⁴⁶ 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

³⁴⁶ Waldemar Hummer, y Markus Frischhut, *Derechos Humanos e Integración*, UASB – CEN, Quito, 2004, pp. 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 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: Editorial Jurídica del Ecuador, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Quito, EJE, 2003, pp. 7-115;

cultural y la injusticia distributiva, y ha sido en parte ese menosprecio de la esencia humana indígena, 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 tiene lugar la demanda de los derechos al territorio, autodeterminación y resignificación de la noción ciudadanía; además de otros que de una u otra forma constan en instrumentos internacionales³⁴⁷

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 justificarlo como valor, sino de explicar las condiciones para aplicarlo.³⁴⁸

Lo relevante de este aspecto radica en pensar que no se trata de ver la igualdad sólo 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

³⁴⁷ Editorial Jurídica del Ecuador, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948); *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), Quito, EJE, 2003, pp., 7-34; Waldemar Hummer y Markus Frischhut, “Carta Andina para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos (2004)”, UASB – CEN, Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (1969);, *Derechos Humanos e Integración*, Quito, Universidad de Innsbruck, UASB – CEN, 2004, pp., 97-150; Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169*, Ginebra, OIT, 1967; Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Washington, NN. UU., 2007.

³⁴⁸ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2011, p. p. 190-197.

para justificar los derechos colectivos al territorio y autodeterminación, así como el reconocimiento de su condición sociocultural, política e histórica.

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, 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 esos derechos? ¿Cuáles son los bienes jurídicos que protegen tales derechos? ¿Qué supuestos jurídicos deben materializarse para ejercitar estos derechos? ¿Qué circunstancias de hecho deben existir? etc.

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 estos derechos es impedir los abusos del poder por parte de los titulares de las funciones estatales y garantizar la vigencia del Derecho, mal se haría dejándolos 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 omnímmodo del poder.³⁴⁹

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. Sólo 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 cumplirse 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 sólo hecho de serlo, o bien los derechos políticos no son derechos humanos fundamentales.”³⁵⁰

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

³⁴⁹ Luis Ernesto Arévalo, *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana de Puebla, 2001, p. 76, argumenta que fue precisamente este hecho el que llevó a adoptar el término “Derechos Humanos” en vez del término “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 términos “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 propenso a tutelar los derechos individuales.

³⁵⁰ *Ibíd.*, p. 77

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 redefinición del Estado.

Otro elemento de la positivización de los derechos humanos tiene relación al *sentido subjetivo*, es decir, son las facultades que estas normas otorgan a los titulares para exigir de los obligados el cumplimiento de sus obligaciones. Y 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 habeas 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 la propia Revolución liberal de 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Art. 2, ya estableció el derecho de resistencia a la opresión.

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 arbitrarios de la autoridad pueden contrariar lo que aquellas normas supremas establecen.”³⁵¹ Y los derechos son constitucionales también:

(...) 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.³⁵²

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

³⁵¹ Luis Ernesto Arévalo, *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana de Puebla, 2001, p. 58.

³⁵² *Ibíd.*, p. 58.

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 también ajustar de manera estricta todo lo concerniente a estas normas, a procedimientos legales que deben ser cumplidos por las autoridades y en función de evitar la arbitrariedad; 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.^{353 354}

1.1 Los derechos humanos fundamentales

³⁵³ Bartolomé Clavero, “Supremacismo cultural 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 el 2001 y cabe recordar que lo hicieron las Constituciones ecuatorianas de 1998, en menor nivel, y la del 2008 establece los derechos al territorio y la autodeterminación y al Estado como plurinacional.

³⁵⁴ 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 Luis Fernando Torres, op. cit, 2010, p. 237.

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 ONGs. Concuerdan en que abusos como la tortura, esclavitud, genocidio, detenciones arbitrarias, asesinatos, entre otros, no son los únicos que violan los derechos humanos, sino que 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.

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; entendiendo 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 éstas.³⁵⁵

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

³⁵⁵ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 19-20.

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.”³⁵⁶

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 decisorial: 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.³⁵⁷

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 *status* 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 sólo a las personas con capacidad de obrar. Del cruce de estas categorías surgen cuatro clases de derechos:

³⁵⁶ *Ibíd.*, p. 20.

³⁵⁷ *Ibíd.*, p. 21.

Gráfico: 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 sólo 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 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;
- c) 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, pp. 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 sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar.”³⁵⁸

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 sólo 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

³⁵⁸ *Ibíd.*, p. 23.

ciudadanía, cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales y territoriales representa la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídica.”³⁵⁹

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.³⁶⁰

Alexy relaciona los derechos fundamentales a la teoría del discurso, y en base a 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.³⁶¹ Está claro que por “derechos fundamentales” se 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.

³⁵⁹ *Ibíd.*, p. 23:

³⁶⁰ 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, *op. cit.*, 2009, p. 29. a partir 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 el 2008.

³⁶¹ Robert Alexy, “Teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en Agustín José Méndez y Eric Oddvar Eriksen, eds. *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 30.

Con relación al concepto derechos fundamentales dado 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 sólo hay un concepto sustancial de derechos fundamentales apropiado: el concepto de derechos humanos.³⁶²

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 (...).”³⁶³ “...no puede plantearse cuál será la justificación o fundamentación de los derechos fundamentales sin antes considerar la justificación de los derechos humanos.”³⁶⁴

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.

³⁶² *Ibíd.*, p. 31

³⁶³ *Ibíd.*, p. 32

³⁶⁴ *Ibíd.*, p. 32

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 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.³⁶⁵

A la teoría de los derechos fundamentales de Alexy le han sobrevenido reconocimientos y observaciones específicas como las propuestas por Máximo la Torre,³⁶⁶ respaldado en la crítica de Jürgen 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.³⁶⁷

Por su parte Grimm³⁶⁸ 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).³⁶⁹

³⁶⁵ *Ibíd.* p. 33.

³⁶⁶ Máximo la Torre, “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, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 77-96.

³⁶⁷ *Ibíd.*, p. 81.

³⁶⁸ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 80.

³⁶⁹ *Ibíd.*, p. 80.

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,³⁷⁰ 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 praxis política y jurídica, por ello precisamente son objeto de perfeccionamiento teórico³⁷¹

2. Claves teóricas para analizar los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación (enfoque socio-cultural)

2.1 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 elites en el poder excluye a los pueblos indígenas, con base en la estrategia de invisibilización o

³⁷⁰ *Ibíd.*, p.106.

³⁷¹ El propio Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos y Constitucionales, 2008, 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 sólo 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.”

En la teoría jurídica general de los derechos fundamentales que ese autor desarrolla, enfatiza que el objeto y carácter de la misma resultan de tres características: es una teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental; es una teoría jurídica y, es una teoría general. Lo que obviamente amerita estudiarla en forma específica y detallada para asumirla o contrastarla con otras de la misma jerarquía.

desconocimiento de la diversidad socio-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. 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.³⁷²

³⁷² Luis Carlos Castillo, *Etnicidad y nación, el desafío de la diversidad en Colombia*, Cali, Editorial Universidad del Valle, 2007, p. 69.

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 forzosos subyace un trasfondo integracionista que sólo 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.”³⁷³ Ayala observa que: “En el naciente Ecuador no sólo 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.”³⁷⁴ Ramón argumenta que la integración de los indios ideada por la *intelligentzia* 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 exclusión, 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 identidad³⁷⁵

³⁷³ Ileana Almeida, *El Estado plurinacional, valor histórico y libertad política para los indígenas ecuatorianos*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 29.

³⁷⁴ Enrique Ayala, “Estado nacional, soberanía y Estado plurinacional-”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 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.” *Ibíd.*, p. 33.

Ver: Enrique Ayala, ECUADOR: PATRIA DE TODOS. La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad, Quito, UASB, 2002.

³⁷⁵ Galo Ramón, “Estado plurinacional: una propuesta innovadora atrapada en viejos conceptos”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992, pp. 14-15.

Pasado el tiempo este elemento -la reproducción de la identidad- habrá de constituirse 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.³⁷⁶

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 el Ecuador de los años 90.

2.2 La etnicidad

La propuesta colectivista tiene su enfoque central en la etnicidad y en la identidad política desde la perspectiva socio-cultural, 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.

³⁷⁶ *Ibíd.*, 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.³⁷⁷

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 que tienen implicaciones prácticas.³⁷⁸

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 sesenta, 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 sólo 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.³⁷⁹

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.

³⁷⁷ Daniel Gutiérrez y Helene Balslev, coords., *Revisitar la etnicidad. Miradas cruzadas en torno a la diversidad*. México, Siglo XXI, 2008, p. 7

³⁷⁸ Rodolfo Stavenhagen, *Conflictos étnicos y Estado nacional*, México, Siglo XXI, 2000, p. 23.

³⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 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 post-colonización, los únicos sujetos con derecho a territorio y autodeterminación son las naciones-Estado. Los pueblos indígenas se resisten el uninacionalismo y al propio Estado postnacional, 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; 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, 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 de pueblos, o sujetos 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 escarbar 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.³⁸⁰

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 hay expertos que 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.³⁸¹ 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.³⁸²

³⁸⁰ 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 de Chile, Universidad de Chile, 2004a, p. 37

³⁸¹ Rodolfo Stavenhagen, *Conflictos étnicos y Estado nacional*, México, Siglo XXI, 2000, pp. 39-43.

³⁸² El tema territorial ya se trató en el Capítulo I, a partir de referencias a: Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004; Hermann Heller, *La teoría del Estado*, México, FCE, 1987; Arthur Benz, *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2010; Saskia. Sassen, *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2010; y Michel Foucault, *Seguridad, territorio y población*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2006.

2.3 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",³⁸³ 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 "significante vacío", cuyo significado depende de las relaciones de poder entre proyectos de nación antagónicos en disputa por la hegemonía.³⁸⁴

Bajo esta óptica, una tendencia sostiene que aquella comunidad humana con unidad de lengua, psicología, cultura, *ethos*, formas de vida, etc., se transformó de manera espontánea y automática en Estado.

³⁸³ Josep, Stalin, *La Cuestión Nacional y el Leninismo*, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, 1.950. p. 3.

³⁸⁴ Edwin Cruz, *Redefiniendo la nación: luchas indígenas y Estado plurinacional en Ecuador (1990 – 2008)*, citando a Laclau, 1996, pp. 36-46.

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 substanciales entre el reconocimiento de una autoridad 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 sólo 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.³⁸⁵

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 en consecuencia ninguna idea de totalidad; sea en la que admite una idea de totali-

³⁸⁵ Carlos Gutiérrez, *La cuestión nacional y el proyecto revolucionario*, Madrid, 2006, p. 2, en <http://creandopueblo.files.wordpress.com/2011/08/carlosgutierrez-lacuestionnacionalyelproyectorevolucionario.pdf> (visitada el 09/09/2013)

dad 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.³⁸⁶

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.³⁸⁷

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 clasista, sólo 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 sólo 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.³⁸⁸

Ayala Mora respecto a la “cuestión nacional” ecuatoriana sustenta que: “El Ecuador es un Estado-Nación que no existió siempre. Tuvo origen histórico y su construcción ha sido un

³⁸⁶ Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, Lima, 2000b, p. 2.

³⁸⁷ Aníbal, Quijano, *Moderindad, identidad y utopía en América Latina*, Quito. Ed. El conejo, s/f. p. 46

³⁸⁸ Galo Ramón, op. cit., 1992, p. 17

proceso largo, conflictivo e inacabado. Nuestro país no es una realidad simple u homogénea ni lo ha sido nunca. Es una nación compleja.”³⁸⁹ 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 comunidad 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.³⁹⁰ 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 hechuras históricas en las que los estados tienen un papel crucial. sólo desde que aparecen las comunidades políticas modernas que llamamos estados, éstos 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.³⁹¹

³⁸⁹ Enrique Ayala, ECUADOR: PATRIA DE TODOS, La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad, Quito, UASB, 2002, p. 74.

³⁹⁰ Aun que 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). *Ibíd.*, p. 74.

³⁹¹ Enrique Ayala, ECUADOR: PATRIA DE TODOS, La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad, Quito, UASB, 2002, p. 76, citando a Tomás Pérez Vejo, *Nación, identidad nacional y otros mitos nacionalistas*, Oviedo, Ediciones Nobel. 1999. p. 129.

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 unidad, centralización, homogenización y resistencia por mantener la diversidad.³⁹² 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.”³⁹³

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.³⁹⁴

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

³⁹² Enrique Ayala, *ECUADOR: PATRIA DE TODOS, La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Quito, UASB, 2002, p. 76. Haciendo referencia a Josep Fontana, *La historia después del fin de la historia*. Barcelona, Crítica, 1992, p. 109.

³⁹³ *Ibíd.*, p. 76.

³⁹⁴ *Ibíd.*, p. 76-77.

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.³⁹⁵ El término patria sostiene Ayala:

...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.³⁹⁶

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 cuarenta³⁹⁷ (...) 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.³⁹⁸

³⁹⁵ "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*. Vigésimo segunda edición, 2001. p. 1155); en Enrique Ayala, *ECUADOR: PATRIA DE TODOS, La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Quito, UASB, 2002, p. 78.

³⁹⁶ *Ibíd.*, p. 78.

³⁹⁷ Enrique Ayala Mora, *Los partidos políticos en el Ecuador. Síntesis Histórica*. Quito, Ediciones La Tierra, 1989. p. 25; en Enrique Ayala, 2002, p. 84.

³⁹⁸ Enrique Ayala, *ECUADOR: PATRIA DE TODOS, La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Quito, UASB, 2002, p. 84.

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 movilizadora. 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 establecida 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.”³⁹⁹

“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.”⁴⁰⁰

En esta línea argumental: “(...) el liberalismo latinoamericano se empantanó en la quimera de una modernidad sin revolución social. El ‘materialismo histórico’ naufragó en otro pantano, de naturaleza igualmente eurocéntrica: 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.”⁴⁰¹

³⁹⁹ Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, Lima, 2000, p. 15

⁴⁰⁰ *Ibíd.*, 2000, p. 1:

⁴⁰¹ *Ibíd.*, 2000, p. 15

La tesis de Quijano apunta a que la descolonización social, material e intersubjetiva, es la condición sine qua non de todo posible proceso de democratización y de nacionalización.

Conforme a Etxeberria, una vez asumida la nación como grupo cultural, se relativiza la dimensión biológica o la sólo 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. También se ha llegado a argumentar que:

(...) 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 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.⁴⁰²

La referencia teórica insta a deducir, 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, actualmente 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.⁴⁰³

⁴⁰² Xabier Etxeberria, *Sociedades multiculturales*, España, Mensajero, 2004, pp. 101-103.

⁴⁰³ *Ibíd.*, 2004, p. 105.

2.4 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.⁴⁰⁴ Para Díaz Polanco, actualmente:

(...) la filosofía más invocada para fundar “La supremacía de los derechos liberales sobre los culturales” es el llamado *liberalismo igualitario*; sustentada 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 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.⁴⁰⁵

En el marco de esta complejidad 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”⁴⁰⁶ En su afán de restaurar el concepto, Sartori sostiene que:

⁴⁰⁴ Pablo Badillo O'Farell, “Pluralismo versus multiculturalismo”, en *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, Ediciones Akal, 2003, p. 48

⁴⁰⁵ Héctor Díaz Polanco, *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, Cuba, Casa de las Américas, 2008, pp. 56-57.

⁴⁰⁶ Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. México, Taurus, 2001. pp. 17-18.

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.⁴⁰⁷

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 ésta 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.⁴⁰⁸

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 pluralista se sitúa más o menos en el centro de esta gama (...) rechaza sus extremos o sea la homogeneización como la separación-desintegración.”⁴⁰⁹ 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

⁴⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 18-19.

⁴⁰⁸ *Ibíd.*, p. 21.

⁴⁰⁹ Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica, extranjeros e islámicos*, México, Taurus, 2001, p. 35-36

ese encuentro debe ser recíproco, y debe enriquecer (fertilizar) las distintas identidades culturales, haciéndolas convivir bien.⁴¹⁰

La cita en referencia obliga a recordar que esa no es la idea de *integración* de la “*intelligentia 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 de Ecuador, donde no existía ni existe una única cultura y menos que esta haya sido o sea nacional y homogénea. Al contrario, la esencia de Ecuador fue y es su pluriculturalidad, pluriétnicidad 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 distintas.”⁴¹¹

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.”⁴¹² 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:

⁴¹⁰ *Ibíd.*, pp. 41-42

⁴¹¹ Gonzalo Ortiz, “Las tareas inconclusas de nuestra historia... a propósito de la plurinacionalidad y el movimiento indígena”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya -Yala, ILDIS, CORPEA, 1992, p.125.

⁴¹² *Ibíd.*, p. 125.

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 proyecto 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.⁴¹³

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 poblaron esta tierra antes de la invasión hispánica.”⁴¹⁴ 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.⁴¹⁵

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.⁴¹⁶

⁴¹³ Enrique Ayala, “Estado nacional, soberanía y Estado plurinacional.”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992, 1992, p. 39.

⁴¹⁴ Enrique Ayala, “Estado nacional, soberanía y Estado plurinacional.”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992, p.34

⁴¹⁵ *Ibíd.*, p. 34

⁴¹⁶ Arturo León Bastidas, *La plurinacionalidad en el Ecuador*, Riobamba, CCE Benjamín Carrión, Núcleo de Chimborazo, 2012, pp. 208-209.

Julio César Trujillo enfatiza que 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.⁴¹⁷ 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 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.⁴¹⁸

Por otra parte, sigue el debate respecto a si el pluralismo es compatible o de difícil convivencia con la idea de multiculturalismo.⁴¹⁹ 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

⁴¹⁷ Julio César Trujillo, "El estado plurinacional en el Ecuador: las reformas constitucionales", en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992, p.167.

⁴¹⁸ Julio César Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*, Quito, UASB, 2013, p. 310.

⁴¹⁹ Pablo Badillo O'Farell, "Pluralismo versus multiculturalismo", en *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, Pablo Badillo O'Farell, "Pluralismo versus multiculturalismo", en *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía, Ediciones Akal, 2003, 2003; Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. México, Taurus, 2001; Will, Kymlicka, *Las odiseas multiculturales: las nuevas políticas internacionales de la multiculturalidad*, España, Paidós, 2007; Fernando Salmerón, *Diversidad cultural y tolerancia*, México, Paidós, 1998; Milka Castro-Lucic, edit., *Los desafíos de la interculturalidad, identidad, política y derecho*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2004.

civil, etc. 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, socio-económicos, 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.⁴²⁰

En concreto la plurinacionalidad como concepto holístico tiene relación a cambios civilizacionales, como la de transformar el Estado moderno, refundarlo 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 años 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 socio-cultural impulsado por los pueblos indígenas: “Lo cultural es económico y también es político. Por eso plantea cuestiones como la refundación del

⁴²⁰ Héctor Díaz/Polanco, *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, Cuba, Casa de las Américas, 2008, pp. 237-238: “El multiculturalismo realmente existente aparece en su extracto 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 respecto a las diferencias (“políticas de identidad”), especialmente teniendo en cuenta la discutida neutralidad del Estado y las llamadas acciones afirmativas o “discriminación positiva”.

Estado y la refundación de la democracia”⁴²¹ 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.⁴²²

Siguiendo a 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 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. El Ecuador del siglo XXI debe ser esa realidad común.⁴²³

⁴²¹ 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, Abya-Yala, 2009a, p. 30.

⁴²² *Ibíd.*, p. 38.

⁴²³ Enrique Ayala, *ECUADOR: PATRIA DE TODOS, la nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Quito, UASB, 2002, p. 36.

Superar la noción “nación moderna”, ficticia, sustentada en la artificial construcción política de signo liberal, implica construir el Estado plurinacional sin elites económicas y políticas enquistadas en el poder, como si ello fuera garantía de estabilidad política y del orden social. Para estos 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.

2.5 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, y en las últimas décadas instaurando regímenes de autonomía (autodeterminación).

El Estado moderno defiende la libertad individual (autonomía individual), pero reprime a los colectivos de los que forman parte los individuos. Es decir, propicia la emancipación de aquellos, mientras arremete contra las comunidades que son los espacios donde las personas pueden realizarse; este 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 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, ausencia de coacción por parte de los otros.

En este sentido, el respeto a la vida, a la igualdad de condiciones para decidir sin coacción sus propios fines como pueblos, y a su autonomía; son el fundamento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. El reconocimiento de personalidad y capacidad para proveer su existencia y futuro, constituye el camino de su libre determinación. Bajo esta perspectiva, la libre determinación o autodeterminación es para los pueblos indígenas, como es la libertad para los individuos. En concreto, es un derecho fundamental para su existencia.

Esta libre determinación 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. Esta forma de ejercer la libre determinación se convierte en autonomía; de ahí se afirma que la autonomía es una forma de ejercicio de la libre determinación. Una vez establecida esta autonomía, 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.⁴²⁴

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

⁴²⁴ Héctor, Díaz Polanco, *Autonomía regional: La autodeterminación de los pueblos indios, México, Siglo XXI, UNAM, 1991, p. 151.*

transformaciones tendentes a la concreción de sus derechos al territorio y autodeterminación.⁴²⁵

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”.⁴²⁶

En la perspectiva teórica de Raz, son relevantes para la autodeterminación, elementos como los siguientes:

Gráfico: 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, pp. 141-147. Elaboración propia.

⁴²⁵ Ver: Luis Macas, *El levantamiento indígena visto por sus protagonistas*, Quito, ICCI, Amauta Runacunapac Yachai A.R.Y., 1991; Lourdes Tibán, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Fundación Hanns Seidel, 2010; Nina Pacari, *Derechos indígenas*, La Paz, Instituto del Banco Mundial, Fondo Indena, 2004, en www.fondoindigena.net/pflican.htm.

⁴²⁶ *Ibíd.*, 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.”⁴²⁷ Para los pueblos indígenas la opción de la lucha política ha trascendido la autodeterminación de sólo 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 en la cotidianidad indígena, y la de toda la sociedad.

Este enfoque 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 cultural, respetuosa de las fronteras étnicas, de las identidades históricamente conformadas y de la diversidad sociocultural. La autodeterminación expresa la posibilidad de acabar con la práctica homogeneizadora y 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

⁴²⁷ *Ibíd.*, p. 150. Para profundizar el tema ver: Pablo Ortiz-T, “Las luchas autonómicas en contextos globalizados”, pp. 455-508, en Miguel González, Araceli Burguete Cal y Mayor, Pablo Ortiz-T, Coord. *La autonomía al debate: autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO-Ecuador, GTZ, IWGIA, CIESAS, UNICH, 2010.

antítesis del indigenismo, de la integración o teoría y práctica de la asimilación de los pueblos indígenas a la sociedad nacional.

Stavenhagen asume que sólo 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 demandar el cumplimiento y ejercicio de sus derechos y también su participación política (...). El enfoque basado 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.⁴²⁸

Si los pueblos indígenas son sujetos de derechos colectivos, pueden autodeterminarse y su autodeterminación no excluye el enfoque de derechos humanos en el desarrollo, es decir aquel enfoque que se dice es: 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, es decir, libre determinación “plena” como el logro de un Estado independiente o, al menos, como derecho de elegir la independencia como Estado.

⁴²⁸ Rodolfo Stavenhagen, “Cómo hacer para que la declaración sea efectiva”, en Naciones Unidas, 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, 2010, p. 392.

Ya en la década de los años 90 se fundamenta que la autodeterminación 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, por ejemplo. La autodeterminación de los pueblos indígenas 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.”⁴²⁹

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 su propio desarrollo, la regulación de su convivencia social y procedimientos para la resolución de sus conflictos. A más del reconocimiento estatal lo realmente necesario son los pactos autonómicos. Pactos entre los sistemas normativos indígenas con el sistema formal estatal, por ejemplo.

⁴²⁹ Enrique Ayala, “Estado nacional, soberanía y Estado Plurinacional”, en Enrique Ayala, et. al., *Pueblos indios Estado y Derecho*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1992, p. 41.

El derecho a la libre determinación y a la autonomía ha sido explicado en el marco de la Constitución, es decir, sin poner en riesgo la “unidad nacional”, los derechos sociales, económicos, políticos, culturales, el respecto a la identidad. El derechos colectivo a la libre determinación, está dentro de los derechos humanos y conforme a la Declaración de NN UU, les corresponden a ellos, a los pueblos indígenas y a sus miembros, de acuerdo con sus propios vínculos de comunidad.⁴³⁰

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 entender ese ideal.⁴³¹

2.6 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 primera tiene relación a una demanda de tierras y proclama de territorialidad, es decir, una propuesta para la sobrevivencia y la de reivindicación política o propuesta de 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 del bien o de dominio. En este sentido, se trata de que las comunidades indígenas

⁴³⁰ James Anaya, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en *Desafío de la declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas*, Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, edit. Copenhague, IWGIA, 2010, pp. 194-198.

⁴³¹ *Ibíd.*, 2010, pp. 194-198.

dispongan de regímenes diferenciados para la tenencia de la tierra; posteriormente, al derecho a la tierra se incorporan otros derechos como: el derecho a la educación y justicia diferenciada, consulta previa libre e informada y participación, manejo de los recursos naturales basado en 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 de tierra, territorio y derechos territoriales; desde el campo jurídico para establecer 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 elites políticas en las últimas tres décadas, y que desde la perspectiva del movimiento indígena debía considerar aspectos como los siguientes: defensa y recuperación de tierras, territorios y recursos naturales; redefinición del Estado como 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, en lo que tiene que ver con la organización y titularidad de la propiedad de la tierra por parte de los pueblos indígenas.

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.⁴³²

Para Wray es relevante la observación respecto a que el reconocimiento de la personalidad jurídica tiene un precio:

(...) 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.”⁴³³

Otro elemento importante del análisis consiste en 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,⁴³⁴ es decir, insertarlas en una lógica y racionalidad que dé

⁴³² Alberto Wray, *El problema indígena y la reforma del Estado, en Derecho, pueblos indígenas y reformas del Estado*, Quito, Abya-Yala, 1993, p. 12.

⁴³³ *Ibíd.*, p. 14

⁴³⁴ *Ibíd.*, p. 14.

respuesta a las necesidades del mercado y del capital. Intención que se trasluce tanto en el marco jurídico como en los programas de desarrollo.⁴³⁵

Estos elementos son los dispositivos pioneros para la resistencia indígena, o de rechazo a las fracturas y delimitaciones de los espacios comunales que repercuten en la organización de la sociedad indígena y campesina, la que además de ver amenazadas sus reservas territoriales y su espacio de seguridad, siente que estas políticas de integración o asimilación responden a un modelo socio-económico *neocolonizador* que busca extinguirlos como culturas. En consecuencia y desde la perspectiva jurídica: ¿En qué medida la 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?

La respuesta a la pregunta sigue pendiente, pero sí está claro que la ley de comunas establece la forma de propiedad colectiva y los bienes que la integran son patrimonio de todos los habitantes, 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

⁴³⁵ Isabel Estévez y Alfredo Serrano, “Democratizar la tierra como una estrategia alternativa”, en Alfredo Serrano Mancilla, coord. *¡A (RE) REDSISTRIBUIR! Ecuador para todos*, Quito, SENPLADES, 1012, 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 semif feudales que perduran hasta la reforma Agraria de los años sesenta y setenta del siglo XX, y se expanden, más o menos intactas, hacia partes de la Cosa y Amazonía a través de un proceso de privatización y acaparamiento de tierras igualmente inequitativo y arbitrario.”

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.⁴³⁶

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 es visto como un proceso de *campesinación* que limita los derechos ancestrales: frente a este hecho tiene lugar uno denominado de *indigenización* o reconocimiento de la identidad étnica, con base en el cual los pueblos demandan la adjudicación 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

⁴³⁶ Instituto de Estudios Ecuatoriano, *Mapeo de actores y análisis de poder para el ejercicio de derechos de los pueblos indígenas del Ecuador*, Pablo Ospina cord., Quito, IEE, 2008, pp. 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.”

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 fácil, y es producto de un complejo proceso socio-organizativo, político y jurídico interno; y de otro proceso a nivel internacional que se respalda en el Convenio 169 de la OIT; colateralmente 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 Naciones Unidas 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 socio-organizativos y culturales indígenas.

Conforme a la segunda opción, 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 pueda actuar en función de acabar

con la injusticia cultural y con la injusticia distributiva; es decir, para alcanzar la justicia y no sólo la mera aplicación de la ley.

3. 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. Julio César Trujillo sostiene que los colectivos inicialmente reconocidos como titulares de derechos en Ecuador, son la familia y los sindicatos y constan en la Constitución de 1929; en la de 1998 se les reconoce esta misma calidad a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y a los pueblos afrodescendientes, en la del 2008 se agregan los pueblos montubios.⁴³⁷

La Carta de Naciones Unidas (San Francisco, 26/06/1945) 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

⁴³⁷ Julio César Trujillo, *El constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*, Quito, CEN – UASB, 2013, p. 319.

Internacional del Trabajo (OIT) toma iniciativas en materia de trabajadores indígenas, primero en un contexto colonial y después en países independientes.⁴³⁸

En 1957 se genera el Convenio 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.

Este Convenio 107 ya contiene disposiciones relativas a las tierras, territorios y recursos naturales de los indígenas, y ello implica su 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 establece 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 poblaciones 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.⁴³⁹

Este Convenio es restrictivo y prescribe 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

⁴³⁸ José Aylwin, et. al., *Las implicancias de la ratificación del Convenio No 169 de la OIT en Chile*, Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas 2a edición revisada y aumentada Junio de 2010 (02/05/2012 en www.observatorio.cl).

⁴³⁹ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 107*, Ginebra, 1967.

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*.⁴⁴⁰ 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 desaparición 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.⁴⁴¹

(...) 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 basado en la Carta de las Naciones Unidas no supuso una vuelta al *status quo* del orden político y social anterior a los procesos históricos que culminaron en la colonización.⁴⁴²

Naciones Unidas 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

⁴⁴⁰ James Anaya, *Los pueblos indígenas y el Derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, p. 91.

⁴⁴¹ Augusto Willemsen Díaz, “Como llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU”, en *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, edit, Charles Taylor y Rodolfo Stavenhagen, Copenhague, IWGIA, 2010, p. 19.

⁴⁴² James Anaya, *Los pueblos indígenas y el Derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 85-86.

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.⁴⁴³

3.1 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 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.⁴⁴⁴

El Convenio continúa en el marco del paradigma positivista del Derecho defendiendo derechos individuales, y en concordancia con la Carta de NN.UU suscrita en 1945, el Art.

⁴⁴³ Augusto Willemsen Díaz, “Como llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU”, en *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, edit, Charles Taylor y Rodolfo Stavenhagen, Copenhague, IWGIA, 2010, p. 28.

⁴⁴⁴ José Aylwin, et. al., *Las implicancias de la ratificación del Convenio No 169 de la OIT en Chile*, Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas 2a edición revisada y aumentada Junio de 2010, en www.observatorio.cl. Visitado el (02/05/2012).

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.”⁴⁴⁵

La Declaración Universal de 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.”⁴⁴⁶

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP - 1966) Arts. 2.1, 26 y 27:

- 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”⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Editorial Jurídica del Ecuador, *Carta de las naciones Unidas*, Quito, EJE, 2003, pp. 36-87.

⁴⁴⁶ Editorial Jurídica del Ecuador, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Quito, EJE, 2003, pp. 7-16.

⁴⁴⁷ Indian Law Resource Center, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP – 1966)”, en *Manual para indígenas sobre procedimientos de reclamaciones en el campo de los derechos humanos internacionales*, Washington, 1984, pp. 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 pueblos indígenas como sujetos de derechos.

Este enfoque resulta limitado, por una parte los pueblos indígenas -si bien en muchos países constituyen sectores étnicos minoritarios de la población-, en otros, como es el caso de Bolivia y Guatemala constituyen sectores

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”.

Gráfico: 6 Convenio 169: contenido de los derechos indígenas a la tierra y al territorio

Art.13	<ol style="list-style-type: none"> 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. 2. La utilización del término <i>tierras</i> 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.
Art.14	<ol style="list-style-type: none"> 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. 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. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.
Art.15	<ol style="list-style-type: none"> 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. 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.
Art.16	<ol style="list-style-type: none"> 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. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo 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.

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. Con esta aproximación, los pueblos indígenas fueron ignorados por la ONU como sujetos de derechos colectivos.

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.</p>
Art.17	<p>1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
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> <p>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;</p> <p>b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.</p>

Fuente: Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169*, Ginebra, adopción el 27/06/1989, entrada en vigor el 05/09/1991.

3.2 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 NN. UU. (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.⁴⁴⁸

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.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ James Anaya, *Los pueblos indígenas y el Derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, p. 99.

⁴⁴⁹ *Ibíd.*, 2005, pp. 99-100.

Los Estados y sus gobiernos se resistieron al concepto “pueblos” debido a su asociación “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.⁴⁵⁰ Conforme lo refiere Anaya, la controversia 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.”⁴⁵¹

El Convenio 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 socio-económicos 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.^{452 453}

⁴⁵⁰ *Ibíd.*, 2005, p. 100.

⁴⁵¹ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169*, Ginebra, adopción (27:06:1989), entrada en vigor (05:09:1991).

⁴⁵² Víctor Toledo, Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina. 1990 – 2004. ¿Las fronteras indígenas de la globalización?, en *Pueblos indígenas, Estado y democracia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, p. 18.

3.3 La Declaración de NN UU (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 basado 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.”⁴⁵⁴

La relevancia de la “Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” radica en asumir la perspectiva del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, 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

⁴⁵³ Una visión crítica al enfoque de Naciones Unidas sobre los derechos Humanos y derechos de los Pueblos indígenas, ver: Boaventura de Sousa Santos, *Sociología Jurídica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 527-541.

⁴⁵⁴ Bartolomé Clavero, “Supremacismo cultural 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. 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 carácter 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.”

comunidades por medio de la reducción de su territorio a propiedad privada de los indígenas mismos y de los colonos invasores.”⁴⁵⁵

Gráfico: 7 Prescripciones relacionadas a los derechos al territorio y autodeterminación, en la Declaración de las Naciones Unidas 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 reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de 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.
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	Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 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. 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.
Art. 29	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. 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. 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.
Art. 30	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 éstos lo hayan solicitado. 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.
Art.	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.

⁴⁵⁵ *Ibíd.*, p. 370.

32	<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 las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Washington, Naciones Unidas, marzo del 2008. Adaptación propia.⁴⁵⁶

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:⁴⁵⁷ el “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 estrecha y estatalista de la humanidad y del mundo que considera que el Estado moderno es la unidad de organización humana más importante y fundamental.

⁴⁵⁶ 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 *El desafío de la Declaración: historias y futuro de la Declaración de la ONU sobre los derechos indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010, 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.

⁴⁵⁷ Bartolomé Clavero, op. cit. 2010, p. 372.

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.⁴⁵⁸

4. 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, como iguales entre pueblos iguales.

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

⁴⁵⁸ La propia Organización de Naciones Unidas 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. James Anaya, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en *Los desafíos de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010, p. 2007.

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.

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 socio-políticos realmente dramáticos, muerte de líderes indígenas y levantamientos de pueblos que han conmocionado a la sociedad en general y generado procesos de desinstitucionalización e ingobernabilidad provocando 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 de su propia cosmovisión.

Toledo afirma que entre 1990 y el 2003 en América Latina, la irrupción del movimiento indígenas 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.”⁴⁵⁹

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 identidades y manejo de conflictos etnopolíticos heredados de la injusticia cultural y 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.”⁴⁶⁰

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

⁴⁵⁹ Víctor Toledo Llancaqueo, “Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina. 1990 – 2004. ¿Las fronteras indígenas de la globalización?”, en *Pueblos indígenas y democracia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, p.2.

⁴⁶⁰ *Ibíd.*, p. 3.

países y en la del sistema multilateral, vinculada a asuntos de derechos humanos, democratización, paz social, medioambiente y desarrollo local.”⁴⁶¹

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, etc. 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 diferente 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. Pero sobre todo, se proyecta como el ariete de la emancipación socio-económico-política plurinacional

⁴⁶¹ *Ibíd.*, p. 4.

5. El discurso antisistémico indígena y línea de fractura ideológico-política

El discurso antisistémico indígena: Hacia la década de los años 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.⁴⁶²

Téngase en cuenta que desde la década de los años 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.⁴⁶³

Estas demandas constituyen formas sólidas del pluriculturalismo que requieren 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.⁴⁶⁴ 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

⁴⁶² Will Kymlicka, *Las odiseas multiculturales: las nuevas políticas internacionales de la multiculturalidad*, España, Paidós, 2007, p. 190.

⁴⁶³ *Ibíd.*, p. 191.

⁴⁶⁴ *Ibíd.*, p. 191.

incapacidad expresa una dimensión de la crisis civilizatoria.⁴⁶⁵ Civilización cuestionada desde la cosmovisión indígena por su hegemónica racionalidad cognitiva-instrumental, logocéntrica, homogeneizadora y *anti-natura*.

El discurso antisistémico indígena no sólo 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 plurincionalidad 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 a través de la incorporación masiva de su mano de obra a las faenas agrícolas, textiles y extractivistas que alimentan el poder de las elites 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

⁴⁶⁵ Alain Touraine, *Crítica de la modernidad*, México, Fondo de Cultura económica, 2002; Enrique Leff, *Aventuras de la epistemología ambiental*, México, Siglo XXI, 2006; Ulrich Beck, “Teoría de la sociedad del riesgo”, en José Verían, comp, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, Anthropos, 2007.

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 actualmente es un dispositivo de resistencia y propuesta política que ha desencadenado sus poderes y saberes subyugados, redimiéndolos como seres humanos.

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 conservacionistas que asisten a la Cumbre de la Tierra, paralela (Río de Janeiro, junio de 1992).⁴⁶⁶

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

⁴⁶⁶ Guillaume Fontaine, “Discurso ético y praxis política. La institucionalización de la etnicidad en Colombia y Ecuador”, en *INDIANA* 17/18, Berlín, 2001, p. 59.

fundamental es la acumulación de capital a costa de la explotación de recursos naturales no renovables y agotamiento de la base misma del recurso.⁴⁶⁷

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,⁴⁶⁸ 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.⁴⁶⁹ Este hecho es más visible en los países andino-amazónicos 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).

⁴⁶⁷ Sobre el tema existe una amplia literatura especializada: Araceli Burguete Cal y Mayor, Pablo Ortiz-T, “Las luchas autonómicas en contextos globalizados”, pp. 455-508, en Miguel González, Araceli Burguete Cal y Mayor, Pablo Ortiz-T, Coord. *La autonomía al debate: autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO-Ecuador, GTZ, IWGIA, CIESAS, UNICH, 2010; Víctor Toledo Llancaqueo, “Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina. 1990 – 2004. ¿Las fronteras indígenas de la globalización?”, en *Pueblos indígenas y democracia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2004; Rodolfo Stanvenhagen, *Conflictos étnicos y Estado nacional*, México, Siglo XXI, 2000; Xabier Etxebarria, *Sociedades multiculturales*, España, Mensajero, 2004; James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, España, Trotta, 2005; Héctor Díaz-Polanco, *Autonomía regional- la autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI, 1996; Lourdes Tibán, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Fundación Hanns Seidel, 2010; Nina Pacari, *Derechos indígenas*, en www.fondoindigena.net/pflican.htm, Visitada el (19/11/10).

⁴⁶⁸ Guillaume Fontaine, op. cit., 2001, p. 60.

⁴⁶⁹ *Ibíd.*, 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.⁴⁷⁰

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 socio-organizativa 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, 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 sólo 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.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ *Ibíd.*, p. 60.

⁴⁷¹ *Ibíd.*, p. 61.

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 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 socio-políticos externos e internos han modificado sustancialmente la correlación de fuerzas para el debate entre actores hegemónicos y subalternos. El Estado ha re-pensado y re-definido la “política integracionista” y la “política indigenista” desde el enfoque multiculturalista,⁴⁷² 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 por la reforma del marco normativo legal e institucional interno y

⁴⁷² 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.

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 la transformación del “Estado de Derecho” en algunos países de la región andino-amazónica, a “Estado constitucional de derechos, plurinacional”.

De lo expuesto se deduce que este es el hecho generativo del constitucionalismo (comunitario) originario indígena y que incide en el nuevo constitucionalismo social latinoamericano, para la conformación de un modelo político de Estado que propenda a la “subsunción del Estado en lo colectivo”, conforme lo perfila el enfoque neoconstitucional transformador.⁴⁷³ Una forma expresa de incidencia indígena 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 Constitución ecuatoriana del 2008, Art. 11, numeral 6: “Todos los principios y los

⁴⁷³ Ramiro, Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez, edit., Quito, Abya-Yala, 2011.

derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

En el estricto ámbito jurídico-constitucional implica que los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación (procesos de autodeterminación), son derechos fundamentales, producto de la superación de la contradicción entre las prácticas legales y políticas del Estado de derecho, en base a la lucha indígena vía levantamientos emancipatorios, que han logrado por ejemplo, para el caso de los pueblos ocultos, Art. 57.21 de la CRE, 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 incorporado las circunscripciones territoriales indígenas CTIs (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 CTIs, y al margen de varias comunidades indígenas no respaldan esa política, el gobierno nacional asume que son estas jurisdicciones los espacios donde se hará realidad la plurinacionalidad.

A nivel andino amazónico y en los tres países aludidos en concreto, está latente uno de los problemas más acuciantes y relevantes, 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.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ 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 Guillaume Fontaine, op. cit., 2000-2001, p. 64. Más aún, en el caso ecuatoriano es explícita la política extractivista

En los países andino-amazónicos la posición indígena antisistémica apunta a la refundación 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 restringe 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 (neo-indigenismo) o (etno-populismo 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.

minera que impulsa el régimen del Ec. Rafael Correa. 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.

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 Jhon 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 “postliberal”.⁴⁷⁵

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 abatido; pero el proyecto para abatir la diversidad es torpe porque, entre otras razones, es irrealizable. En consecuencia, desde un punto de vista del pensamiento de izquierda no considerar la diversidad 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, en tanto utopía que busca armonizar la diferencia con la igualdad, la democracia con la libertad.⁴⁷⁶ Siguiendo a Leff, la política de la diferencia y la ética de la otredad trascienden el espacio teórico y práctico del

⁴⁷⁵ Héctor Díaz-Polanco, *Indigenismo y diversidad cultural*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2003, p. 44.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, p. 44

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,⁴⁷⁷ de la pluralidad de saberes, del diálogo de los saberes diversos y las diferencias.

En este sentido, el movimiento indígena continental sigue siendo un referente político plausible que sintetiza la hibridación de las diversas racionalidades y saberes, como base para la consolidación de la democracia sustancial y del Estado constitucional de derechos, que aparece como fase superior del Estado de derecho y de la democracia electoral.

6. El proyecto histórico indígena

Hasta la década de los años 80s en Ecuador, 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 interpelante, más allá de que sus estructuras orgánicas abarcan distintas formas asociativas urbanas y rurales que no encajan en un estatus eminentemente clasista; además existen actores sociales que adhieren ese liderazgo y cumplen roles secundarios en el proceso político.

Pero es la emergente *etnicidad* la que transforma y consolida la interpelación al poder desde una perspectiva socio-cultural, y a partir de la década de los años 90s cambia

⁴⁷⁷ Enrique Leff, *Aventuras de la epistemología ambiental*, México, Siglo XXI, 2006, p. 98.

profundamente la configuración de los actores sociales, cambian sus demandas, propuestas y agendas programáticas.

En su nuevo rol el movimiento indígena decanta sus reclamos sectoriales, y con base en levantamientos *emancipatorios* posiciona un discurso político que propone la redefinición del Estado y la convocatoria a una Asamblea Constituyente para que elabore una nueva Constitución. Su discurso cambia el imaginario de “nación” y hace colapsar 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 “*intelligenza criolla*”⁴⁷⁸ y en el ideal de las elites políticas perennizadas en el poder. Aquellos postulados son sustituido 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

⁴⁷⁸ Sobre esta temática se trató en el capítulo II, ver: Galo Ramón, “Estado plurinacional: una propuesta innovadora atrapada en viejos conceptos”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992; Enrique Ayala Mora, “Estado nacional, soberanía y Estado plurinacional”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992; Alberto Wray, *El problema indígena y la reforma del Estado, en Derecho, pueblos indígenas y reformas del Estado*, Quito, Abya-Yala, 1993; Pablo Ortiz Tirado, “Las luchas autonómicas en contextos globalizados”, pp. 455-508, en Miguel González, Araceli Burguete Cal y Mayor, Pablo Ortiz T. coord., *La autonomía al debate: autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO-Ecuador, GTZ, IWGIA, CIESAS, UNICH, 2010; Aníbal Quijano, “El movimiento Indígena y las cuestiones pendientes en América latina”, en ICCI, *Estado plurinacional y Estado social de derecho: los límites del debate*, Quito, Instituto Científico de Culturas Indígenas, 2008, p. 23-55; Agustín Cueva, “Problemas y perspectivas de la teoría de la dependencia”, en Alejandro Moreano, *Agustín Cueva: pensamiento fundamental*. Quito, Campaña Nacional Eugenio Espejo, UASB, CEN, 2007, pp. 85-137.

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 tiene una dimensión política profunda ensamblada al proceso de resistencia social para la captación del poder y concreción del proyecto histórico. Por su parte las elites 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 la injusticia cultural y la injusticia distributiva existente.

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 a través de la reforma estructural impuesta por la estrategia neoliberal.⁴⁷⁹

Asumido el liderazgo político en términos de un enfoque socio-cultural, el movimiento indígena marca el rumbo que ha de seguir la sociedad ecuatoriana de los años noventa en adelante, en este contexto las reivindicaciones sectoriales propuestas pasan a ser sólo un elemento de la constelación de cambios y transformaciones que conforman su

⁴⁷⁹ 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.

“Proyecto histórico”, simbólicamente iniciado con la propuesta de una nueva Constitución en clave plurinacional.

La nueva Constitución es respaldada por pueblos indígenas, afro-descendientes, montubios y organizaciones sociales que plantean a la sociedad en su conjunto dos objetivos: repensar los conceptos Estado, nación, pueblo; considerando sus especificidades demográficas, socio-culturales 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” de la interpelación del poder y del Estado que realizan dichos pueblos. 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”;⁴⁸⁰ propicia el empoderamiento de la sociedad civil y la subsunción del Estado en lo colectivo.

⁴⁸⁰ El paradigma constitucional o neoconstitucionalismo coadyuva en entender este proceso, ver: Luigi Ferrajoli, *Principia iuris; teoría de la democracia y teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011; 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; Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica – UNAM, 2006; De Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010; Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010; Elías Díaz, *De la institución a la Constitución*, Madrid, Trotta, 2009.

6.1 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 poder; y tiene lugar en contextos de vulnerabilidad étnica, de crisis socio-económica y apogeo del neoliberalismo. En tales condiciones se promulga la nueva Constitución y con ello inicia un nuevo orden que cambia la naturaleza de la ley, y con ello también 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 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 post-socialista que enfrente la injusticia cultural y distributiva. Es decir, el proceso de constitucionalización coadyuva a posicionar al movimiento indígena como el legítimo interpelante del poder y del Estado. Este nuevo rol del movimiento indígena es escrutado por liberales, radicales de izquierda, anarquistas, y otros sectores que ven estos hechos - desde el sesgo de su perfil ideológico- como un proceso de *etnización* de la política;

anatemizando el enfoque socio-cultural 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 unción 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).⁴⁸¹

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 socio-histórica, 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

⁴⁸¹ Carlos de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010, p. 67.

excluyen, con mayor razón si el nuevo constitucionalismo es el constitucionalismo del Estado social de derecho.⁴⁸²

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 éste, 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 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 maneja 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.⁴⁸³

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

⁴⁸² *Ibíd.*, pp. 68-69.

⁴⁸³ Carlos de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 70-71.

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 elites para satisfacer ciertas demandas de los sectores sociales excluidos en la medida en que estos adquieren peso político, 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.⁴⁸⁴

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 consolidar el nuevo ordenamiento constitucional y legal como una opción histórica? También se puede asumir que la actual es una fase política de transición o experimental, que gira en torno a un modelo ideológico-político identificado

⁴⁸⁴ *Ibíd.*, p. 74.

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.

7. Tensión en las relaciones movimiento indígena y Estado

La reclamación de un 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 elites en el siglo XIX.⁴⁸⁵ Siguiendo a Ortiz: “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.”⁴⁸⁶

Lo cierto es 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 en la práctica su concreción era y sigue siendo deficitaria debido a la incidencia política negativa de los factores reales del poder, y por los impactos territoriales de los procesos de globalización.

⁴⁸⁵ Ver: Galo Ramón; Enrique Ayala Mora; Gonzalo Ortiz, op. cit, 1992; Wray, op. cit, 1993.

⁴⁸⁶ Pablo Ortiz-T, “Las luchas autonómicas en contextos globalizados”, en Miguel González, Araceli Burguete Cal y mayor, Pablo Ortiz-T, Coord. *La autonomía al debate: autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO-Ecuador, GTZ, IWGIA, CIESAS, UNICH, 2010, p. 455.

En tales condiciones sobrevienen crisis nacionales, 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,⁴⁸⁷ y al margen del desgaste que implican las acciones de resistencia al modelo neoliberal, el movimiento indígena incide en la políticas públicas que aparatos del Estado y organismos internacionales están interesados en diseñar e implementar conforme al marco ideológico y jurídico-político globo-neo-colonizador. Ciertamente el movimiento indígena se ubica en la dimensión simbólica de la política creando nuevos marcos de sentido y de lenguaje como derechos colectivos, territorialidad, autodeterminación, cambio de las relaciones de poder, chocan con la racionalidad economicista del Estado uninacional y la lógica del mercado y del capital.

Este es el punto de ruptura que marca la escisión entre el enfoque neoliberal del modelo político de Estado y de desarrollo, con el proyecto histórico indígena de Estado plurinacional, y que a la vez genera la tensión entre el Poder público y el movimiento, dando lugar a un desajuste de las relaciones políticas y desestabilización del orden constituido. Pero el movimiento indígena no cambia su enfoque pacifista, y entiende el ensamblaje de la acción y la teoría política desde la práctica de la tolerancia, respeto a las diferencias y unidad en la diversidad. Conforme lo sustenta Walzer, la tolerancia, o quizá

⁴⁸⁷ Para una mayor profundización sobre esta problemática ver: Pablo Ortiz y Alberto Chirif, *¿Podemos ser autónomos? Pueblos indígenas vs. Estado en América Latina*, Quito, Intercooperación./RRI, 2010; Héctor Díaz-Polanco, *El canon Snorri, diversidad cultural y tolerancia*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2004; Xochil Leyva, Aracely Burguete Cal y Mayor y Shannon Speed, coord., *Gobernar en la diversidad: experiencias indígenas en América Latina*. México, Publicaciones de la Casa Chata, FLACSO, 2008; Victoria Chenaut, et. al., coord., *Justicia y diversidad en América Latina- Pueblos indígenas ante la globalización*, México, Publicaciones de la Casa Chata, FLACSO – CIESAS, 2011.

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.⁴⁸⁸

La esquizofrenia en la que se debate el poder hace por una parte que se enarbole el estandarte de la democracia, de la inclusión participativa y la distribución básica de la riqueza; pero al mismo tiempo se viola o incumplen los derechos, se reprime, se encarcela, se tortura y hasta se mata a los herejes. Y la demanda indígena no radica en que el Estado 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 las decisiones trascendentes, históricas. Corroborando a Walzer, esta sería una forma de practicar la tolerancia en la compleja sociedad latinoamericana pluricultural e insurgente por la inmediatez de la diferencia, del encuentro de lo cotidiano con la *Otredad* que demanda, no esa tolerancia política entre contendores por el poder,⁴⁸⁹ sino aquella para saldar la ausencia de la *Otredad* y por más de 500 años sumida en la exclusión y la miseria.

⁴⁸⁸ Michael Walzer, *Tratado sobre la tolerancia*, Madrid, Paidós, 1998, p. 16.

⁴⁸⁹ *Ibíd.*, p. 20.

CAPITULO IV: LOS DERECHOS COLECTIVOS INDIGENAS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DEL 2008

1. Visión de contexto

La Constitución mexicana de 1917 ha sido 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 con rasgos comunes a nivel dogmático y orgánico, por la garantía de los derechos sociales fundamentales. La parte dogmática constituyen los apartados que definen los principios que orientan al Estado y establecen los derechos y deberes de las personas; y la parte orgánica en cambio determina los principales órganos del Estado y sus atribuciones.⁴⁹⁰ De Otto argumenta que la parte dogmática o material abarca las prescripciones relativas al contenido de las normas y actos de los órganos regulados en la parte orgánica, y su ejemplo más típico son los derechos fundamentales, cuyo reconocimiento significa una garantía de un status jurídico de los ciudadanos que todo ordenamiento jurídico habrá de respetar.⁴⁹¹

Las orientaciones de las reformas constitucionales apuestan a la definición de los principios ideológicos del Estado y los derechos y deberes ciudadanos que además son establecidos jurídicamente.⁴⁹² Por ejemplo: se modifica el concepto unidad nacional, enfatizando que esta no se hace por una homogeneización de las diferencias culturales, sino

⁴⁹⁰ Rodrigo Uprimny Yépez, "Reflexiones sobre Constitución, economía y justicia constitucional", en Dunia Martínez Molina, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 58.

⁴⁹¹ Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 28.

⁴⁹² Rodrigo Uprimny, op. cit., 2011, p. 59.

por el reconocimiento acentuado de las diferencias y una mayor valoración del pluralismo, hasta el punto de que la Constitución define el carácter pluriétnico y pluricultural del Estado, estableciendo como principio constitucional la promoción de la diversidad.

Las reformas constitucionales tienden a amparar grupos tradicionalmente discriminados como los pueblos indígenas y negros, y reconocen 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 cosmovisiones⁴⁹³ (...) la casi totalidad de las reformas ha sido muy generosa 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.⁴⁹⁴

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”.⁴⁹⁵

Las reformas y nuevas constituciones latinoamericanas prevén que el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales no sea puramente retórico, y para su eficacia jurídica establecen mecanismos de protección y garantía de tales derechos, entre otros: dispositivos institucionales, formas judiciales directas de protección de los

⁴⁹³ *Ibíd.*, p. 59.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*, p. 60.

⁴⁹⁵ Ver: Carlos de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010, p. 67.

derechos (amparo o tutela), creación o reforzamiento de formas de justicia constitucional (creación de la Corte Constitucional en el caso ecuatoriano) o atribuyendo poderes de control constitucional a las Cortes Supremas. Otro avance jurídico es la forma de protección judicial de los derechos vía “Defensoría del pueblo”, que funciona como un mecanismo jurídico e institucional más, para demandar la vigencia efectiva de los derechos.⁴⁹⁶

Ecuador se inserta en la ola de cambios y en 1998 impulsa una reforma y codificación de la Constitución, cuyo contenido está dirigido a dar pautas para la formulación de leyes secundarias y políticas de aplicación. Desde un enfoque antropológico Walsh⁴⁹⁷ sostiene que la multi-pluri-inter-culturalidad expresada en dicha Constitución, 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 llaman a este suceso el nuevo “constitucionalismo multicultural” y que 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 políticas y aparatos ideológicos que se empeña en transformar”. Es decir, transformar las estructuras socio-económico y jurídico-institucionales sustentadas en relaciones de poder que han naturalizado las asimetrías sociales, y negado el derecho y respeto a la diversidad y las diferencias.

⁴⁹⁶ Sobre el tema ver: Luigi Ferrajoli, *Principia iuris; teoría de la democracia y teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011; 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; Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica – UNAM, 2006; De Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010; Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010; Elías Díaz, *De la institución a la Constitución*, Madrid, Trotta, 2009.

⁴⁹⁷ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 76.

Asumiendo el enfoque analítico de Walsh, la lucha indígena no es por el 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, dentro de la designación constitucional del Ecuador como Estado pluricultural y multiétnico, en 1998, el pluriculturalismo pasó de la esfera de lucha de las culturas excluidas a convertirse en política del Estado.⁴⁹⁸ Hacia el año 2002 varios autores, y particularmente Walsh ya advierten 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.⁴⁹⁹

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 derechos 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.⁵⁰⁰

Respecto a las instituciones Foucault advierte que:

“... 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.”⁵⁰¹

⁴⁹⁸ Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado, comp. *Justicia indígena, aportes para un debate*, Quito, UASB, 2002, p. 25.

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, p. 25

⁵⁰⁰ Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado, comp. *Justicia indígena, aportes para un debate*, Quito, UASB, 2002, p. 26

⁵⁰¹ Michel Foucault, *Seguridad, territorio y población*, Argentina, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2006, p. 142. La referencia es pertinente para relacionar el tema sobre la institucionalización de las circunscripciones

En su análisis Walsh enfatiza que 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. Pero es cierto que las leyes coadyuvan a sentar las bases de esa construcción, y más que por el compromiso del Estado, 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, dando pábulo a que las comunidades se conviertan en sujetos de políticas públicas, a nuestro entender, desde una óptica *estatocéntrica* para el control, vigilancia y mayor sometimiento de los grupos denominados o subalternos.

En el ámbito teórico, este proceso encaja en el enfoque del “multiculturalismo liberal”, desde el cual los Estados no sólo deben garantizar el conjunto habitual de derechos civiles, políticos y sociales que están protegidos en todas las constituciones liberales; sino también adoptar derechos o políticas concretas en relación con los diferentes grupos que intentan otorgar reconocimiento y con acomodo a las identidades y aspiraciones específicas de los grupos etnoculturales.⁵⁰² Compartiendo con Kymlicka, todas las luchas a favor del

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.

⁵⁰² Will Kymlicka, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 75.

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.⁵⁰³

1.1 La Constitución ecuatoriana de 1998

Ciertamente las leyes por sí mismas no son suficientes ni eficaces para alcanzar los objetivos sociales, de ahí la exigencia de un nuevo texto constitucional que asuma el proyecto político “intercultural y democrático” enfocado a la consecución de aquellos objetivos.

Por ello se piensa que el Estado social de derecho determinado en la Constitución de 1998, coadyuvaría a la implementación de un régimen político “democrático y participativo” que dé lugar a diversas formas de representación, directa, universal y comunitaria. Efectivamente la Constitución imbrica principios y valores de los pueblos originarios y nacionalidades con postulados recogidos de la evolución constitucional liberal, de tal forma que aparece menos alineada al orden ideológico político hegemónico, pero en materia económica la Constitución es neoliberal y su contenido fue ideado por la partidocracia conservadora, y conductora de la Asamblea que la redactó.

⁵⁰³ *Ibíd.*, p. 75.

Esta Constitución 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; sus mandatos constan en los Art. 83, 84 y 85 de aquella y tienen relación a 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 a esa época 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 territorialmente concentradas y asentadas en espacios ancestrales.

La autodeterminación es un derecho que no puede ir separado de los derechos de identidad. Porque si se acepta el valor intrínseco de una cultura, se debe aceptar el derecho a disponer y controlar un territorio en el cual pueda aplicar sus prácticas tradicionales de vida, y la única manera de hacerlo es a través del autogobierno que el Estado ha de respaldar. La autodeterminación comprende los derechos económicos, sociales y los de contenido político de los pueblos y nacionalidades.⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Eduardo Almeida Reyes, *Los derechos colectivos diferenciados. Una aproximación a su estudio desde el caso ecuatoriano*, Quito, IPGH, 2007, pp. 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 moral 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 éste apunta a configurar la legitimidad de la titularidad del poder político.

Gráfico: 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, op. cit., 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.⁵⁰⁵

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

⁵⁰⁵ Julio Echeverría, *el desafío constitucional*, Quito, Abya-Yala – 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 elites 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 enérgicamente. Cf. J. Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1975, p. 89.”

Si se tomara la cita para un 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. Porque se trata de cambios y transformaciones con enfoque socio-cultural mucho más complejas e integrales que las provenientes de la racionalidad moderna y positivista que encarna el Estado de derecho.

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.

2. La Constitución ecuatoriana del 2008

La reforma estructural implementada en Ecuador busca superar las contradicciones de autoritarismo y 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 e ineficacia de la reforma y la presión político-social, conducen a la elaboración de un texto constitucional que establece 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.⁵⁰⁶ Este es el signo que marca la etapa

⁵⁰⁶ Rodrigo Uprimny Yépez, “Reflexiones sobre Constitución, economía y justicia constitucional”, en Dunia Martínez Molina, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 68; Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCEA, 2006, pp. 183-196; Erhard Denninger y Dieter Grim, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 32-63; Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 25-57.

neoconstitucional, o de un nuevo paradigma jurídico político que tiene características específicas como teoría, como ideología y como método.

La Constitución es redactada entre el 30 de noviembre del 2007 y el 24 de julio del 2008 por la Asamblea Nacional Constituyente, y presentada por este organismo el 25 de julio. Su aprobación se concreta mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008 y entra en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 449, del 20 de octubre del 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 socialización 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. Su carácter de Ley suprema se sustenta en el 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, del Estado con sus asociados, y del Estado con otros estados.

La Constitución del 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,⁵⁰⁷ 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 está la Corte Constitucional.

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

⁵⁰⁷ 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 I Capítulo el acápite relacionado a la justificación de los tres poderes del Estado de derecho, en su fase originaria).

orden binario que establecía una parte dogmática y otra orgánica o de estructuración del Estado.⁵⁰⁸

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 o colectivo. Por su parte las nociones *sumak kawsay* (buen vivir) no sustituyen 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;⁵⁰⁹ 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 del constitucionalismo y positivismo jurídico modernos.

Este nuevo Estatuto constitucional prescribe como base de la gestión pública y privada los derechos económicos, sociales y culturales, que son derechos constitucionales y también derechos humanos fundamentales⁵¹⁰ en el sentido del Art. 11, numeral 6 de la

⁵⁰⁸ Ver, Ramiro Ávila, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-38; Ramón Eduardo Burneo, *Derecho constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, pp. 8-24; Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 28; Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2010, pp. 120-128.

⁵⁰⁹ 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 originarios indígenas, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.

⁵¹⁰ En el Capítulo III se abordó el tema sobre los derechos fundamentales y se enfatizar que son derechos constitucionales considerados esenciales en el sistema político, y están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, dentro del ordenamiento jurídico tienen un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela).

CRE. De tal 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 exalta la lucha social de liberación frente a todas las formas de dominación y de colonialismo.⁵¹¹ Debido al enfoque neoconstitucional, la Carta Fundamental es rígida, normativa y garantista⁵¹² y determina que el Estado es el responsable y ejecutor de los derechos y las garantías individuales y colectivas.⁵¹³ Desarticula el modelo de Estado de derecho erigido sobre la base del positivismo jurídico, la ley deja de ser la máxima expresión de la voluntad y poder social y el Estado ya no tiene el monopolio de la producción normativa.

La Constitución del 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

⁵¹¹ Preámbulo de la Constitución ecuatoriana del 2008.

⁵¹² Sobre la Constitución y el neoconstitucionalismo ver: Luigi Ferrajoli, *Principia iuris; teoría de la democracia y teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011; 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; Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica – UNAM, 2006; De Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010; Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010; Elías Díaz, *De la institución a la Constitución*, Madrid, Trotta, 2009.

⁵¹³ 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. 2011, 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.”

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 la plurinacionalidad.

El comunitarismo constitucional guarda 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, 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 ésta forma la Constitución propicia la consolidación del nuevo modelo político de Estado y del desarrollo sustentable, 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 poder⁵¹⁴ y la subsunción del Estado en lo colectivo.

2.1 ¿Inconsistencia teórica de la Constitución?

Desde el Positivismo jurídico se ha generado un amplio debate argumentando la inconsistencia teórica del neoconstitucionalismo,⁵¹⁵ y de allí se proyecta la inconsistencia teórica de la Constitución ecuatoriana del 2008. Por otra parte se exalta el valor político del

⁵¹⁴ En el propósito de enfatizar respecto al contenido esencial del poder, se retoma el análisis de Quijano, cuando reitera 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 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 eso 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. Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, en Utopías, nuestra bandera, revista de debate político, No. 188, Universidad de la Rioja, 2001. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?>

⁵¹⁵ Ver: Juan, García Amado, "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", Universidad de León. Este trabajo se inserta dentro del proyecto de investigación titulado: *Teoría del derecho y proceso. Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial*, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España, en <http://garciamado.blogspot.com>; Josep Aguiló Regla, "Sobre las contradicciones (tensiones) del neoconstitucionalismo y las concepciones de la Constitución", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010b.

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”.⁵¹⁶

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 que 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 teórica constitucional, las normas contenidas en la Constitución escrita⁵¹⁷ 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 mismo, en esta perspectiva es evidente la supremacía jerárquica de la Constitución. Conforme lo enuncia de Otto:

⁵¹⁶ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 12.

⁵¹⁷ 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.

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 sólo 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.⁵¹⁸

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 es 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.⁵¹⁹

⁵¹⁸ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2007, pp. 14-15.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 21: "El concepto de positividad no implica sólo 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 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, 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 postrevolucionario 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', etc."

Sobre el asunto, Gutiérrez plantea que: **a)** 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,⁵²⁰ marcando la 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 frene a ella se consolida, de modo defensivo, la supremacía conceptual del Estado, `Ya no se trata en delante 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”⁵²¹

Se puede evidenciar otras diferencias, no obstante 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.⁵²² Bernal Pulido⁵²³ propone un análisis respeto al debate positivista y neoconstitucionalista en el que tiene relevancia el análisis de la norma Constitucional;

⁵²⁰ Ignacio Gutiérrez, “Introducción”, en Erhard Denninger y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, p. 10.

⁵²¹ Denninger, Erhard y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, p. 11.

⁵²² Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 175.

⁵²³ Carlos, Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 11-28.

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 jurídico), se configura uno innovado que se denomina “principio de estricta legalidad” y a éste conforme al nuevo paradigma constitucional, varios autores lo llaman el “principio de constitutucionalidad” o “principio de juridicidad”, que resulta ser la positivación no sólo del “ser” sino también del “deber ser” del Derecho, y que se manifiesta en el “principio de estricta legalidad.”⁵²⁴ 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 sólo de las formas políticamente representativas de las decisiones legislativas, sino igualmente a lo que resulta *indecidible* por éstas, 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 sólo 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.⁵²⁵

El proceso anteriormente referido ha sido posible en el marco de lo que se conoce como nuevo paradigma jurídico o neoconstitucionalismo;⁵²⁶ tema que es desarrollado con

⁵²⁴ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: 1. Teoría del Derecho, 2. Teoría del derecho y de la democracia, 3. La sintaxis del derecho*, Madrid, Trotta, 2011, p. 803.

⁵²⁵ *Ibíd.*, p. 803.

⁵²⁶ 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:

amplitud en el Capítulo I de esta investigación y que ahora se lo retoma a fin de abundar sobre el aspecto teórico-jurídico de la Constitución ecuatoriana.

Al neoconstitucionalismo en un sentido conceptual abierto se lo ubica como: teoría, como ideología y como método; y el análisis crítico predominante que se le hace proviene del positivismo jurídico. García Amado, por ejemplo, argumenta que el neoconstitucionalismo es una doctrina de caracteres difusos, desarrollada por diversos autores que le asignan sus propias especificidades y que ello constituye una dificultad para decantar los elementos comunes de esta nueva doctrina, o teoría que no ha encontrado aún plasmación completa y coherente en una obra central de referencia, en este sentido sus caracteres esenciales serían contruidos más como descripción del común denominador de una tendencia genérica presente y dominante en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy.^{527 528}

Reiterando que sobre el tema se trató en el Capítulo I de esta investigación al referir el neoconstitucionalismo como el nuevo paradigma jurídico político, en sus dimensiones teoría, ideológica y metodológica; únicamente corresponde tomar en cuenta tales postulados para evidenciar las consistencia teórica de la Constitución con respecto a la tendencia positivista, a la neoconstitucionalista, o para establecer los puntos de encuentro y discrepancia en el contenido esencial del máximo Estatuto del país. Para el efecto se puede

Luis prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; Maurizio Fioravanti, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007.

⁵²⁷ 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, pp. 1-2. en <http://garciamado.blogspot.com>. Visitado el (17/07/2012).

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 1: "...el grado de indefinición teórica del neoconstitucionalismo y del designio preferentemente político de sus cultivadores, admítaselo o no, asecha siempre 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 en la actualidad."

recurrir a L. Ferrajoli (2011, 2010); S. Pozzolo, 2010; E. Denninger y D. Grimm (2007); M. Fioravanti (2007); N. Bobbio, 2007; E. Díaz (2009); P. Salazar Ugarte (2006); R. Ávila (2008); D. Grimm (2006); C. Bernal Pulido (2008); J. García Amado (2010); J. Aguiló (1989); L. Prieto Sanchís (1997).⁵²⁹

La Constitución ecuatoriana reúne los requisitos básicos teóricos y metodológicos para estar ubicada en el marco neoconstitucional. La Constitución es formal y material, la formal en el constitucionalismo no sólo “crea” cosas, sino que también “reconoce” cosas; o lo que es lo mismo, además de una dimensión constitutiva tiene una dimensión valorativa.

En base a la dimensión constitutiva crea órganos y procedimientos jurídicos y por la dimensión valorativa reconoce estados de cosas que merecen ser jurídicamente protegidos, promocionados, garantizados, tales como la “soberanía popular”, la libertad, la igualdad, la dignidad y seguridad de las personas, el pluralismo político, la diversidad cultural, la educación, la salud pública, el *sumak kawsay*, la interculturalidad y la plurinacionalidad, entre otros. Estas no son cosas creadas o constituidas como valiosas por la Constitución,

⁵²⁹ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. 1. Teoría del derecho, 2. Teoría de la democracia, 3. La sintaxis del derecho*, Madrid, Trotta, 2011; Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, en Miguel Carbonell, edit., Madrid, Trotta, 2010; Susana Pozzolo, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El Canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010; Erhard Denninger y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007; Maurizio Fioravanti, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007; Elías Díaz, *De la Institución a la Constitución*, Madrid, Trotta, 2009; Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica – UNAM, 2006; Ávila, Ramiro, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006; Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008; Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2007; Josep Aguiló, *La Constitución del Estado Constitucional*, Colombia, Temis, en www.palestraeditores.com. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, ISSN 0214-8676, N° 24, 2001, págs. 429-458; Juan García Amado, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, España, Universidad de León, 2007, en: <http://www.google.com.ec/url?>; Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

sino reconocidas como tales por ella. La Constitución reconoce valores y fines que dotan de sentido a las formas de acción política (órganos y procedimientos) creadas por ella misma. Y la aceptación de esta distinción supone que los valores y los fines nunca son reducibles a formas de acción política creadas por la propia Carta fundamental.

La Constitución ecuatoriana del 2008 se inscribe en un marco teórico jurídico positivista y 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 pluricultural y plurinacional. La Constitución redefine el rol de Estado y de lo público en función de la justicia cultural y de la justicia distributiva, esto es lo que justifica el rumbo de la gestión del Estado en el marco de una dinámica política experimental, de una gobernanza jerárquica, y que en fondo debería propiciar la subsunción del Estado en lo colectivo.

Por otra parte la Constitución exalta la pluralidad jurídico- política y reconoce un estatus especial a los sujetos colectivos, como sujetos de derechos. Y no es por falencia de la Constitución vigente que no se produzca el ensamblaje de la gestión gubernamental con los objetivos del Estado plurinacional y de los pueblos.

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 elites que los convirtieron en empresas electorales expeditas para dar paso a regímenes oligárquicos o dictatoriales. En este sentido, oligarquía

y partidocracia serán las dos caras de la misma moneda, con la que los sectores sociales mayoritarios pagaron el precio de su trágica exclusión del orden sociopolítico.^{530 531}

Lo cierto es que por falta de decisión política fueron quedando en el camino los postulados de la dignidad de la persona humana, del bien común y perfectibilidad de la sociedad civil; el *sumak kawsay* y los derechos de la naturaleza son conquistas posteriores entendidas como sustrato de una sociedad justa, de un ordenamiento jurídico-político democrático donde la población pueda disfrutar de los beneficios del orden social y natural, producto de su capacidad para intervenir en la realidad y transformarla.

Con la vigencia de la nueva Constitución y advenimiento del Estado constitucional de derechos, el *ancien régime* partidocrático y las elites 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 elite en el ejercicio gubernamental los utiliza, para a través de ellos descalificar a toda la oposición.

La tendencia política conservadora argumenta que la Constitución del 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 del 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

⁵³⁰ Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998 – 2000)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

⁵³¹ *Ibíd.* p. 39. “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.”

la nomenclatura jurídica moderna. La tesis jurídica del 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;⁵³² y en el campo social con una “inflación normativa” adversa para fomentar el desarrollo.⁵³³

Pero resulta que la Constitución es garantista de los derechos fundamentales, prescribe el carácter progresivo de los mismos y los ubica en la esfera de lo no decidible en caso de reforma constitucional.

Otro argumento de la tendencia conservadora es que la Constitución del 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.⁵³⁴

Este razonamiento connota la posición ideológica de la tendencia política que asume el paradigma constitucional desde el 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 socio-económica regional, como respuesta a las *menesterosidades* del

⁵³² Ramón Burneo, *Derecho Constitucional*, Quito, CEP, 2010, pp. 28-29.

⁵³³ *Ibíd.*, pp. 26-27.

⁵³⁴ Luis Fernando Torres, edit., “¿Cómo cambió el Ecuador entre el 2007 y el 2009?”, en *Debate constitucional-monografías*, Quito, Fundación Hanns Seidel, Corporación Autogobierno y Democracia, 2010. p. 25.

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 lo 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 seis años de vigencia de la Constitución ecuatoriana, al interior del propio régimen se empieza a debatir respecto a que ésta adolece de vacíos y contradicciones que obstruyen la superación del Estado de derecho y del modelo socio-económico-político capitalista.⁵³⁵ En consecuencia, no es descartable una eventual reforma constitucional, tal cual anunció públicamente el Presidente Rafael Correa, el 20 de febrero del 2013.

3. Derechos al territorio y autodeterminación en la Constitución ecuatoriana del 2008

El reconocimiento y constitucionalización de estos derechos eran una exigencia histórica, al momento en que los pueblos indígenas constituían el sujeto social más banal del desarrollo de un país que como Gangotena Guarderas ilustra: desde los años 90:

(...) 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

⁵³⁵ 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.

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.⁵³⁶

Es bien cierto que los pueblos indígenas no participan en las transacciones inmorales de las elites, pero son víctima directa del descalabro ético y económico-político provocado por aquellas. Y desde esa condición el movimiento indígena se yergue como el legítimo interpelante del poder y del Estado, lucha por el cambio del modelo de desarrollo, por la transformación de las relaciones de poder y la redefinición del Estado, sin mayores resultados. El país continúa en inestabilidad política e inseguridad jurídica y el debilitamiento institucional e ineficiencia administrativa son cada vez más evidentes. En tales condiciones no se vislumbrar una alternativa real y tanto el poder como la gestión pública continuaba en manos de la misma clase política degradada.

En el 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 el 2008 y Ecuador asume un nuevo Estatuto político, cuyo contenido es el siguiente.

Gráfico: 9 Estructura y temática de la Constitución del 2008

Preámbulo: 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.⁵³⁷ Aquí ya es evidente la relevancia jurídica de los “derechos territoriales indígenas”.

⁵³⁶ 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. *Ibíd.* p. 27.

⁵³⁷ Ricardo Guastini, *op. cit.*, 2010, p. 96.

El Título I, elementos constitutivos de Estado: está integrado por dos Capítulos que tratan sobre los principios fundamentales y los deberes primordiales del Estado, y determina quienes son ciudadanas y ciudadanos.

El Título II, Derechos: 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 (Arts. 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.

El Título III, Garantías Constitucionales: conformado por tres Capítulos sobre las garantías normativas; las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; y las granarías jurisdiccionales.

El Título IV, Participación y organización del poder: 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 resistencia⁵³⁸ y al de acción ciudadana respectivamente.

El título V: Organización Territorial del Estado

Título VI: Régimen de desarrollo

Título VII: Régimen del Buen Vivir

Título VIII: Relaciones Internacionales

Título IX: Supremacía de la Constitución

Fuente, Constitución ecuatoriana de 2018

La Carta fundamental utiliza la denominación "derechos" para referirse a todos aquellos que constan en los Arts. 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" permiten con su aplicación, que los primeros sean efectivos. Conforme al Art. 11 numeral 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

⁵³⁸ 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.

amplio que el de los “derechos fundamentales”,⁵³⁹ nombre con el cual se designa a los derechos humanos básicos en la doctrina e instrumentos jurídicos internacionales relativos a aquellos.

El Estado Constitucional, plurinacional ecuatoriano, asume los derechos como la materialización concreta de la "dignidad de las personas y las colectividades"⁵⁴⁰ y les otorga la máxima protección jurídica de que dispone. Conforme a esta Norma constitucional garantista, normativa y rígida todos son derechos subjetivos dotados de fuerza normativa. Finalmente, es indispensable recalcar que los “derechos constitucionales” responden a una pluralidad de sentidos que hace posible hablar de un triple carácter que los define.

1ro.) *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.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. El Art. 11 numeral 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

⁵³⁹ Ver: Luis Fernando Torres, edit., *Debate Constitucional: monografías*, Quito, Cevallos-Editorial Jurídica, 2010, p. 237.

⁵⁴⁰ 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.

judicial, de oficio o a petición de parte.” Pero es fundamental enfatizar que los derechos serán plenamente justiciables, tal cual lo prevé el inciso 3ro. del mencionado Art. 11.

2do.) *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 artículo 11, numeral 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.

3ro.) *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 las relaciones entre particulares y especialmente entre los particulares y el propio Estado, considerando que éste dispone de poder represivo o capacidad de uso de la violencia legítima, para mantenerse e imponerse, conforme argumenta Max Weber (2004).

Es relevante enfatizar que todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía, es decir, 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 por esos o para negar su reconocimiento, conforme a la CRE, Art. 11, numeral 3, inciso 3.

Debido a la incidencia del nuevo paradigma jurídico-político o neoconstitucionalismo, los derechos están por sobre la soberanía del propio Estado y cualquier derecho de carácter patrimonial.⁵⁴¹ En consecuencia, los operadores jurídicos no

⁵⁴¹ El debate preconstitucional sobre este tema fue intenso: la tesis positivista argumentó 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. 2010, 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 *La Constitución ciudadana*, Quito, Taurus, 2009, p. 271.”

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...” Burneo, op. cit., 2010, p. 41.

pueden discriminar entre derechos políticos, derechos sociales, o derechos humanos.⁵⁴²

Más aún, el Art. 11, numeral 8 (segundo párrafo) prescribe: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”, y en el Art.11, numeral 9 se establece que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

3.1 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

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, ya desarrollado por autores como Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010 Luigi Ferrajoli, *Principia iuris; teoría de la democracia y teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011; 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; Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica – UNAM, 2006; Carlos De Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010; Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010; Elías Díaz, *De la institución a la Constitución*, Madrid, Trotta, 2009; Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

⁵⁴² Los principios y los derechos son normas jurídicas, en consecuencia de obligatorio cumplimiento. Sino no fueran tales, serían previsiones, que sólo 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. Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Barcelona, 2007, p. 18.

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, por ejemplo: 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; etc.

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 Arts. 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 sólo ámbitos institucionales sino también ámbitos económicos, donde todas las formas de acceso económico a la propiedad social sean ejercicios de “soberanía popular”.

Esto denota que 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 una sociedad como la ecuatoriana, profundamente desvertebrada. En Los derechos constitucionales se fusionan las tres generaciones de derechos: los civiles y políticos o de primera generación, los económicos, sociales y culturales, y los colectivos y ambientales, cuyos enunciados recogen incluso parámetros de importante clave cultural.

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”,⁵⁴³ 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.

⁵⁴³ Pedro, Cruz Villalón, y Javier Pardo Falcon, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXIII Número 97 Enero-Abril*, México, 2000.

La supremacía normativa de la Constitución, su cualidad de Constitución 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, derechos humanos y si es del caso, derechos fundamentales, o derechos constitucionales conforme a la Corte Constitucional, y Art. 88 de la CRE.

b) 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:

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 otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Corresponde además observar los Arts. 441, 442 y 443, concernientes a la reforma de la Constitución. Mediante estos procedimientos y en última instancia, sólo por vía de referéndum se puede enmendar y reformar la Carta Fundamental. 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 sólo 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.

c) 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, numeral 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.⁵⁴⁴

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, numerales 5 y 13, obligándolo a:

(Numeral. 5) “Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control.”

(Numeral. 13) “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.”

⁵⁴⁴ Cruz Villalón, Pedro y Javier Pardo Falcon, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXIII Número 97 Enero-Abril*, México, 2000.

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, numeral 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 de la Acción de Protección⁵⁴⁵ ante los operadores jurídicos (juez o jueza). La tutela jurisdiccional es la prevista para cualquier

⁵⁴⁵ La acción de protección es precisamente lo que propondrá que se reforme, según la declaración del Presidente Correa el 20 de febrero del 2013.

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):

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 acatos 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 es que tiene que considerarse el incumplimiento de los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación, y que 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 como tal en la jurisdicción nacional, luego en la jurisdicción provincial, posteriormente en la municipal, después en la jurisdicción parroquial y finalmente en la de jurisdicción territorial indígena que prácticamente está subsumida en todas las anteriores. Esta superposición de jurisdicciones no excluye al poder, y al contrario, a través de ellas el poder controla, vigila y castiga, 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 artículo 214 de la CRE establece la “Defensoría del Pueblo”, un directivo a semejanza o imagen del *ombudsman* de los países nórdicos europeos, con una responsabilidad directa para la tutela de los derechos constitucionales. 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.⁵⁴⁶

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

⁵⁴⁶ Cruz Villalón, Pedro y Javier Pardo Falcon, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXIII Número 97 Enero-Abril*, México, 2000.

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, habeas 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...”.

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.

3.2 Sujetos, titularidad y destinatarios de los derechos colectivos en la CRE 2008

El reconocimiento de los sujetos colectivos de derechos en América Latina, data desde la década de los años 80s, 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, tal cual lo prescribió 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 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.⁵⁴⁷

La Constitución del 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,⁵⁴⁸ y que en forma taxativa el Art. 10 determina: Titulares de derechos.- 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.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Llasag Fernández, Raúl, *Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora*, en: “Neconstitucionalismo y sociedad”, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 2.

⁵⁴⁸ Raúl Llasag Fernández, *Derechos colectivos y administración de justicia indígena*, Quito, UASB, en www.uasb.edu.ec/padh. Visitada el (19/07/2012).

⁵⁴⁹ 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 Arts. 72 y 73 tratan sobre el derecho a la restauración y las medidas de precaución y restauración de la naturaleza, respectivamente.

Las dos acotaciones, pueblos indígenas como sujetos de derechos fundamentales y la naturaleza como sujeto de derechos, expresan, por una parte la ruptura epistemológica del positivismo jurídico y por otra, la construcción jurídica epistemológica con base en nociones del derecho de usos y costumbres. 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 numeral 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.

No obstante, sujetos sociales como 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.⁵⁵⁰ En este sentido, los derechos al territorio y autodeterminación no pueden ser vistos como derechos en base a la discriminación positiva:

⁵⁵⁰ Los términos discriminación positiva y mayor vulnerabilidad connotan desigualdad respecto a todas las personas, y son cuestionados por los pueblos indígenas, por considerarlos peyorativos,

(...) 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 gozando 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.⁵⁵¹

Finalmente procede enfatizar que el reconocimiento de los derechos colectivos al territorio y autodeterminación y de la naturaleza como sujeto de derechos, fortalece la posición indígena respecto al enfoque holístico que demanda para la relación entre seres humanos y naturaleza, es decir, la gestión de los territorios y autodeterminación en términos socio-culturales garantiza la preservación de la naturaleza, por que tales relaciones no se rigen por principios mercantilistas o crematísticos que irremediablemente llevan a la degradación humana y físico-biótica.

3.3 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

⁵⁵¹ Raúl Llasag Fernández, *Derechos colectivos y administración de justicia indígena*, Quito, UASB, en www.uasb.edu.ec/padh. Visitada el (17/07/2012).

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 llegarse⁵⁵²

Para fijar el indispensable 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 al 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 es el asambleísta (o legislador), quien encuentra un límite⁵⁵³ insalvable a su libertad para configurar el contenido esencial de los derechos (especie de coto vedado), derechos que la

⁵⁵² Pedro Cruz Villalón, Pedro y Javier Pardo, "Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXIII Número 97*, Enero-Abril, México, 2000.

⁵⁵³ Ricardo Guastini, *La constitución como límite a la actividad legislativa*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, 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." Ricardo Guastini, *La constitución como límite a la actividad legislativa*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 241.

Constitución precisa en forma clara, porque ella misma es norma, es garantista, rígida y de origen plebiscitario.

Desde esta perspectiva, todos los operadores jurídicos son responsables de la garantía y tutela de los derechos, pero la Corte Constitucional⁵⁵⁴ es la última instancia de garantía y tutela de los derechos, tanto en línea de principio, como caso por caso.⁵⁵⁵ 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, numeral 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.⁵⁵⁶ En tales

⁵⁵⁴ La creación de la CC implica una modificación en el sistema de fuentes del derecho, debido a que a la jurisprudencia de la CC se le atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente de derecho, además se transforma en el equilibrio de poderes del Estado, en la medida en que la CC no es un legislador negativo conforme a la teoría Kelseniana, sino un órgano activo que coadyuva a los otros poderes en la creación de normas.

Algo importante es que la CC se convierte en la máxima instancia del poder jurisdiccional, a cuya jurisprudencia se sujetan todos los operadores jurídicos. Lo que cabe preguntar es, hasta qué punto esta jurisprudencia tiene fuerza de precedente (el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional es propio del *common law*), en qué condiciones las tendría, o por ejemplo: cuál es el lugar que se reserva a los precedentes constitucionales en el razonamiento judicial y qué papel se atribuye en la justificación jurídica a los argumentos que se derivan de la jurisprudencia de la CC. De todas formas procede reiterar que 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.” Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2008, p. 155.

⁵⁵⁵ Cruz Villalón, Pedro y Javier Pardo Falcon, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXIII Número 97 Enero-Abril*, México, 2000.

⁵⁵⁶ *Ibíd.*, 2000.

condiciones aparecen dos zonas en la estructura de los derechos: una zona resistente al legislador, y otra vinculante sólo para los restantes poderes públicos.⁵⁵⁷

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.

4. Los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación en la CRE de 2008

Derecho de los pueblos indígenas al territorio:

Los justificativos políticos y morales, además de históricos 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, corresponde examinar ciertos aspectos específicos de los artículos constitucionales pertinentes.

El derecho al territorio consta en la CRE, Título II, capítulo IV, Arts. 56 al 60 y en forma específica el Art. 57, prescribe que: Se reconoce y garantizará a las comunas,

⁵⁵⁷ 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 sólo 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. Apud Palomeque López, en Humberto Villasmil Prieto, *Estudios del derecho del trabajo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, P. 108, en: <http://books.google.com.ec/books?> Visitada el (22/07/2012).

comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos. Numerales 4, 5, 11 y 21:

Gráfico: 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 Art. 57 es clave porque está correlacionado al de autodeterminación y ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales.⁵⁵⁸

Derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación

En la parte teórica se determina que 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

⁵⁵⁸ En términos jurídicos, la correlación territorio – autodeterminación es extensiva a la posibilidad de conformar mancomunidades a través de las Circunscripciones territoriales indígenas, tal cual lo prevé el Art. 257 de la CRE, y el Código orgánico territorial para la autonomía y descentralización (COOTAD), promulgado en septiembre del 2010

y entender como una reivindicación de las autonomías.”⁵⁵⁹ Citando al (Iidh, 2003, 111) 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.”⁵⁶⁰

Como se puede apreciar, este derecho es inherente al derecho al territorio y el legislador (asambleísta) ecuatoriano así lo sume, por ello es que la CRE, Art. 57, numeral 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.”

Pero el término autodeterminación alcanza mayor consistencia en el contexto de la rememoración de los 500 años de la invasión y conquista violenta de Abya Yala, y la Declaración 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

⁵⁵⁹ Cletus, Gregor Barié, “El debate sobre las autonomías en la legislación internacional: experiencias prácticas”, en Rafael Sevilla y Juliana Ströbele-Gregor, edits., *Pueblos indígenas: derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad*, Madrid, Centro de Comunicación Científica para Iberoamérica, 2008, p. 41.

⁵⁶⁰ *Ibíd.*, p. 41

un derecho colectivo fundamental, justiciable.⁵⁶¹ El numeral 21, respecto a los pueblos en aislamiento, determina que:

(...) Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedado todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, precautelar la observancia de sus derechos. La violación de esos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. (...).

Un aspecto de fondo sobre los pueblos libres radica en que no pueden ser contactados por agentes externos a ellos, y el Estado se responsabiliza de su integridad y supervivencia en el estado que ellos deseen. Sin embargo, la violación de esos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. En este sentido se puede argumentar que la tipificación legal del etnocidio es sucedánea, considerando que la Constitución es norma de aplicación inmediata, y en el caso de requerir de estos cuerpos normativos, lo plausible sería fundamentar la causa con base en la Constitución, considerando su relevancia política y legal. La ley, en todo caso está implícita en el bloque de constitucionalidad.

⁵⁶¹ La autodeterminación política y cultural compatible con la soberanía estatal se instaló en el discurso de los pueblos indígenas del mundo, fue ratificada por organismos internacionales y prescrita en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, y 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 consolidar las economías nacionales frente a las reformas neoliberales, promoviendo programas que permitan afianzar la autodeterminación de los pueblos, incluyendo la seguridad alimentaria. De esta manera el movimiento se propuso rescatar y fortalecer las instituciones tradicionales para la autogestión de procesos de desarrollo indígena. En lo cultural para rescatar y mantener la espiritualidad indígena, promover el respeto y reconocimiento de los derechos colectivos y el conocimiento tradicional en todas sus manifestaciones.

Producto de las acciones emancipatorias indígenas, estos derechos constan en la Constitución ecuatoriana del 2008 y se enmarcan dentro de la noción Sumak Kawsay, cuyos fundamentos constituyen además de derechos, metas a seguir por parte del Estado en función de cumplir con la promesa contenida en el Preámbulo de la Constitución, 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...”

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 permite sobreponer al territorio indígena las condiciones autonómicas de otra jurisdicción político administrativa directamente sometida a la vigilancia y control del Estado, es decir, el Estado extiende las formas de poder que subyugan y atrofian la estructura socio-política culturalmente asumida como es el territorio ancestral, a través de la CTI, dando lugar a una forma de colonialidad que termina subsumiendo al territorio en la racionalidad jurídico-política occidental y sometiéndolo al dominio del poder estatal o entramado (burocrático) administrativo, y con ello el territorio y la autodeterminación asumen el carácter disminuido al que se hizo referencia.

De lo expuesto se puede deducir que el carácter disminuido de los derechos al territorio y autodeterminación tiene varias graves implicaciones, entre otras: la inaplicabilidad eficaz de los sistemas jurídicos y de justicia indígenas; la no consolidación del desarrollo con identidad, o desarrollo con enfoque socio-cultural que comprenda el fortalecimiento socio-organizativo de los pueblos, la armonía e interacción sostenida con la naturaleza en su entorno más próximo, una eficiente administración de los territorios y

recursos naturales, la generación y ejercicio de autoridad, respeto a los valores y derechos, la concreción de los DESC con base en un marco institucional y de gobernabilidad correspondiente a la cosmovisión indígena.

Sin autodeterminación se torna imposible la vigencia de los principios de equidad, integralidad, reciprocidad y solidaridad, y mucho menos el *sumak kawsay*; sin autodeterminación se perenniza la injusticia cultural y la injusticia distributiva.

4.1 Ejercicio de los derechos indígenas al territorio y autodeterminación

La constitucionalización de estos dos derechos indígenas son el resultado de una lucha que va más allá de lo étnico y es capaz de articular visiones utópicas de amplios segmentos de la población, de consolidar alianzas con otros sectores sociales no indígenas, a fin de avanzar en la construcción del Estado plurinacional y ejercicio pleno de la tutela judicial efectiva de los derechos colectivos en calidad de derechos humanos fundamentales.

Como ya se apuntó, los destinatarios de estos derechos son las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, y ellos son los titulares de los derechos garantizados en la Constitución e instrumentos internacionales; los ejercen frente al Estado y particulares excepcionalmente. El Estado ha sido considerado como el “enemigo natural” de los derechos humanos fundamentales y frente a todos los actores; porque él puede incumplir los derechos por omisión, como resultado de su propia acción, o por razones de índole político-estratégico, 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, se inicia con aquella y concluye con un fallo judicial. Si la sentencia no satisface las pretensiones del actor, este puede impulsar una demanda internacional y acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 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.

Los titulares de los derechos colectivos indígenas, y que son derechos humanos fundamentales, son los pueblos indígenas, con base en prescripciones constitucionales (Art. 57 y ss. de la CRE). El ejercicio de estos derechos es atributo exclusivo de los colectivos diferenciados a través de sus legítimos representantes o autoridades indígenas, y la reivindicación de estos derechos por su incumplimiento o violación no da lugar a trámite legal si la demanda es interpuesta a título individual.

La autoridad competente para abocar conocimiento de la 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, cabe señalar que la CRE, artículo 11, numeral 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, así como a las personas naturales o particulares a que cumplan con las aspiraciones de los destinatarios de los derechos, que son las personas y las colectividades, tal cual prescribe la CRE, artículo 3, numerales 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.

4.2 Limitaciones a los derechos indígenas al territorio y autodeterminación

La CRE del 2008 otorga a los pueblos indígenas el derecho al territorio, pero lo hace en el marco de ciertas adecuaciones que dejan intacta la estructura sociopolítica nacional. Por ejemplo, el artículo 57, numerales 9 y 10 establecen 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 involucra al uso, manejo y control de espacios territoriales, la conceptualización y los usos de la geografía -discursivos e instrumentales-, de hecho forman parte de las propuestas y visiones que desde el poder se han impuesto a

los grupos subalternos, y especialmente a los pueblos indígenas.⁵⁶² Es lo que se puede advertir en la forma y en el fondo de la Constitución del 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”; y por otro, conforme a la CRE, Art. 257, restringe el alcance de los mismos 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, si lo que se busca es 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 (...) la única posibilidad de convivencia dentro del Estado-nación ecuatoriano, es el reconocimiento pleno de estos derechos, basados en el principio de autodeterminación. Y los pueblos indígenas nunca han planteado o tratado de anular la estructura orgánica, político administrativa del Estado, sino de 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 los autogobiernos territoriales, tratando de que estos sean compatibles con la organización autonómica y descentralizada de los gobiernos

⁵⁶² Pablo Ortiz, T. “Dilemas y desafíos de la autonomía territorial indígena en Latinoamérica”, en Ortiz, P. y Chirif, A. *¿Podemos ser autónomos?. Pueblos indígenas Vs. Estado en Latinoamérica*, Quito, 2010, p. 76.

locales (municipios), y al mismo tiempo con el régimen unitario del Estado plurinacional⁵⁶³. Pero lo que sucede es 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 socio-político dominante del régimen político del Estado.

En tales condiciones no hay autodeterminación y tampoco descentralización del poder, no de aquel mediante el cual el Estado pretende hacer más efectivo el control gubernamental; y respecto a la descentralización, se trata de una autónoma 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. Esto también implica transformar las relaciones de los pueblos indígenas con los poderes económicos, religiosos y políticos institucionalizados o no, porque no tiene sentido construir un poder si tiene que ejecutarse en las mismas condiciones del poder que combaten.

En definitiva, las CTIs son una limitación para la autodeterminación indígena, porque sobre ellas recae el poder de dominación y de control del Estado, cuyo carácter neutral ya ha sido desmitificado.⁵⁶⁴

⁵⁶³ Carlos, Larrea (coord.). 2007, "Pueblos indígenas, desarrollo humano y discriminación en el Ecuador", UASB, Abya-Yala, Quito, en: Pablo Ortiz y Alberto Chirif, *¿Podemos ser autónomos?*, Quito, RRI, 2010. pp. 76 – 77.

⁵⁶⁴ Francisco López, B. *Autonomía y derechos indígenas en México*, México, Ediciones Coyoacán, 2005, p. 135.

5. Claves constitucionales importantes para hacer efectivos los derechos al territorio y 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 reflejar este principio. Pero la plurinacionalidad no sólo significa ese reconocimiento de la diversidad, su contenido de fondo es democratizar el Estado y desechar la institucionalidad construida desde la visión colonial, uninacional, vertical, discriminatoria y homogeneizadora.

El Estado plurinacional es un logro del movimiento indígena, es la alternativa al Estado liberal capitalista (uninacional). Plurinacionalidad e interculturalidad son términos concomitantes, y ello implica que toda institución estatal debe cambiar su política unicultural hacia una que promueva la interculturalidad.

El hecho de que actualmente conste la plurinacionalidad en el Artículo 1 del texto Constitucional no significa que el Estado ya sea plurinacional, porque existe una desconexión entre la enunciación de los derechos y el sistema político y económico. La plurinacionalidad como nuevo deber-ser del Estado debe reflejarse en la construcción del sistema político acogiendo la institucionalidad política de los pueblos y nacionalidades, separando al Estado del gobierno de turno, otorgando contenidos diferentes al sistema de representación de tal manera que puedan caber en su interior las formas democráticas de los pueblos y nacionalidades,⁵⁶⁵ para hacer prevalecer lo prescrito en el Art. 6 de la CRE:

⁵⁶⁵ Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador - CONAIE, *Los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos del Ecuador*, Quito, CONAIE, 2009, p. 94.

La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

Como se puede observar, el vínculo jurídico político con el Estado no es la ciudadanía, sino la nacionalidad. La nacionalidad pertenece a su propia nacionalidad o pueblo, pero los colectivos indígenas además tienen la nacionalidad ecuatoriana, por lo que tienen los mismos derechos que al resto de ecuatorianos, conforme a la CRE:

Art. 10 Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Art. 11, numeral 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

Los principios de aplicación: la Constitución del 2008 determina expresamente quienes son los sujetos de derechos: personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos. Antes no se reconocía la existencia la calidad jurídica de sujetos colectivos con derechos fundamentales. En consecuencia, corresponde velar por el cumplimiento y respeto de los derechos enunciados en la Constitución e instrumentos internacionales pertinentes como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, suscrita en el 2007, entre otros.

Sumak Kawsay - Buen Vivir: la Constitución del 2008 reconoce el derecho de vivir en un ambiente sano, libre de contaminación y con equilibrio ecológico para garantizar el buen vivir. Sin embargo, los pueblos indígenas para el ejercicio del sumak kawsay también

demandan el respeto de los derechos colectivos prescritos en instrumentos internacionales de derechos humanos (fundamentales).

Una preocupación radica en que el *sumak kawsay* aparece desconectado de la conformación del poder en el sistema político, de la estructura de la producción, de la distribución y el consumo. En tales condiciones, sólo sería un recurso de la retórica política que no satisface las expectativas de los pueblos al momento de definir y establecer las condiciones de la producción y la distribución. En este sentido, en lo atinente a la política económica del Estado se comprende que no hay una relación con el contenido esencial del *sumak kawsay*.

Consulta previa, libre e informada: la Constitución del 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.

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.

Del Art. 398 se desprende que será el Estado quien consulte, y no las empresas nacionales o transnacionales como lo hacían antes, pero agrega que la consulta, la participación y la valoración del criterio de la comunidad serán reguladas en base a una ley que diga cómo se

va a ejercer ese derecho. Está implícito que el Estado valorará los criterios de la comunidad de acuerdo a la Constitución, la ley e instrumentos internacionales suscritos por el Estado.

Este artículo señala que en caso de oposición de la comunidad consultada, quien resuelva el conflicto serán las entidades administrativas del Estado, es decir el gobierno decide en última instancia. De aquí se infiere que no hay un avance cualitativo del derecho a la consulta, sino sólo una mayor complejización semántica que debilita el principio. Lo de fondo es que se niega el derecho de las comunidades indígenas, al veto, es decir, la Constitución no reconoce el “consentimiento” previo, libre e informado, con derecho al veto, y ello implica un escollo para la autodeterminación.

Administración de justicia: la Constitución del 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. En este sentido, 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 en base al reconocimiento constitucional de la pluralidad jurídica y con la participación de los pueblos y nacionalidades.⁵⁶⁶

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

⁵⁶⁶ CONAIE, op. cit, 2009, pp. 94-104. Elaboración propia.

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.

Al margen de únicamente referir la complejidad de la justicia indígena, cabe relacionarla al tema de los derechos al territorio y autodeterminación, y desde esta perspectiva, el artículo mencionado no deja dudas respecto a cómo se concreta la administración de justicia en los territorios ancestrales y por las autoridades indígenas. 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.

5.1 La garantía de los “derechos territoriales” a nivel jurisdiccional

En la década de los años 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. En este sentido, la emergencia de los pueblos indígenas como un nuevo sujeto social y de

su organización como un actor político relevante, implica varios tipos de dinámicas interconectadas:

Gráfico: 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.

Estos procesos configuran 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, dando lugar a lo que se ha llamado “la juridización de lo indígena”, como producto de una lucha *emancipatoria* acompañada de movilizaciones y levantamientos iniciados en 1990 y 1992 en Bolivia y Ecuador respectivamente.

Por otra parte, organismos internacionales como la OIT, hacia 1989 ya habían adoptado el “Convenio (No. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.⁵⁶⁷ A estas alturas del proceso en las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas han tomado cuerpo frentes como la disputa por el ejercicio del poder (de la autoridad) en el campo electoral, y por el drástico impacto de las políticas económicas

⁵⁶⁷ El tema relacionado consta en el Capítulo. II, cuando se abordan los derechos colectivos al territorio y autodeterminación.

neoliberales a nivel local, nacional y regional. De todas formas, lo mayormente visible es la confrontación entre la normatividad formal (institucional) y los procedimientos comunitarios de control social, las dinámicas sociales y derecho de usos y costumbres, lo que implica la demanda de un nuevo orden jurídico y jurisdiccional y respuestas estatales.⁵⁶⁸ Tómese en cuenta que en la década de los años noventa:

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.⁵⁶⁹

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.

⁵⁶⁸ Diego Iturralde, “Entre la ley y la costumbre veinte años después: evaluar las normas y sistematizar las prácticas”, en Laura Giraudo, edit., *Derechos costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 60-61.

⁵⁶⁹ *Ibíd.*, p. 64,

De tal forma que los derechos de carácter sectorial pasan a constituir sólo un vector de la estrategia política plurinacional y se insertan en los denominados “derechos territoriales indígenas”, como tales no se agotan en el escenario local y además de trascender los niveles nacional y regional, son el instrumento idóneo para enfrentar la escalada neoliberal desde una perspectiva ideológico-política socio-cultural y antisistémica.

5.2 Los derechos colectivos indígenas: desafíos pendientes

Una forma de medir los avances y desafíos pendientes en materia de derechos colectivos indígenas, es a partir de un estudio que muestre estadísticamente y en términos porcentuales, por una parte: el desarrollo normativo, la aplicación del mismo en los diferentes ámbitos (penal, civil, administrativo), es decir, que evidencie los cambios en el nivel normativo, institucional y de políticas públicas relacionadas a los derechos y justicia indígena y en el marco de las demandas planteadas por el movimiento o los distintos pueblos. En este sentido, un primer esfuerzo constituyen los estudios realizados por Roldán (2005),⁵⁷⁰ 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; % de indicadores cualitativos

⁵⁷⁰ Roque Roldán, *Manual para la formación en derechos indígenas: territorios, recursos naturales y convenios internacionales*, Quito, COICA, INVENT, ABYA YALA, ALIANZA DEL CLIMA, 2004; Banco Interamericano de Desarrollo, *Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena*, Washington, D.C., BID, 2006; José Bengoa, *Relaciones y arreglos políticos y jurídicos ente los estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década*, Santiago de Chile, CEPAL, 2003; Martín Hopenhayn y Álvaro Bello, *Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, CEPAL, 2001.

cubiertos por la legislación nacional; y la legislación y jurisprudencia indígena en un % 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 (continúan como desafíos pendientes) 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 autonomías⁵⁷¹ y autodeterminación aún pendiente debido a que los cambios en el nivel normativo e institucional son lentos y dispersos,⁵⁷² y fundamentalmente por la falta de voluntad política para respaldar su concreción.

Siguiendo el análisis de Iturralde se presenta un resumen del reconocimiento constitucional de derechos indígenas por campo, ya desarrollado por el BID en el Banco de legislación indígena,⁵⁷³ y por requerimiento de la presente investigación únicamente se describe y registra los implementados a nivel de cada país. En el caso ecuatoriano, la legalización de la tenencia de la tierra, la demarcación y linderación de los territorios adjudicados es una tarea inconclusa, y lo mayormente grave sucede con los pueblos en

⁵⁷¹ Diego Iturralde, op. cit. 2008, p. 66.

⁵⁷² Rodolfo Stavenhagen, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (Sexto informe anual) Coc. ONU A/HRC/4/32.27 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 (...) <http://www.ohce hr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>. En Diego Iturralde, op. cit. 2008. p. 67.

⁵⁷³ BID, *Banco de datos de legislación indígena*, en <http://www.iadb.org/SDS/IND/ley/leyn/datamap.cfm>. Visitada el (13/07/12).

aislamiento voluntario y los de minorías poblacionales como los Siona, Secoya, y los clanes Tagaeri y Tarmenani de la nacionalidad Huaorani, que prácticamente por sí mismos están ausentes de la contienda política.⁵⁷⁴

Gráfico: 12 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: Diego Iturralde, op. cit., 2008. p. 68.

Gráfico: 13 Indicadores cualitativos cubiertos en la legislación de cada país latinoamericano (Elementos para el análisis)

Países	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
Bélice	5	0	0	0	0	1
Bolivia	55	81	100	61	86	74
Brasil	50	62	100	35	67	59

⁵⁷⁴ En el presente Capítulo está previsto desarrollar un estudio de caso respecto al territorio del pueblo huaorani y las complicaciones legales que genera la superposición de categorías físico-espaciales y administrativas que inciden sobre aquel.

Colombia	69	89	64	74	72	50
Costa Rica	37	64	74	74	29	75
Chile	46	58	64	48	39	56
Ecuador	46	74	64	74	81	68
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: Diego Iturralde, op. cit. 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 proclamación del Estado plurinacional, de la naturaleza como sujeto de derechos y del *sumak kawsay* como sustrato filosófico político de la conducta de todos los asociados, del propio Estado y demás actores privados o públicos; el Ecuador se sitúa en la vanguardia de las reivindicaciones y está claro que estos logros son producto de la lucha emancipatoria de los pueblos indígena y de la incidencia política en los cambios y transformaciones constitucionales.

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 marco normativo, institucional y de políticas públicas pertinentes.⁵⁷⁵ En esta complejidad se expresan las tensiones que genera la falta de resolución de conflictos, y difícilmente serán resueltas si los conflictos no son abordados desde formas indígenas propias no intrincadas por el régimen jurídico formal (jurisdicción nacional vs. Jurisdicción indígena).

Hasta mientras, la pugna de los dos ordenamientos (formal y consuetudinario) genera la violación de derechos humanos fundamentales y ello constituye un obstáculo para la consecución del *sumak kawsay* (buen vivir), y concomitantemente significa más demora e incumplimiento de los derechos al territorio y autodeterminación; todo esto contribuye a la agudización de la crisis de gobernanza jurisdiccional y gobernabilidad política del Estado. Es decir, la tensión Estado – pueblos indígenas se expresa como una dimensión política que no ha sido capaz de resolver la democracia formal, eminentemente electoral y *asimilacionista*.

5.3 Desafíos pendientes en el nivel externo

El propio 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 Derechos de los Pueblos Indígenas, expedida en el 2007, en igual forma el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, viene considerando propuestas de indicadores de cumplimiento de los

⁵⁷⁵ *Ibíd.*, 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, visitada el (25/02/2013).

derechos contenidos en dicho instrumento; el Consejo Permanente de la OEA y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 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 Convenio 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, todavía sólo a nivel de la Región Andina.

Si bien este sistema de observación es plausible, no satisface las expectativas de los pueblos indígenas y 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 respondido Rodolfo Stavenhagen y James Anaya, sobre los pueblos huaorani y quichwa de Sarayacu en los últimos cinco años, por ejemplo. 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 del 2012 sentenció a favor de la demanda hecha 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, a través 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.⁵⁷⁶

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 Naciones Unidas 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.⁵⁷⁷

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 pueblos 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.”⁵⁷⁸

Uno de los desafíos más controversiales es el que tiene relación al Derecho internacional, ya como disciplina, o como instrumento coadyuvante para lograr la

⁵⁷⁶ Diego Iturralde, op. cit. 2008, pp. 74

⁵⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 74-75.

⁵⁷⁸ *Ibíd.*, p. 75.

convivencia pacífica, la cooperación y solidaridad internacional. Porque desde el punto de vista jurídico 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, u otras que no tengan carácter formal pero que son claves para el ejercicio de los derechos, y el derecho de usos y costumbres de los propios pueblos indígenas.

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 éstos 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 al libre desarrollo y autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a su cosmovisión o enfoque socio-cultural.⁵⁷⁹

6. Transferencia de competencias para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales

Previo al desarrollo del tema específico, es necesario retrotraer en forma desagregada los elementos sociales, jurídico-políticos y económicos más importantes que dicen relación a los denominados “Derechos colectivos indígenas”, tratando de ubicarlos en el contexto histórico en el cual adquieren relevancia política a través del proceso de emancipación y

⁵⁷⁹ 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*, <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/>, P. 24. Visitada el (25/02/2013).

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

de las acciones colectivas de los sujetos culturales en su nuevo rol de actores políticos, que les ha servido para ser los legítimos interpelantes del poder y del Estado, y para enfrentar la injusticia cultural y la injusticia distributiva impuesta desde antiguo por las elites económicas y políticas.

Los elementos aludidos son enunciados de uso frecuente que muestran las condiciones socio-jurídico-políticas y económicas anteriores, para correlacionarlas con las actuales y ver como se proyectan en el futuro si se toman en cuenta tres dominios: la voluntad política para impulsar los cambios; el marco normativo, institucional y de políticas públicas; y la implementación de los derechos. Respecto a las áreas temáticas prioritarias que tratan los “derechos colectivos indígenas”, únicamente se referirán las que tienen relación a la identidad, el territorio y la autodeterminación (o autonomía y libre determinación):

Gráfico: 14 Desafíos pendientes respecto a la identidad, territorio, autodeterminación y derechos económicos (desde el enfoque de los derechos territoriales indígenas)

1. Identidad
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.
2. Territorios
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.
3. (Autodeterminación) Autonomía y libre determinación
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.
4. Derechos económicos

- 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: Diego Iturralde, "Entre la ley y la costumbre veinte años después" en Laura Giraudo, edit. *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 82-84. Adaptación propia.

Además de estos campos mayormente visibles en los derechos colectivos indígenas, existen otros 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 generalmente aceptado en el ámbito de la contienda reivindicativa indígena de los últimos 25 años.

La magnitud de la demanda de estos pueblos es considerable y sólo expresa una parte de sus reales necesidades, no obstante, el contenido esencial de ésta se identifica con lo que la CONAIE ha venido planteando enérgicamente: la re-definición del Estado, la transformación de las relaciones de poder y el cambio del modelo de desarrollo. Sólo entonces la dimensión política nacional se ve reflejada en el proyecto histórico indígena, y la dimensión sectorial se subsume en aquel, como un componente más de la dinámica socio-política ecuatoriana y latinoamericana. Paradójicamente con este proceso el movimiento indígena alcanza suficiencia orgánica, suficiencia discursiva y suficiencia programática, pero declina temporalmente del proyecto histórico, ahora subordinado a las

reivindicaciones concretas que prácticamente arrebatara a los centros del poder local e internacional, opuestos a aquel proyecto.

Asumida la problemática indígena en su complejidad creciente, es plausible el análisis de la transferencia de competencias del sector público a la autoridad indígena, para el ejercicio de su poder en los territorios ancestrales y bajo su jurisdicción, conforme al derecho de usos y costumbres y sistema jurídico indígena. En el presente estudio este análisis se reduce a los aspectos relevantes de los derechos al territorio y autodeterminación, considerando las variables contenidas en los numerales 2 y 3 del cuadro anterior, pero que no pueden excluirse del enfoque holístico que demandan las otras variables.

En principio, estos derechos consagrados en la Constitución, prescritos en leyes ordinarias y asumidos en los convenios internacionales suscritos por los estados signatarios, no son eficaces (la eficacia entendida en términos de Bobbio)⁵⁸⁰ por falta de voluntad política para concretarlos y por el cálculo político de los actores hegemónicos que ejercen el poder, temerosos de que el ejercicio de tales derechos coadyuve al empoderamiento de los pueblos y signifique el debilitamiento de los poderes omnímodos. En este sentido, el ensamblaje jurídico-constitucional sólo tiene vigencia si existe voluntad política positiva de reconocer derechos, compromiso para cumplirlos y hacerlos cumplir.

Si la transferencia de competencias es legal, no puede no cumplirse, más aún si es constitucional, considerando que la propia Constitución es norma de aplicación inmediata.

⁵⁸⁰ Bernardo Bobbio, *Teoría General del derecho*, Bogotá, Temis, 2005, 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.”

Si 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 también son económicos, administrativos, tecnológicos y de desprendimiento de poder (como una unidad); si no hay transferencia de poder, no hay autodeterminación para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales.⁵⁸¹ En consecuencia el proceso para la transferencia de competencias implica cumplir con los arreglos institucionales en torno a un marco jurídico plural, de democracia sustancial, 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 ponen los poderes fácticos para la autodeterminación.

El otro obstáculo no resuelto es la confrontación entre la nueva normatividad que reclaman los pueblos originarios y las repuestas por parte del Estado, la sociedad civil y los organismo internacionales. En este sentido, conforme lo sugiere Trujillo,⁵⁸² es indispensable romper exclusas de conciencia y jurídicas 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

⁵⁸¹ Si no se concreta la autodeterminación, el Estado constitucional de derechos no puede garantizar la promoción de los derechos humanos fundamentales ni dar prioridad a la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, con inclusión del derecho al desarrollo, además de los derechos civiles y políticos.

⁵⁸² Julio César Trujillo Vásquez, “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, 2008, p. 267.

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 los diversos ordenamientos (propio, estatal y el internacional). Desde el punto de vista del pluralismo:

la vigencia efectiva, dentro del territorio del Ecuador, de varios sistemas 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, et.⁵⁸³

Bajo esta perspectiva la transferencia de competencias para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales implica, reconocer el ordenamiento que rige en el territorio ancestral y cuyas consecuencias no pueden no ser admitidas por ningún otro, entonces: ¿Aquel tiene que migrar hacia categorías conceptuales y jurídicas establecidas por la racionalidad jurídica estatal? o ¿El sistema jurídico formal excluye de su normativa lo que no puede regir en el territorio ancestral? Cualquiera sea la vía que se siga, lo cierto es que las nacionalidades y pueblos tienen principios ético-jurídicos que sustentan su conducta social y sus reglas de convivencia, y la autodeterminación expresa el contenido esencial de esos principios.

Siguiendo a Trujillo, un tercer elemento controversial en torno a la autodeterminación radica en el control y manejo de los recursos naturales y en particular

⁵⁸³ *Ibíd.*, pp. 267-268.

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.⁵⁸⁴

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.⁵⁸⁵

En efecto, el Estado ecuatoriano vive una especie de esquizofrenia que condiciona su conducta política: 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 a nombre de aquel y más aún, cuando el Estado constitucional de derechos ha reconocido a la naturaleza como sujeto de derechos, CRE, Art. 10, numeral 2; y en los Arts. 71, 72 y 73 prescribe los derechos de la naturaleza, el derecho a la restauración y las medidas de precaución y restricción, respectivamente.

De tal forma que en esas condiciones se complejiza la viabilidad de la autodeterminación, dado que aparece como dispositivo de resistencia a la explotación de recursos naturales y por ende a objetivos económicos del Estado. Esta dificultad es

⁵⁸⁴ *Ibíd.* p. 269.

⁵⁸⁵ *Ibíd.* p. 269.

mayormente visible a nivel de los pueblos indígenas que viven en la Región amazónica, en cuyo subsuelo es donde existen hidrocarburos y minerales explotables a gran escala. Específicamente, la existencia de derechos colectivos indígenas constitucionalizados o establecidos en instrumentos internacionales, no pueden contra la voluntad política pública sometida a la racionalidad económico-extractivista, ni contra el paroxismo de un poder que no está interesado en superar la injusticia cultural, ni la injusticia distributiva.

En este caso, lo jurídico está supeditado al orden político y la autodeterminación indígena está condicionada por la disputa de poder, en última instancia corresponde hacer prevalecer los derechos constitucionales al territorio y autodeterminación ante los organismos judiciales de máxima jerarquía: la Corte constitucional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Un elemento clave para no desistir de procesos de esta naturaleza, es que a través de ellos el movimiento indígena profundiza su rol de legítimo interpelante del poder y del Estado.

Conclusiones

1. El capitalismo es la 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”.⁵⁸⁶ Este sistema ha establecido formas de dominio territorial como el fraccionamiento espacial de los procesos productivos, para satisfacer las demandas del

⁵⁸⁶ Gustavo Montañez, “Razón y pasión del espacio y el territorio”, en *Espacios y territorios: razón, pasión a imaginarios*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Unilibros, 2001, p. 24.

mercado y comercio internacional, aniquilando la dimensión territorial comunitaria de subsistencia, poniendo en riesgo la seguridad alimentaria, la seguridad energética y perennizando la injusticia cultural y la injusticia distributiva. Aquí radica una justificación por la cual los pueblos indígenas arremeten contra la (i)racionalidad económico-política capitalista.

2. Las acciones emancipadoras indígenas se desarrollan en torno a un proceso de etnogénesis, o construcción etno-identitaria, y la constitucionalización de los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación (en clave socio-cultural) es parte de ese proceso e implica desarrollar un marco normativo, institucional y de políticas públicas que los haga posibles. En esta perspectiva, cuando cambia la naturaleza de la ley, también cambia la naturaleza de la democracia y de la política;⁵⁸⁷ lo que en la estrategia indígena implica que aquella asuma los saberes de la “otredad” para contrarrestar la (i)racionalidad del poder y del positivismo jurídico, opuestos a la relación del Derecho y la moral.

3. Los derechos colectivos indígenas están asistidos de un contenido moral y son vectores de importantes transformaciones político-sociales y jurídicas que han provocado la conformación del Estado constitucional de derechos, plurinacional, y el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos fundamentales.⁵⁸⁸ este

⁵⁸⁷ Luigi Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 100.

⁵⁸⁸ Raúl Llasag Fernández, *Derechos colectivos y administración de justicia indígena*, Quito, UASB, p. 2, en www.uasb.edu.ec/padh; Visitada el (19/07/2012): sustenta en qué consiste la vigencia de los derechos humanos colectivos (dentro de los cuales están los “derechos territoriales indígenas”) y enfatiza que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, implica el reconocimiento de un nuevo sujeto de derechos, y son “los pueblos indígenas”. “El reconocimiento como sujetos de derechos a los pueblos indígenas o nacionalidades, implica que éstos 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 los demás, como son: 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

reconocimiento es producto de una decisión colectiva 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 (asambleísta).

4. El movimiento indígena ecuatoriano se ha constituido en el interpelante legítimo del poder y del Estado. Tiene aval político y moral para revertir la exclusión de la que han sido objeto los pueblos originarios, lo que significa el debilitamiento del carácter epistémico de la democracia electoral cuestionada, y rescate de la participación colectiva como valor epistémico de la democracia sustancial que respalda.⁵⁸⁹ Este hecho torna evidente la vigencia del “constitucionalismo comunitario indígena” en la forja del Estado constitucional de derechos, plurinacional; no sólo por los procedimientos de deliberación participativos para decidir los contenidos de los derechos humanos fundamentales, sino por la impregnación constitucional de elementos materiales como el *sumak kawsay* y *allin kawsay*, y de elementos artificiales o jurídicos en el caso del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.⁵⁹⁰

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 n organismos del Estado; al reconocimiento 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.”

⁵⁸⁹ El filósofo jurídico Carlos Nino a finales del siglo anterior argumentaba que: La democracia constitucional es la fuente última de legitimidad de la Constitución normativa, garantista y rígida y, por lo tanto, la discusión entre los sujetos es el mejor medio para acceder a la verdad moral.” Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

⁵⁹⁰ Téngase en cuenta que desde la racionalidad del positivismo jurídico en el Estado de derecho, únicamente quienes tienen capacidad moral para obligarse a hacer o no hacer algo, son sujetos de derecho. Y la naturaleza no la tiene desde esta perspectiva. Pero desde la cosmovisión indígena la situación es diferente y tal es su incidencia en la formulación del la Constitución ecuatoriana del 2008, que la naturaleza termina siendo sujeto de derechos.

La determinación constitucional del Estado plurinacional y el reconocimiento de la Naturaleza y de los pueblos como sujetos de derechos, son producto de una hibridación epistemológica jurídico-política neoconstitucional con el nuevo constitucionalismo social latinoamericano. En este sentido, la plurinacionalidad se fortalece y conlleva la transferencia por parte del Estado, de las competencias políticas, administrativas y económicas a los pueblos, para el ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales.

Sin embargo, el Estado tiene subterfugios jurídico-políticos para hacer prevalecer su “soberanía territorial”, su “interés nacional” y su “razón de Estado” frente al ejercicio del poder indígena en los territorios ancestrales. Nada escapa al control del poder estatal ni al carácter coercitivo de su normativa. El Estado protege “todo lo que es de todos” mediante la aplicación legítima de la fuerza, conforme lo refiere Weber. En consecuencia, para el Estado de derecho la reivindicación territorial de los pueblos originarios configura una conducta atentatoria a la soberanía e integridad territorial del Estado, y que han funcionado como soporte del sistema liberal capitalista, de la dominación territorial y fraccionamiento espacial de los procesos productivos para satisfacer las demandas del mercado y la acumulación.⁵⁹¹

Si se asume que en el Estado constitucional no hay ningún soberano (Benz, 2010:180) y concordando con Prieto Sanchís, si el Estado constitucional de derecho

⁵⁹¹ Desde el enfoque teórico de Foucault: 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. Michel Foucault, *Seguridad, territorio y población*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 85 y ss.

representa la mejor o más justa forma de organización política: “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.”⁵⁹²

5. El movimiento indígena ecuatoriano asume el bagaje jurídico-político del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, que ensamblado al Ordenamiento de usos y costumbres determina los derechos colectivos indígenas, ligando a las personas de carne y hueso a la esfera pública.

Estos 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; ⁵⁹³“puede afirmarse que el gasto en tales garantías es la inversión productiva más eficaz”.⁵⁹⁴ De aquí se deriva la tesis de que los titulares de los derechos humanos fundamentales, colectivos, son también titulares de la parte sustancial de la Constitución, es decir, de las normas constitucionales mediante las cuales se establecen esos derechos.

6. La condición de interpelante legítimo del poder y del Estado que ostenta el movimiento indígena ecuatoriano, es producto de haberse situado en el nivel más alto de la acción política como organización social combativa, con suficiencia discursiva, organizacional y programática. Sin embargo, dicha suficiencia tiende hacia un debilitamiento organizacional con síntomas de crisis, cuyas causas pueden deberse a un

⁵⁹² Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009a, pp. 102-103

⁵⁹³ Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes, la crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p. 108

⁵⁹⁴ *Ibíd.*, p. 108.

protagonismo político desgastante, y abandono de los objetivos originarios relacionados a las reivindicaciones étnicas.⁵⁹⁵ 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;”⁵⁹⁶ la ausencia de definiciones ideológicas y alianza con partidos políticos para el ejercicio burocrático incentiva la descomposición organizacional, la propia gestión administrativa de cuadros indígenas no ha podido satisfacer las demandas sociales de propios y extraños; “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.”⁵⁹⁷ Los desaciertos 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, el reconocimiento político al movimiento indígena ecuatoriano por parte de la sociedad en general no se ha deteriorado, y ello se debe a que su lucha reivindicatoria se identifica con los grandes objetivos plurinacionales: defensa del uso

⁵⁹⁵ Alberto Tuaza, *La crisis del movimiento indígena ecuatoriano*, Quito, FLACSO, 2011, pp. 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.” p. 332.

⁵⁹⁶ *Ibíd.*, p. 333.

⁵⁹⁷ *Ibíd.*, p. 334

social del agua, de la tierra, de los bosques y la biodiversidad, de la paz y la democracia, de la solidaridad internacional y los derechos humanos.

7. Los principales contenidos de la Constitución del 2008 fueron objeto de un debate teórico insuficiente; en principio, la propia Asamblea Constituyente no lo hizo desde un nivel de abstracción filosófica y político-jurídica neoconstitucional, del que hasta la propia academia interna había estado ausente. En segundo lugar, porque el gobierno estaba empeñado en disponer de una Constitución que registre las demandas sociales históricamente 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 con base en la filosofía política el carácter garantista, normativo y rígido de la Constitución.

8. Después de 6 años de vigencia de la Constitución no existe una adhesión fuerte hacia ella, y está en ciernes una estrategia tendiente a reformar su contenido esencial, argumentando la “excesiva carga valorativa y de derechos”, como obstáculo para la gobernabilidad y concreción del modelo político de Estado.

La sola duda respecto a que los derechos no se pueden cumplir debido a la densidad, alcance y contenido constitucional, fortalece la tesis liberal del *ancien régime* político en contra del nuevo constitucionalismo social y del neoconstitucionalismo, atribuyéndole a este paradigma jurídico-político inconsistencia teórica, ideológica y metodológica

La reforma constitucional anunciada por el Presidente Correa el de 20 de febrero del 2013 está dirigida a la Acción de protección, establecida en el Art. 88 del CRE, y el objetivo de fondo sería cambiar las condiciones de validez de las leyes, que ahora dependen no sólo 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. O 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 que en el nuevo paradigma adquiere además de la función descriptiva, una función crítica y prescriptiva en relación con su objeto.⁵⁹⁸ Y se apostaría a cambiar sobre todo la naturaleza misma de la democracia, 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 tradicional dimensión política, simplemente formal o procedimental",⁵⁹⁹ conforme argumenta Ferrajoli:

(...) 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

⁵⁹⁸ Luis Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trota, 2004, p. 100: “Crítica de las antinomias y lagunas de la legislación respecto a los imperativos constitucionales, prescriptiva en orden a las técnicas de garantía dirigidas a superarla.”

⁵⁹⁹ *Ibíd.*, p. 101.

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.⁶⁰⁰

De acuerdo a las condiciones políticas del Ecuador actual, cualquier reforma constitucional no será en función de radicalizar el nuevo paradigma jurídico-político, sino en función de debilitar las garantías de los derechos fundamentales, argumentando razones de carácter social o económico y hasta de riesgo de la gobernabilidad.

La Constitución del 2008 se encuentra en *indefensidad* extrema y el movimiento indígena como uno de los principales gestores de ella no ha expresado su defensa suficientemente. Dicha indefensidad pone en riesgo el Estado constitucional de derechos - plurinacional, el *sumak kawsay*, los derechos de la naturaleza, la soberanía alimentaria y energética, la propia autodeterminación y la subsunción del Estado en lo colectivo con enfoque sociocultural.

Siglas utilizadas

BID:	Banco Interamericano de Desarrollo
CAN:	Coordinadora Agraria Nacional
CC:	Corte Constitucional
CEDOC:	Confederación Ecuatoriana de Obreros Católicos
CREA:	Centro de Reconversión Económica del Austro
CEPAL:	Comisión Económica para América Latina
CEPC:	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CIDHa:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIDHb:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CADHc:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIESAS:	Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social
COICA:	Confederación Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica
CONAIE:	Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

⁶⁰⁰ *Ibíd.*, p. 101.

COOTAD:	Código orgánico de ordenamiento territorial, autonomía y descentralización
CRE:	Constitución de la República del Ecuador
CTIs:	Circunscripciones Territoriales Indígenas
CTE:	Centros de Trabajadores del Ecuador
DESC:	Derechos Económicos Sociales y Culturales
ECUARUNARI:	Ecuador Runakunapak Rikcharimuy
FAO;	Organización de Naciones Unidas para la Alimentación
FCE:	Fondo de Cultura Económica
FDPIAL:	Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina
FEINE:	Federación Ecuatoriana de Indígenas Evangélicos
FEI:	Federación Ecuatoriana de Indios
FENOC:	Federación Nacional de Organizaciones Campesinas
FETAL:	Federación de Trabajadores Agrícolas del Litoral
FOCIN:	Federación de Organizaciones Campesinas e Indígenas
FODERUMA:	Fondo de Desarrollo Rural Marginal
ONHAE:	Organización de la Nacionalidad Huaorani del Ecuador
ICCI:	Instituto Científico de Culturas Indígenas
IERAC:	Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización
ILV:	Instituto Lingüístico de Verano
INCRAE:	Instituto de Colonización de la Región Amazónica Ecuatoriana
INDA:	Instituto Nacional de Desarrollo Agrario
III:	Instituto Indigenista Interamericano
MAE:	Ministerio del Ambiente de Ecuador
MJDH:	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
NAWE:	Nacionalidad Waorani del Ecuador
OEA:	Organización de Estados Americanos
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
OMS:	Organización Mundial de la Salud
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
ONGs:	Organizaciones no Gubernamentales
OEA:	Organización de Estados Americanos
OPIP:	Organización de Pueblos Indígenas del Pastaza
PREDESUR:	Programa de desarrollo del sur
PIDCP:	Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC:	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PAN:	Plan Nacional de Desarrollo
PNY:	Parque Nacional Yasuní
RAE:	Región Amazónica Ecuatoriana
SENPLADES:	Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo
UNESCO:	Organización de Naciones Unidas para la Educación y la Cultura

Bibliografía

- Aceves López, Liza, “El desmantelamiento del Estado”, en Pilar Calveiro, coord., *El Estado y sus otros*, Buenos Aires, Araucaria, 2006.
- Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Colombia, Temis, en www.palestraeditores.com. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, ISSN 0214-8676, N° 24, 2001, págs. 429-458; Juan García Amado, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, España, Universidad de León, 2007, en: <http://www.google.com.ec/url?>;
- ____ “Sobre las contradicciones (tensiones) del neoconstitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- ____ “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en edit., Miguel Carbonell y Leonardo García, *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010b.
- Ährén, Mattías, “Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas”, en *El desafío de la Declaración: historias y futuro de la Declaración de la ONU sobre los derechos indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010.
- Albó, Xavier y Franz Barrios, *Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías*, Bolivia, PNUD, 2007.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ____ “Teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en Agustín José Méndez y Eric Oddvar Eriksen, edits. *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- Almeida, Eduardo, *Los derechos colectivos diferenciados. Una aproximación a su estudio desde el caso ecuatoriano*, Quito, IPGH, 2007.
- Almeida, Ileana, *El Estado plurinacional, valor histórico y liberad política para los indígenas ecuatorianos*, Quito, Abya - Yala, 2008.
- Aylwin, José et. al., *Las implicancias de la ratificación del Convenio No 169 de la OIT en Chile*, Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas 2a edición revisada y aumentada Junio de 2010 (02/05/2012 en www.observatorio.cl).
- Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, España, Trotta, 2005.
- ____ “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en *Desafío de la declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas*, Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, edit. Copenhague, IWGIA, 2010.
- ____ *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, España, Trotta, 2005.
- ____ *La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: Evolución y perspectivas*, en <http://www.infoandina.org/node/6669>, Visitada el (02/07/2012.)

- Ansuátegui Roig, Francisco, *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*, Universidad Carlos III de Madrid –Instituto Universitario Europeo de Florencia, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 1993, en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1473>. Visitada el (28-03-12).
- Arévalo, Luis, *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana de Puebla y Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2001.
- Assies, Wiliem, “Los pueblos indígenas y la reforma del Estado en América Latina”, este artículo es una versión resumida del libro, *El reto de la diversidad, pueblos indígenas y reformas del Estado en América Latina*, publicado por Wiliem Assies, Gema Van de Haar y André Kohema, Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., 1999.
- Ávila, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez, edit., Quito, Abya-Yala, 2011.
- _____. “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, UNAM, 2009.
- _____. edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ayala, Enrique, Ecuador: patria de todos. La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad, Quito, UASB, 2002.
- _____. “Estado nacional, soberanía y Estado plurinacional.”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992.
- Aylwin, José, et. al., *Las implicancias de la ratificación del Convenio No 169 de la OIT en Chile*, Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas 2a edición revisada y aumentada Junio de 2010 en www.observatorio.cl, Visitada el (02/05/2012).
- Bagú, Sergio y Días-Polanco, Héctor, *La identidad continental - Indigenismo y diversidad cultural*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2003.
- Badillo, Pablo O´ Farrell, *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo: reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía- Ediciones Akal, 2003.
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID), *Banco de datos de legislación indígena*, en <http://www.iadb.org/SDS/IND/ley/leyn/datamap.cfm>. Visitada el (13/07/12).
- _____. *Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena*, Washington, D.C., BID, 2006.
- 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 Editores, 2009.
- Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, España, Paidós, 2006.
- _____. “Teoría de la sociedad del riesgo”, en Joseto Verían, comp, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, Anthropos, 2007.
- Bello, Álvaro, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.

- Bengoa, José, *La emergencia indígena en América Latina*, México, FCE, 2006.
- _____*Relaciones y arreglos políticos y jurídicos ente los estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década*, Santiago de Chile, CEPAL, 2003
- Benz, Arthur, *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2010.
- Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- _____*El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Bercholz, Jorge, “La dinámica política y económica de la globalización”, en Bercholz, Jorge, et, al, *El Estado y la globalización*, Buenos Aires, EDIAR, 2008.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, FONTAMARA, 2007.
- _____*Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- _____*Teoría general del derecho*, Madrid, TEMIS, 2005.
- Bodin, Jean, *Los seis libros de la república*, p. 11, en <http://www.google.com.ec/#q=Jean+Bodin,+Los+seis+libros+>. Visitada (17/07/2012)
- Burguete Cal y Mayor, Araceli, *Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina*, Quito, FLACSO, 2010.
- Burneo, Ramón, *Derecho Constitucional*, Quito, CEP, 2010.
- Cairo Carou, Heriberto, *Territorialidad*, en Román Reyes, dir., *Diccionario crítico de ciencias sociales*, Madrid, Publicación electrónica de la Universidad Complutense de Madrid, en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/index.html>
- Campi, Alessandro *Nación: léxico de política*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2006.
- Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico teórica del estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 2006.
- Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2011.
- Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, LexisNexis /Abeledo-Perrot, 2003.
- Castillo, Luis Carlos, *Etnicidad y nación, el desafío de la diversidad en Colombia*, Cali, Editorial Universidad del Valle, 2007.
- Castro-Lucic, Milka, edit., *Los desafíos de la interculturalidad, identidad, política y derecho*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2004.
- CEPAL, *Los pueblos indígenas de Bolivia: diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2001*, Santiago de Chile, CEPAL, 2005.
- Clavero, Bartolomé, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994.
- _____*“Supremacismo cultural 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.

- Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”; en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- _____. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.
- _____. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del 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*, CONAIE, Quito, 2006, Nral. 23, en http://www.derechoambiental.org/Derecho/Vulnerabilidad/Informe_CONAIE_Situacion_Derechos_Indigenas_Ecuador.html. Visitada el (15/03/2012).
- _____. *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador*, Luis Maldonado (Coordinador), (equipo de investigación) Alicia Garcés, Lilyan Benítez Ariruma Kowii, Mario Conejo, Quito, Conaie, 1988, en <http://es.scribd.com/doc/8611608/CONAIE-Las-nacionalidades-indigenas-en-el-Ecuador>. Visitada el (15/03/2012).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (1969)
- Corporación de Estudios y Publicaciones, *Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Ambiental y Descentralización*, Quito, CEP, 2010.
- Corral, Fabián, ‘Las paradojas de la Constitución ecuatoriana de 2008’, en *La Constitución ciudadana*, Quito, Taurus, 2009
- Cruz Villalón, Pedro y Javier Pardo Falcon, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXIII Número 97 Enero-Abril*, México, 2000.
- Cruz Parcero, Juan, *Sobre el concepto de derechos colectivos*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas- UNAM, 1998.
- Cruz, Edwin, *Redefiniendo la nación: luchas indígenas y Estado plurinacional en Ecuador (1990 – 2008)*, citando a Laclau, 1996
- Cueva, Agustín. “Problemas y perspectivas de la teoría de la dependencia”, en Alejandro Moreano, selección de notas, *Agustín Cueva: pensamiento fundamental*. Quito: Campaña Nacional Eugenio Espejo, 2007a.
- Chenaut, Victoria, et. al., coord., *Justicia y diversidad en América Latina- Pueblos indígenas ante la globalización*, México, Publicaciones de la Casa Chata, FLACSO – CIESAS, 2011.
- De Cabo Martín, Carlos, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010.
- De Cabo Antonio y Gerardo Pisarello, edit. *Los fundamentos de los derechos fundamentales* Madrid, Trotta, 2001
- Denninger, Erhard y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007.
- De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2007

- De Sousa Santos, Boaventura, *Derecho y emancipación*, Quito, Corte Constitucional Ecuatoriana, 2011.
- _____*Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, La Paz, Plural Editores, 2010.
- _____*Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- _____"Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (coord.), *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala, 2009^a.
- _____*Reinventar la democracia Reinventar el Estado*, Buenos Aires, CLACSO, 2005.
- _____*Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, España, Desclée de Brouwer S. A., 2003.
- Del Olmo Gutiérrez, José María, *iii-reich: el experimento nacional-socialista alemán*, Madrid, ERIDE, 2010. <http://www.casadellibro.com/libro-iii-reich-el-experimento-nacional-socialista-aleman/9788415160090/1817259>. Visitada el (11/09/2012).
- Descartes, Renato, *Discurso del Método*, Buenos Aires, Losada, 1983.
- Díaz-Polanco, Héctor, *Elogio a la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, Fondo Editorial Casa de las Américas, La Habana, 2008.
- _____*El canon Snorri Diversidad cultural y tolerancia*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2004.
- _____*Indigenismo y diversidad cultural*, México, Universidad de la Ciudad de México, 2003.
- _____*Autonomía regional- la autodeterminación de los pueblos indios, México*, Siglo XXI, 1996.
- _____*Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI, 1991.
- Díaz. Elías, *De la Institución a la Constitución*, Madrid, Trotta, 2009.
- Dippel, Horst, *Constitucionalismo moderado. Introducción a una historia que necesita ser escrita*, en Centro de estudios políticos y constitucionales, red iris, área de Derecho constitucional, Universidad de Oviedo, Historia constitucional. Revista Electrónica (<http://hc.rediris.es>) N° 6, Septiembre 2005.
- _____*Constitucionalismo moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Dussel, Enrique, *Política de la liberación arquitectónica*, Madrid, Trotta, 2009
- _____"Europa, modernidad y eurocentrismo", en Edgardo Lander, comp., *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2005.
- _____*El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito, Abya-Yala, 1994.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002.
- Eagleton, Terry, *Ideología. Una introducción*, Barcelona, Paidós, 2005.
- Editorial Jurídica del Ecuador, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948);
_____*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), Quito, EJE, 2003.
- Echeverría, Julio *el desafío constitucional*, Quito, Abya-Yala – ILDIS, 2006

- Emiliozzi, Sergio y Gabriela, Flaster, *Introducción al concepto de poder en Michel Foucault*, Argentina, Eudeba, 2000.
- Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, Alianza Editorial, 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) REDSISTRIBUIR! Ecuador para todos*, Quito, SNPLADES, 1012.
- Etxeberria, Xabier, *Sociedades multiculturales*, Bilbao, Mensajero, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. 1. Teoría del derecho, 2. Teoría de la democracia, 3. La sintaxis del derecho*, Madrid, Trotta, 2011a.
- _____*Los poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- _____*Democracia y Garantismo*, en Miguel Carbonell, edit., Madrid, Trotta, 2010.
- _____*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Antonio de Cabo y Gerardo Pizarrello, edit. Madrid, Trotta, 2009.
- _____*La esfera de lo indecible y la división de poderes. Estudios constitucionales*, año/vol 6, número 001, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- _____*Epistemología jurídica y garantismo*, Madrid, Fontamara, 2006.
- _____*Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- _____*“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, Siglo XXI, 2003.
- _____*“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, Siglo XXI, 2002^a.
- _____*Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*, México, Isonomía, n° 16, 2002.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007.
- _____*Los derechos fundamentales, Apunte 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.
- Fontaine, Guillaume, *Discurso ético y praxis política. La institucionalización de la indianidad en Colombia y Ecuador*, en: “Indiana 17-18 Separatum”, Berlín, 2000/2001.
- _____*“Introducción”*, en Iván Narváez, *El colapso de un lugar singular: Yasuní*, Quito, FLACSO, 2009.
- Foucault, Michel, “Verdad y poder” en *Estrategias de poder*, España, Paidós, 1999.
- _____*La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996.
- _____*Seguridad, territorio y población*, Argentina, FCE, 2006

- Fraser, Nancy y A. Honneth, *Redistribución o reconocimiento*, Madrid, Ediciones Morata, 2003.
- _____ en “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época `postsocialista””, en *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, 1997.
- Gangotena, Arturo, *De la Constitución a la no Constitución*, Quito, Editorial 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
- García Figueroa, Alfonso, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- García-Pelayo, Manuel, “El Estado Social y democrático de Derecho en la Constitución Española”, en Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- _____ *Derecho constitucional comparado*, Caracas, Editorial Ex Libris Editorial, 2010.
- García Sierra, Pelayo, *Diccionario filosófico, Estado de derecho / Separación de poderes*, (27/05/11), en: [www.http://filosofia.org/filomat](http://filosofia.org/filomat).
- Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*, España PAIDOS, 2001.
- Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, EDIAR, 2005.
- Giraudó, Laura, “Entre rupturas y retornos: la nueva cuestión indígena en América Latina”, en Giraudó, edit., *Ciudadanía y derechos en América latina: poblaciones estados y orden internacional*, Madrid, CEPC, 2007.
- _____ edit., *Derechos costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Gregor Barié, Cletus, “El debate sobre las autonomías en la legislación internacional: experiencias prácticas”, en Rafael Sevilla y Juliana Ströbele-Gregor, edits., *Pueblos indígenas: derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad*, Madrid, Centro de Comunicación Científica para Iberoamérica, 2008.
- _____ *La cuestión territorial de los pueblos indígenas en la perspectiva latinoamericana*, Madrid, 1992. [edición electrónica, www.rae.es].
- Greppi, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006.
- Grijalva, Agustín, *Constitucionalismo en el Ecuador*, Quito, CC, 2011.
- Grijalva Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional de Transición, 2010.
- Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- Guastini Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

- ____ “Sobre el concepto de Constitución”, en *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- ____ La “Constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en Miguel Carbonell, edit., *Constitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.
- ____ *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, FONTAMARA, 2001.
- ____ *La constitución como límite a la actividad legislativa*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, 2000.
- Gutiérrez, Ignacio, “Introducción”, en Erhard Denninger y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007.
- Gutiérrez, Daniel y Helene Balslev, coord., *Revisitar la etnicidad. Miradas cruzadas en torno a la diversidad*. México, Siglo XXI, 2008.
- Gutiérrez, Carlos, *La cuestión nacional y el proyecto revolucionario*, Madrid, 2006, p. 2, en <http://creandopueblo.files.wordpress.com/2011/08/carlostgutierrez-lacuestionnacionalyelproyectorrevolucionario.pdf> (visitada el 09/09/2013).
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2008.
- ____ *Más allá del estado nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- ____ *La constelación postnacional*. España, Paidós, 2000.
- 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, FCE, 1987.
- Henoa Hidrón, Javier, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2010.
- Hiering, R. Von, *El fin del derecho*, trad. Leonardo Rodríguez, ed. Rodríguez Serra, Madrid, 1911.
- Hopenhayn, Martín y Álvaro Bello, *Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, CEPAL, 2001.
- Hummer, Waldemar 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), en *Derechos Humanos e Integración*, Quito, Universidad de Innsbruck, UASB – CEN, 2004.
- Indian Law Resource Center, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP – 1966)”, en *Manual para indígenas sobre procedimientos de reclamaciones en el campo de los derechos humanos internacionales*, Washington, 1984.
- Iturralde, Diego, “Entre la ley y la costumbre veinte años después: evaluar las normas y sistematizar las prácticas”, en Laura Giraudo, edit., *Derechos costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ____ *Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina, Logros, límites y perspectivas*, <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/>
- Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.
- Kosik, Karel, *Dialéctica de lo concreto*, México, Grijalva, 1976.
- Kymlicka, Will, *Las odiseas multiculturales: las nuevas políticas internacionales de la multiculturalidad*, España, Paidós, 2007.

- _____. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, PAIDOS, 2006.
- Larrea, Carlos, (coord.). 2007, “Pueblos indígenas, desarrollo humano y discriminación en el Ecuador”, UASB, Abya-Yala, Quito, en: Pablo Ortiz y Alberto Chirif, *¿Podemos ser autónomos?*, Quito, RRI, 2010. Pp. 76 – 77.
- López, B. Francisco, *Autonomía y derechos indígenas en México*, México, Ediciones Coyoacán, 2005.
- Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, España, 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, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- Leff, Enrique, *Saber Ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, México, Siglo XXI, 2002.
- _____. *Aventuras de la epistemología ambiental*, México, Siglo XXI, 2006.
- _____. *Ecología y capital: racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable*, México, Siglo XXI, 1994.
- León Bastidas, Arturo, *La plurinacionalidad en el Ecuador*, Riobamba, CCE 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, Publicaciones de la Casa Chata, FLACSO, 2008.
- Locke, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Aguilar, 1980.
- Llasag Fernández, Raúl, *Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora*, en: “Neconstitucionalismo y sociedad”, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____. *Derechos colectivos y administración de justicia indígena*, Quito, UASB, en www.uasb.edu.ec/padh. Visitada el (19/07/2012).
- Macas Luis, *El levantamiento indígena visto por sus protagonistas*, Quito, ICCI, Amauta Runacunapac Yachai A.R.Y., 1991.
- Mann, Michael, “El poder autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados”, en *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, Núm.5 Noviembre UAM-AEDRI ISSN 1699 – 3950, 2006, en <http://www.relacionesinternacionales.info/>
- Martínez, Carmen, et, al., *Repensando los movimientos indígenas*, Quito, FLACSO, 2009.
- Martínez Cobo, José, “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”, en *Volumen V, Conclusiones, propuestas y recomendaciones*, Naciones Unidas, Nueva York, 1987, p. 30., en José Aylwin, et. al., *Las implicancias de la ratificación del Convenio No 169 de la OIT en Chile*, Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas 2a edición revisada y aumentada Junio de 2010 (02/05/2012 en www.observatorio.cl).
- Marx, Carl, *Contribución a la crítica de la economía política*, Bs. As., Ediciones Estudio, 1975.
- Maya, Augusto Ángel, “Reflexiones sobre el derecho, la filosofía y el medio ambiente, en varios”, *Derecho y medio ambiente*, Bogotá, FESCOL, 1992.

- Méndez, Agustín José y Eric Oddvar Eriksen, eds. *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- Miliband, Ralph, *El Estado en la sociedad capitalista*, México Siglo XXI, 1970.
- Mires, Fernando, *El discurso de la indignidad: la cuestión indígena en América Latina*, Cayambe, Abya-Yala, 1992.
- _____. *El orden del caos ¿Existe el tercer mundo?*, Venezuela, Nueva Sociedad, 1995.
- Montañez, Gustavo. “Razón y pasión del espacio y el territorio”, en *Espacios y territorios: razón, pasión a imaginarios*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Unilibros, 2001.
- Morelli, Federica, *Territorio o nación: reforma y solución del espacio imperial en Ecuador (1765 -1830)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2005.
- Moreno García, Sinforiano, *La concesión y el concepto de soberanía*, IV la definición de soberanía en Jean Bodin, 2008, p. 39, en www.soberania.es/.../Concepto/Definición. Visitado el (27-05-12),
- Murillo, Susana, *De la sacralidad del Estado a la sociedad civil. Mutaciones en las tecnologías del gobierno, psicoperspectivas*, individuo y sociedad, vol. VIII, (julio – diciembre), 2009, 166-192, en www.psicoperspectiva.cl, Visto 14.08.10
- Narváez, Iván y María José Narváez, *Derecho Ambiental en clave neoconstitucional (Enfoque político)*. Quito, Flacso, 2012.
- Narváez, Iván, *Enfoque Neoconstitucional: La dimensión ambiental en la Constitución de la república*, Quito, Ecociencia, 2010.
- Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, España, Astrea, 2007.
- _____. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- O’Donnell, Guillermo, Acerca del Estado, la democracia y algunos problemas conceptuales. *Una perspectiva latinoamericana con referencias a países comunistas, en: Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América latina*. Coordinadores. Miguel Carbonell, et. al., México, Siglo XXI, 2002.
- Organización de Estados Americanos OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, Washington, Indian Law Resource Center, 1984.
- Organización de la Naciones Unidas. *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, NN. UU., 2008.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 (Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes)*, Ginebra, OIT, 1989.
- _____. *Convenio 169*, Ginebra, OIT, 1967
- _____. *Convenio 169*, Ginebra, adopción el 27/06/1989, entrada en vigor el 05/09/1991.
- Ortiz Tirado, Pablo y Chirif, Alberto, *¿Podemos ser autónomos? Pueblos indígenas vs. Estado latinoamericano*, Quito, Inter cooperación- DFID –Norad, 2010a.
- _____. “Entre la cooperación y la ruptura: la lucha por el derecho a la autodeterminación de las nacionalidades indígenas del centro sur del Ecuador”, en Miguel González; Araceli Cal y Mayor y Pablo Ortiz, T., coord., *La autonomía a debate, autogobierno*

- indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO, Ecuador, GTZ, IWGIA, CIESAS, UNICH 2010b.
- ____ “Las luchas autonómicas en contextos globalizados”, pp. 455-508, en Miguel González, Araceli Burguete Cal y mayor, Pablo Ortiz-T, Coord. *La autonomía al debate: autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO-Ecuador, GTZ, IWGIA, CIESAS, UNICH, 2010c.
- Ortiz, Gonzalo, “Las tareas inconclusas de nuestra historia... a propósito de la plurinacionalidad y el movimiento indígena”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992.
- Ortiz, Tulio, “de la globalización y su impacto en los estados modernos, en Bercholz, et.al., *El Estado y la globalización*, Buenos Aires, EDIAR, 2008
- Ospina, Pablo, coord., *Mapeo de actores y análisis de poder para el ejercicio de derechos de los pueblos indígenas del Ecuador*, Quito, IEE, 2008.
- Ospina, Pablo, *La crisis de la CONAIE*, La hora de los trabajadores, 05/05/11, en http://es.groups.yahoo.com/group/la_hora_de_los_trabajadores
- Pacari, Nina, “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, en www.fondoindigena.net/pflican.htm
- ____ “El auge de las identidades como respuesta política”, en Milka Castro Lucic, edit., *Los desafíos de la interculturalidad, identidad, política y derecho*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2004a.
- Palomeque López, Apud, en Humberto Villasmil Prieto, *Estudios del derecho del trabajo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, P. 108, en: <http://books.google.com.ec/books?>
- Patiño, Ninfa, *El discurso de los políticos frene al otro*, Quito, Abya-Yala, 1996.
- Pelayo García Sierra, *Diccionario filosófico, Estado de derecho / Separación de poderes*, (27/05/12), en www.http://filosofia.org/filomat.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007.
- 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, *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina, México*”, Siglo XXI, 2002.
- Pozzolo, Susana, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El Canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Prieto Sanchís, Luis, “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, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- ____ *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009a.
- ____ “Constitucionalismo y garantismo”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, edit., *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2009a.
- ____ *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- ____ *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

- ____ “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Quijano, Aníbal, “El movimiento Indígena y las cuestiones pendientes en América latina”, en ICCI, *Estado plurinacional y estado social de derecho: los límites del debate*, Quito, Instituto Científico de Culturas Indígenas, 2008.
- ____ *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, en Utopías, nuestra bandera, revista de debate político, No. 188, Universidad de la Rioja, 2001.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?>
- ____ *Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina*. En Edgardo Lander, comp., “Colonialidad del Saber, Eurocentrismo y Ciencias Sociales”, Buenos Aires, CLACSO-UNESCO, 2000a.
- ____ *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, Lima, 2000b.
- ____ *Modernidad, identidad y utopía en América Latina*, Quito. Ed. El conejo, s/f.
- Ramón, Galo, “Estado plurinacional: una propuesta innovadora atrapada en viejos conceptos”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2006.
- Raz, Joseph, *El Estado de derecho y su virtud*, México, ITAM - Siglo XXI, 2002.
- ____ *La ética en el ámbito público*, Barcelona, GEDISA, 2001.
- Roldán, Roque, *Para alcanzar la tierra prometida: Una aproximación al régimen legal de las tierras indígenas en la Amazonía*, en “Derechos Económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas”, Quito, Abya-Yala, 1999.
- ____ *Manual para la formación en derechos indígenas: territorios, recursos naturales y convenios internacionales*. 2da. Edición, Quito, Abya-Yala, 2004.
- Román Reyes, *Diccionario crítico de ciencias sociales*, Madrid, publicación electrónica de la Universidad Complutense de Madrid, en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/index.html>:
- Rousseau, Jean Jaques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. El Contrato Social*, Barcelona, Aguilar- Orbis, 1984.
- Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012
- Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica – UNAM, 2006.
- Salmerón, Fernando, *Diversidad cultural y tolerancia*, México, Paidós, 1998.
- Salomón, Elizabeth, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colombia, Universidad del Rosario, 2011.
- Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, España, TAURUS, 2001.
- ____ *La sociedad multiétnica, extranjeros e islámicos*, México, Taurus, 2001.
- Sassen, Saskia, *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2010.
- Savigny, Friedrich Karl von, *La ciencia del derechos*, Buenos Aires, Losada, 1949.
- Schavelzon, Salvador. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CLACSO – CEJIS, La Paz, 2012.

- Schmitt, Carl, *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, España, Alianza Editorial, 2007.
- Simbaña, Floresmilo, *plurinacionalidad y derechos colectivos: caso Ecuatoriano*, en bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/davalos/CapSimbana.pdf, 2005.
- Stalin, Josep, *La Cuestión Nacional y el Leninismo*, Moscú, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1950.
- Stavenhagen, Rodolfo, “Cómo hacer para que la declaración sea efectiva”, en Naciones Unidas, 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, 2010.
- _____. “Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (Sexto informe anual)” Coc. ONU A/HRC/4/32.27 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 (...) <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>. En Diego Iturralde, op. cit, 2008
- _____. *Los derechos culturales y los derechos colectivos en tiempos de globalización*, en: “Derechos humanos y globalización alternativa: una perspectiva iberoamericana”, México, Universidad Iberoamericana Puebla, 2006.
- _____. *Conflictos étnicos y Estado nacional*, México, Siglo XXI, 2000.
- _____. Prólogo, “Hacia el derecho de autonomía en México”, en Aracely Burguete Cal y Mayor, edit., *México: experiencias de autonomía indígena*, IWGIA documento No. 28, 1999.
- _____. *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano – Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- _____. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina; México*, IIDH – Colegio de México, 1988.
- Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, FCE, 2001.
- Tibán Lourdes, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Fundación Hanns Seidel, 2010.
- Toledo, Víctor, “Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina. 1990 – 2004 ¿Las fronteras indígenas de la globalización?”, en *Pueblos indígenas, Estado y democracia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2005.
- Torres, Luis Fernando, *Debate Constitucional. Monografías*, edit., Quito, Fundación Hanns Seidel, Corporación Autogobierno y Democracia, 2010.
- Touraine, Alain, *La crisis de la modernidad*, México, FCE, 2002.
- Trujillo, Julio César, *El constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*, Quito, CEN –UASB, 2013.
- _____. “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, 2008.
- _____. *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, CEN - UASB, 1994.
- _____. “El estado plurinacional en el Ecuador: las reformas constitucionales”, en Corporación Editora Nacional, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Abya-Yala, ILDIS, CORPEA, 1992.

- Tuaza, Alberto, *La crisis del movimiento indígena ecuatoriano*, Quito, FLACSO, 2011.
- Uprimny Yépez Rodrigo, “Reflexiones sobre Constitución, economía y justicia constitucional”, en Dunia Martínez Molina, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corte Constitucional -período de transición, 2011.
- Universidad de Zaragoza, Análisis de las normas jurídicas, en www.unizar.es/deproyecto/programas/teoriad/...archivos/frame.htm, Visitado (27/05/12).
- UASB – CEN, Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (1969), en *Derechos Humanos e Integración*, Quito, Universidad de Innsbruck, 2004.
- Vásquez, Rodolfo, *Eduardo García Maynes y el debate positivismo jurídico jusnaturalismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2001.
- Viciano, Roberto y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo contitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, 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?, España, Universidad de Valencia, en <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>: Visitada el 25/02/12.
- Vila Casado, Iván, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, Bogotá, LEGIS, 2007.
- Walzer, Michael, *Tratado sobre la tolerancia*, España, Paidós, 1998.
- Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado y sociedad; luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, UASB, 2009.
- Walsh, Catherine, “Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente”, en *Estado plurinacional y Estado social de derecho: los límites del debate*, Quito, ICCI, 2008.
- _____, *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*, en “Justicia indígena, aportes para un debate”, Judith Salgado, comp., Quito, UASB, 2002.
- Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Willemsen Díaz, Augusto, “Como llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU”, en *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, edit, Charles Taylor y Rodolfo Stavengahen, Copenhagen, IWGIA, 2010.
- Wray, Alberto, *El problema indígena y la reforma del Estado, en Derecho, pueblos indígenas y reformas del Estado*, Quito, Abya-Yala, 1993.
- Wolkmer, Antonio, *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*, CLACSO, www.clacso.org.ar.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1997, (2011)
- Zolo, Danilo, *Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas*, en *Anales de cátedra Francisco Suárez*, 36, Traducción de Pedro Mercado

pacheco, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=280658>, visitada el 27/11/10.

Bibliografía jurídica

Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Ambiental y Descentralización, 2010
Constitución Política de la República del Ecuador, Quito, CEP, 1998.
Constitución Política de la República del Ecuador, Quito, CEP, 2008.
Constitución política de la República del Perú, Lima, 2010.
Constitución del República de Bolivia, La Paz, 2009
Constitución del República de Colombia, Bogotá, 2009
Ley de Colonización de la Región Amazónica, Quito, CEP, 2009.
Ley reformativa al Código Penal R.O. No. 2. 01/25/2000, Quito, CEP, 2009.
Ley orgánica de las garantías jurisdiccionales y control constitucional, Quito, CEP, 2010.
Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, NN.UU., 2007.

Páginas www

www.elpais.com/articulo/opinion/Londres/otros/ (Visitado: 15/07/10)
[www.http://liberalismoonline.wordpress.com](http://www.liberalismoonline.wordpress.com) (Visitado: 12/07/10)
[www.http://filosofia.org/filomat](http://www.filosofia.org/filomat) (Visitado: 10/06/10)
[www.http://liberalismoonline.wordpress.com](http://www.liberalismoonline.wordpress.com) (Visitado: 10/03/10)
www.elpais.com/articulo/opinion/Londres/otros/ (Visitado: 15/07/10)
[www.http://descargas.cervantesvirtual.com/pdf](http://www.descargas.cervantesvirtual.com/pdf) (Visitado: 03/07/10)
www.es.wikipedia.org/wiki/ (Visitado: 30/06/10)
www.elpais.com/articulo/opinion/Londres/otros/ (Visitado: 15/07/10)
[www.http://xa.yimg.com/](http://www.xa.yimg.com/). (Visitado: 19/04/2012)
[www.http://es.scribd.com/doc/8611608/CONAIE-Las-nacionalidades-indigenas-en-el-Ecuador](http://es.scribd.com/doc/8611608/CONAIE-Las-nacionalidades-indigenas-en-el-Ecuador). (Visitado: 19/04/2012)
WWW:<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:sTmSzqWWFyMJ:files.campus.edublogs.org/>. (Visitado: 30/07/2012)