

El contenido de esta obra es una contribución del autor al repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por tanto el autor tiene exclusiva responsabilidad sobre el mismo y no necesariamente refleja los puntos de vista de la UASB. Este trabajo se almacena bajo una licencia de distribución no exclusiva otorgada por el autor al repositorio, y con licencia [Creative Commons - Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador](#)



Aproximaciones desde la Crítica Jurídica al estudio de los derechos de la naturaleza y buen vivir, en relación a los derechos sociales, en la Constitución ecuatoriana de 2008

Aurora Molina Sánchez

Julio 2014

Trabajo realizado como resultado de la estancia que desempeñe como Investigadora Asociada en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, de enero a mayo del 2014, con la tutoría responsable del Dr. Marco Navas Alvear, quien apoyo en las tareas inherentes a la investigación.

Aproximaciones desde la Crítica Jurídica al estudio de los derechos de la naturaleza y buen vivir, en relación a los derechos sociales, en la Constitución ecuatoriana de 2008.

Aurora Molina Sánchez.*

SUMARIO: 1.1 Enfoque de la crítica jurídica. 1.2 Estudio interdisciplinario del derecho. 1.3 La pérdida de consenso como forma de exclusión social que motiva una transformación social y jurídica. 1.4 El fenómeno del nuevo constitucionalismo en el Ecuador. 1.5 Los derechos sociales, su relación con el buen vivir y los derechos de la naturaleza o pacha mama. 1.6 Reflexiones finales. Bibliografía.

En el presente trabajo nos proponemos analizar desde un análisis de la crítica jurídica latinoamericana, algunos cambios jurídicos que implican a los derechos sociales ya que en el Ecuador en la nueva constitución de 2008, se reconocen derechos como los de la naturaleza y del buen vivir, que en la teoría fortalecen los derechos sociales; sin embargo, se trata de derechos de origen contrahegemónico reconocidos en un instrumento hegemónico, como resultado de una lucha por la emancipación; retomamos el estudio que hace el autor Oscar Correas, del sentido deóntico y del sentido ideológico del derecho, lo que implica tensiones o en su defecto su aplicación implicara vaciar de contenido original esos derechos, ya que es precisamente en la parte deóntica y la parte ideológica donde esa pugna se manifieste, en el entendido que el derecho reproduce relaciones de poder.

1.1 Enfoque de la crítica jurídica.

Para analizar el derecho desde un enfoque crítico, requerimos el estudio de autores que hablan de la crítica jurídica en Latinoamérica en los últimos años, recurrimos a autores como Oscar Correas¹, quien divide el derecho en dos partes para su estudio; nos dice que el derecho se compone de una parte *normativa* y otra parte *no normativa*, como es la *discursiva*. Nuestro autor en estudio se aparta de la crítica jurídica francesa, considera que: posiblemente no sea relevante hacer esa diferencia o esa división de parte normativa y parte no normativa o discursiva en la crítica jurídica francesa, ya que ésta busca analizar cómo es que ese discurso jurídico logra su eficacia, cuestiona cómo se logra controlar a las personas y cómo se produce esa regulación jurídica. Así que para el estudio del derecho habría que

*Integrante del Posgrado en derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, integrante del grupo de investigación de Crítica Jurídica Latinoamericana, participante en el proyecto de investigación PAPIIT IN300414 de la UNAM, coordinados por el Dr. Oscar Correas. Con estancia de investigadora asociada en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

¹ Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo sociosemiológico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 11.

recurrir a otros métodos, ¿Por qué habría que recurrir a otros métodos? Porque la forma tradicional de su estudio es rígida, sin tomar en consideración que el derecho está cambiando constantemente; para dar respuesta a los problemas, se recurre a la interpretación jurídica que en diferentes momentos, vacían de contenido a la ley de la intención original del legislador; en consecuencia, las normas son un elemento importante en la aplicación del derecho.

Al respecto, el autor en estudio, señala que: “la actividad de los juristas consiste en la búsqueda de normas en ciertos textos”², las normas se deducen de los textos que leen los abogados, que no siempre son interpretadas con la intención del legislador; si hablamos de la Constitución, diríamos del constituyente.

Recurrimos a la sociología jurídica, para investigar, a lo que Correas pregunta: “¿por qué el derecho dice eso que dice y no otra cosa? Es decir se pregunta por las *causas* del derecho; no por cómo se produce la dominación a través del mismo”.³

El estudio del derecho, implica abordarlo desde elementos de la Crítica Jurídica, como es el *análisis del discurso jurídico*, ¿cuál es el sentido de ese discurso? Correas propone analizar la diferencia entre *la causa y el referente del discurso*, entendido al derecho como referente, señala:

Esta diferencia entre afirmar la existencia de un mundo objetivo y la de afirmar que el referente es una cosa o fenómeno del mundo exterior tiene la mayor importancia, como veremos, porque indica que en realidad no hay acceso a este mundo exterior llamado “relaciones sociales” como lo quisiera el realismo vulgar, que sustenta la mayor parte de los sociólogos. Las palabras no se refieren a elementos exteriores, sino a elementos interiores: contenidos de consciencia o elementos culturales. La relación lo es entre el signo y significado sin que el significado mantenga unidad ontológica con el referente [...] las palabras utilizadas en el discurso del derecho y en los discursos de quienes hablan acerca de él, no provienen de las “relaciones sociales”, sino de la ideología del productor del discurso.⁴

No basta con analizar que dice el discurso, es necesario analizar el referente de ese discurso, como señala Correas, su referente es el derecho, sin embargo, resulta de interés

² Correas, Oscar, *Teoría del derecho*, México, Fontamara, 2004, p. 15.

³ Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo sociosemiológico, op. cit.*, p. 11.

⁴ *Ibidem*, p. 44.

entrelazar este tema con el uso del discurso jurídico, mediante el cual se reproduce la ideología jurídica, invisibilizando las relaciones de poder. René Zavaleta nos dice que bajo la creencia de igualdad, se ocultan las relaciones de dominación “esenciales en el funcionamiento de la sociedad capitalista”⁵, se reproduce la ideología a partir de las relaciones de poder, siendo el derecho una de esas relaciones por medio del estado con la sociedad.

En la doctrina jurídica se privilegia la validez de la norma “para nada interesa si las normas son ‘justas’ o no”.⁶

Esto nos lleva a hablar del sentido deóntico y del sentido ideológico del derecho, con el uso en el lenguaje prescriptivo y el lenguaje descriptivo, que reflejan las relaciones de poder, que reproduce el derecho; los elementos deónticos se relacionan con elementos prohibitivo, obligatorio y permitido.

En materia de *derechos sociales* importa este estudio, al tratarse de derechos reconocidos en las constituciones, como derechos bien vistos, aceptados como buenos, producen hegemonía y dominación, elementos denominados por Antonio Gramsci como “dos estrategias de poder”⁷, por lo que Correas refiere que “El derecho como es fácil de ver, es un instrumento doble; porque con su sentido deóntico se busca la *dominación*, mientras que con su sentido ideológico se busca la *hegemonía*.”⁸

Así que el reconocimiento de los derechos tiene que ver con una lucha de poder, como es el caso de los derechos sociales, después de la segunda guerra mundial, en las constituciones modernas con la adopción del estado de bienestar, esos derechos fueron reconocidos; así que, si bien es cierto esos derechos fueron reconocidos, también es cierto, que esos derechos no son cumplidos; son descritos en la leyes en teoría y no se cumplen, lo que representa un problema en la práctica, al momento de ser aplicados, las leyes no establecen mecanismos específicos para hacerlos valer. En términos generales los derechos sociales fueron reconocidos de manera enunciativa y limitativa, se omite de manera obligatoria su cumplimiento, en el sentido del contenido de la norma jurídica como un enunciado obligatorio que ordene su cumplimiento.

⁵ Zavaleta, René, *Clases sociales y conocimiento*, Bolivia, Edit. Los amigos del libro, 1988, p. 13.

⁶ Correas Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fontamara, 2006, p. 20.

⁷ Correas, Oscar, *Teoría del derecho*, op. cit, p. 191.

⁸ *Ibidem*, p.192.

Ahora nos ubicamos en el tema *del deber*, hablamos de la deontología jurídica como el tratado o el estudio del deber⁹. Analizamos la deontología tanto en el sentido descriptivo, como en el sentido prescriptivo; nos explica Alma Melgarito que: “*El uso prescriptivo del lenguaje nos permite recoger las características lingüísticas de las normas. Mientras que el uso descriptivo nos indica como es el mundo donde hay normas [...]*”¹⁰

El carácter normativo de la prescripción en el lenguaje, nos deja en el ámbito del *deber ser*. Como expone la autora, el uso del lenguaje prescriptivo: “*va dirigido a cambiar el mundo, pero, ¿cómo es que el lenguaje prescriptivo intenta cambiar el mundo? Lo hace a través del nivel deóntico: obligando, permitiendo o prohibiendo acciones o conductas en los individuos*”¹¹.

Ahora bien, si decimos que, el *uso prescriptivo del derecho*, se propone cambiar el mundo en el ámbito deóntico de la obligación, prohibición o permisión; entonces, en el tema de los derechos sociales, al no estar contemplados como obligatorios de cumplimiento inmediato, simplemente, entendemos que la intención es de mantener el mundo como esta, reproducir la ideología dominante del modelo neoliberal de exclusión.

Ante este razonamiento en el uso prescriptivo de derecho, si la intención de cambiar el mundo es solo en discurso, entonces los derechos sociales se quedan en el papel, sin ser aplicados en la práctica jurídica. Los derechos sociales ocultan una desigualdad en el reparto de los recursos económicos, su incumplimiento, genera marginación y pobreza, en realidad se oculta una lucha de clases, con el fin de mantener una sociedad inequitativa.

Los derechos sociales en el uso del lenguaje deóntico, *del deber*, son reconocidos; pero sutilmente; son negados en el lenguaje de obligación, *del ser*, ya que como operadores elementales, tenemos *obligado* y *prohibido* cuyo significado tiene sentido opuesto, si es prescriptivo se propone *hacer*, esto es:

[...] Intervenir en el curso de las cosas: lograr que el curso de las cosas *cambie* si de por sí tal curso es visto como permanecer idéntico a sí mismo, como un <<mundo-en-reposo>> o lograr que el curso de las cosas no cambie si por sí mismo ese curso iba a cambiar (ante lo

⁹ Pérez Valera, Víctor Manuel, *Deontología Jurídica, la ética en el ser y quehacer del abogado*, México, Oxford, 2002, p. X.

¹⁰ Melgarito Rocha, Alma Guadalupe, *Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*, México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2012, p. 44.

¹¹ *Idem.*

que se ve como un <<mundo-en-movimiento>>). *Hacer*, en el sentido estricto de la palabra es justamente eso.¹²

Si la ley se propone hacer o no hacer, para que las cosas cambien, consideramos que es posible la materialización de los derechos, es por eso que cuestionamos la función del derecho en el tema de derechos sociales y decimos que *oculta* el sentido ideológico del derecho, por una parte concede derechos, pero, por otro lado los niega, al considerar que son de efecto programático; el uso del lenguaje encubre la apariencia; se quedan en la *omisión*.

Resulta más complicado identificarlo, ya que al omitir, interfiere en el curso de las cosas al abstenerse de actuar, *por omisión*, no solo se refiere a la actuación, sino también en el ámbito de la conducta esperada, en este caso, se espera que el estado haga o realice acciones para cumplir; pueden ser considerados como definiciones y prescripciones que “a primera vista parecen sólo expresiones de buenos deseos como las que acuerdan el ´derecho al trabajo´ o el ´derecho a la vivienda´ en algunas constituciones”¹³.

En todo caso, queda claro, que estudiar el derecho implica analizar el *discurso*, que se reproduce en sus fundamentos, en la “exposición de motivos”¹⁴ de las leyes, en la reproducción de la enseñanza del derecho, que influirá en la formación del abogado, en los discursos cotidianos de como los sujetos reconocen al derecho como bueno, siendo bien visto y si no fuera aceptado para casos concretos existe la coerción.

Cuando el derecho es reconocido queda determinada la relación entre dominante y dominado, al ser admitido como necesario, sutilmente la relación de dominación no se evidencia, puesto que, se justifica para vivir en una sociedad en paz; esos diferentes elementos que se generan en torno a la aceptación del derecho formalmente dado, son los que reproduce su discurso, los que crean una ideología jurídica.

Como refiere Correas:

El sentido deóntico del discurso del derecho, está constituido por lo que los juristas llaman “normas jurídicas”. El discurso del derecho transmite la especial ideología de que alguien debe hacer algo. Lo más importante es entender *que no solo transmite esa ideología*. El

¹² Ramón Capella, Juan, *Elementos de análisis jurídico*, 2ª ed., España, Trotta, 2002, p. 67.

¹³ Correas, Oscar, *Teoría del derecho*, *op. cit.*, pp. 112 y 315.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 36.

discurso del derecho *no solo contiene normas*, y en ellas consiste su sentido deóntico. Pero, ese sentido deóntico debe ser *descifrado* por el jurista¹⁵.

La ciencia jurídica, mediante la *lógica jurídica* quiere aislar contenidos de la norma, lo que equivale al sentido *deóntico* de la norma, para decir que el derecho es ciencia que es ajeno a otros elementos no normativos inmersos en el lenguaje pleno de contenido.

La diferencia está en que, para nosotros, el sentido ideológico tiene más importancia, en tanto el derecho es una técnica control social, que el sentido deóntico del discurso del derecho. Y si, como lo es para nosotros, el derecho es un medio para ejercer el poder, el estudio del derecho implica el estudio de todos sus aspectos, y no solo el normativo.¹⁶

Ubicando a los derechos sociales en el sentido deóntico de las normas, con un cambio de léxico más que describir los derechos sería regir su cumplimiento como obligatorio, por ejemplo el artículo 30 de la Constitución ecuatoriana dice:

*Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica.*¹⁷

Como de la lectura se desprende las personas tienen derecho a una vivienda, pero si en un cambio de lenguaje la norma dijera: *el estado está obligado a proveer de vivienda a las personas*, entonces estaríamos ante una norma obligatoria para su cumplimiento; tomando solo como referencia este numeral de la constitución ecuatoriana, pero es propio de otras constituciones en la materia, como por ejemplo la mexicana; así que mientras la norma se quede en la descripción, las personas tienen derecho a la vivienda, pero si no provee la obligación del estado en el lenguaje deóntico, los derechos sociales siguen en la incógnita donde su cumplimiento dependa de otros factores como los políticos que determinen que, quién ostente el poder, quiera aplicar políticas económicas tendientes a su cumplimiento.

¹⁵*Ibidem*, p. 58.

¹⁶*Ibidem*, p. 59.

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, 2008, p. 37.

Entonces, se trata de conceptos o tipos abiertos, que llevan a la necesidad de definir el contenido esencial de los derechos, se necesita construir como derechos y en efecto crear la obligación de políticas públicas para su cumplimiento. Ahora bien ante esta problemática, analizamos que en la nueva constitución ecuatoriana, trata de corregir, lo que se estudia como un avance importante, pues en la Constitución ecuatoriana, se imponen obligaciones al estado para aplicar políticas públicas para su materialización, abre un margen de judicialización de los derecho sociales, al reconocerlos como de igual jerarquía e inmediata aplicación, promoviendo un reparto equitativo de la riqueza, con el objetivo de atacar la pobreza.

Por otro lado, corrientes críticas como la francesa¹⁸, pusieron en evidencia la lucha de clases que se refleja entre el estado y el derecho, que el estado liberal invisibilizó las contradicciones sociales en el formalismo e idealismo, *deber ser*, reproduciéndose en la enseñanza, investigación y en las instancias judiciales, fetichizando el derecho; retoma el materialismo histórico como método de referencia para estudiar la teoría jurídica que cuestiona al individualismo y pone en evidencia la falta de eficacia del positivismo para dar soluciones a los problemas actuales; pusieron en evidencia que las contradicciones sociales dan lugar al fenómeno del estado y el derecho, reforzando la idea de que el derecho es *neutro* para:

Reforzar la dominación del modo de producción capitalista. Se vuelve contradictorio y arbitrario, para la propia realidad social, presentar como naturales las distinciones “clásicas” entre ciencia jurídica y ciencia política, entre derecho público y derecho privado, entre individuo y colectividad.¹⁹

En las relaciones de poder, entre la relación dominante - dominado, el derecho y la ley se presentan como un campo de batalla. Por un lado hay hegemonía²⁰ y por otro hay dominación. En consecuencia los cambios legales, ya sea en la Constitución Política o en las leyes secundarias, van de la mano de los sucesos políticos que vive una nación, en su condición política a nivel mundial, así como la influencia geopolítica en que se ubican los

¹⁸Wolkmer, Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Colombia, ILSA, 2003, p. 49.

¹⁹*Ídem.*

²⁰ De acuerdo al análisis que hace al respecto Oscar Correas, nos dice que se entiende la hegemonía como el consenso social, a través del que se percibe al derecho como bueno y justo, en consecuencia es aceptado.

países y el poco o nulo control que tienen respecto a su soberanía nacional²¹, que en algunos casos, se refleja en la aplicación de reformas a las leyes que marcan esa relación de dominante-dominado, que actualmente ha implicado en países latinoamericanos elementos como la regulación de los recursos naturales o los derechos de la naturaleza, así como la participación política del pueblo o su limitación, en una lucha por la democracia.

1.2. Estudio interdisciplinario del derecho.

Para comprender los factores sociales que influyen en el derecho resulta de importancia analizarlo desde otra perspectiva distinta a la tradicional, donde imperan las líneas de investigación conservadoras en la forma de estudiar y aplicarlo; como refiere Correas que el derecho no se compone solo de las normas, también lo integra esa parte no normativa, el derecho es más complejo, requiere para su estudio de otras disciplinas.

El derecho no es una materia aislada, requiere de un estudio interdisciplinario, está inmerso en el día a día, se transforma con la evolución de la sociedad, ante la crisis de dar respuesta y solución a los nuevos retos sociales, que cada población enfrenta con peculiaridades culturales y políticas propias, resulta necesario recurrir a la ayuda de otras ramas del conocimiento que contribuirán a su estudio y aplicación.

Transformaciones de procesos jurídicos como las que experimentan países latinoamericanos como Venezuela, Bolivia y Ecuador, en la búsqueda de una alternativa jurídica que obedezca a sus necesidades y realidad social, ponen en debate nuevos conceptos y otras formas de ver el derecho, con la integración de nuevos elementos que muestran las desigualdades reales.

Es importante situar el contexto geopolítico en que se desarrollan los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos, podemos decir que se enfrentan a un sistema dominador; Venezuela, Bolivia y Ecuador se encuentran en un periodo de transición, implica el reconocimiento de desigualdades, plurinacionalidad, alternativas hacia otras formas de vida, entre otros aspectos cobra importancia y especial atención en la extracción desmedida de los recursos naturales ante un modelo económico neoliberal. En un esfuerzo por

²¹ Oliver, Lucio, *El Estado Ampliado en América latina*, México, UNAM, 2009, p. 105.

reconciliar al hombre con la naturaleza, proponen otra forma de ver la naturaleza, dotándola de derechos como *la pacha mama*, que trae por añadidura la defensa de su soberanía nacional, ya que no es circunstancial que “*Estados Unidos oriente la localización de recursos vitales estratégicamente hacia estos países*” como nos explica John Saxe-Fernández.

La proyección del poder militar de EEUU hacia áreas donde están localizados los recursos vitales, Oriente Medio, África y América Latina y el Caribe, se haya intensificado. Su propensión a utilizar a América Latina como reserva estratégica y plataforma de relanzamiento, después de sus descalabros militares en Euroasia, no puede desestimarse.

El reiterado interés de republicanos y ahora de demócratas de establecer “fortalezas regionales” en América Latina, estas últimas bajo la rúbrica de “un hemisferio unificado”, coincide con intentos prácticos y retóricos por socavar a regímenes nacionalistas, en Cuba, Venezuela, Bolivia, Ecuador y en cierta medida en Brasil y Argentina.²²

Cobra importancia ubicar el contexto geopolítico de los países que han impulsado nuevos procesos constituyentes, importa al estudio del derecho el contexto externo a los procesos internos de cada país, donde se da un proceso de lucha por una democracia de integración jurídica, rompe con esquemas tradicionales, donde la naturaleza no era sujeta de derechos, lo que hace importante señalar ante la amenaza externa como reservas energéticas para Estados Unidos, dotando de derechos a la naturaleza, ubicándola en un campo jurídico de tutela, toma importancia el tema de soberanía como concepto político jurídico que indica el poder de mando, entendida según Nicola Matteucci, como “una racionalización jurídica del poder, en el sentido de transformar la fuerza en poder legítimo, el poder de hecho en poder de derecho”²³ para mantener la cohesión social.

François Ost considera que América Latina es “un laboratorio privilegiado de aplicación”²⁴ en las transformaciones ante la crisis y debates de los modelos jurídicos, donde la ley de los mercados domina sobre la ley del Estado; el mismo autor nos dice que, ante esta lógica, resulta necesario que la teoría del derecho ponga atención en el estudio de

²²Saxe-Fernández, John, “América latina: reserva estratégica de Estados Unidos”, en *OSAL: Revista de Observatorio Social de América Latina*, CLACSO, Argentina, año X, N° 25, abril 2009, p. 20.

²³Bobbio, Norberto, *et. al.*, *Diccionario de política, l-z*, 6° edición, México, Siglo XXI, 1991, p. 1483.

²⁴Ost, François y Van de Kerchove, Michel, *Elementos para una teoría crítica del derecho*, trad., Lamas, Pedro, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. (prefacio) XIII.

acontecimientos reales, en la observación sociopolítica, como una forma de producción jurídica, donde la teoría crítica discute la naturaleza alienante del derecho, dogmática, donde se cuestionan “los principios de racionalidad y de soberanía del legislador” como verdaderos “obstáculos epistemológicos”²⁵ para el estudio del derecho.

Hemos referido, que el pensamiento crítico que cuestiona la teoría dogmática, nos obliga ir al estudio práctico, implica replantear otras referencias epistemológicas, nos enfrentamos ante diferentes condiciones políticas que se manifiestan de las necesidades sociales que cada país enfrenta con peculiaridades propias.

Así que, anotamos lo que propone el pensamiento crítico, Carlos Wolkmer, retomando a François Ost, hace hincapié en la importancia de estudiar el derecho desde una perspectiva interdisciplinaria, que aportaría a la teoría del derecho; nos dice que tras un enfoque interdisciplinario, es necesario ubicar al derecho como disciplina *motora* como método de investigación central, que tenga una perspectiva propia interna, como externa, apoyada por las ciencias humanas, sin perder el punto central que es el derecho, desmitificar la dogmática jurídica y rebelar los modos de control social que se reproducen en el derecho, el estudio interdisciplinario del derecho permitirá “sustituir la ciencia dogmática del derecho por la ciencia crítica del derecho”²⁶, con un objetivo emancipador. El autor propone un estudio articulado de disciplinas que aporten a la búsqueda de una epistemología crítica, que permite realizar una especie de traducción de conocimientos de una especialidad a otra respetando las diferencias específicas de cada materia, como un método para superar la dogmática jurídica.

Aunque François Ost, considera que esta *teoría crítica* pretende ser científica, por el contrario, Oscar Correas considera que, el derecho difícilmente es científico, al reproducir una ideología dominante, que aún cuestionada de forma crítica no resulta científico, en lo que sí coinciden ambos autores es en la construcción de una crítica jurídica liberadora y transformadora.

Sin embargo Correas hace una diferencia, la crítica jurídica no debe ser confundida con la teoría crítica del derecho, la *crítica jurídica* “opera con base en datos concretos al paso que objetiva la aplicación de una práctica política transformadora”²⁷

²⁵*Ibidem*, p. XIX.

²⁶Wolkmer, Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, op. cit., p. 63.

²⁷*Ibidem*, p. 69.

A diferencia de la *teoría crítica* “índice fundamentalmente en la esfera de la especulación y teorización”²⁸.

1.3 La pérdida de consenso como forma de exclusión social que motiva una transformación social y jurídica.

Con la pérdida del consenso social que se refleja en la vida de los excluidos, quedan fuera del consenso vigente y surgen diferentes voces contra la totalidad social, nos dice Dussel que sucede lo que:

Gramsci llamaría el pasaje de un consenso *hegemónico* (aceptado por todos) a una situación de *dominación* (la coacción de la Sociedad política contra los excluidos que han cobrado conciencia de su <<verdad>> -la injusticia del sistema- que pone en cuestión la <<legitimidad>> - la validez del sistema.²⁹

Entonces, Gramsci refiere que, cuando hay coerción, es indicativo de que no hay consenso, de que, el sujeto social se encuentra ante la dominación, en consecuencia, en la exclusión al no participar en el consenso social, los excluidos cuestionan y ya no creen en la hegemonía dominante que el sistema le muestra como buena, por el contrario la cuestionan restándole credibilidad.

Es como Dussel nos explica que la exclusión social genera actores sociales que dejan de ser sujetos pasivos cuando toman conciencia crítica de sus nuevos derechos negados, es como entran al ámbito “político”³⁰ para demandar la reivindicación de las exigencias civiles, lo que consideramos que sucede en la demanda de los derechos sociales, entre otros derechos, que al no ser efectivos esos derechos, los sujetos sociales excluidos toman conciencia y cuestionan esa hegemonía y su lucha se vuelve contra hegemónica, que son la bandera enarbolada en muchos movimientos sociales.

1.4 El fenómeno del nuevo constitucionalismo en el Ecuador.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Dussel, Enrique, *et. al. La Teoría Crítica y las tareas actuales de la crítica*, México-España, Anthropos, UAM, 2005, p. 194.

³⁰ *Ibidem*, p. 205.

Los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos experimentados en Bolivia, Ecuador y Venezuela, presentan características propias con diferentes luchas políticas, aunque el nombre a este fenómeno no está claro de si se le llama nuevo constitucionalismo, en cuanto al *neoconstitucionalismo*, Sonia Boueiri nos dice que ese término es más eurocéntrico, una denominación dada por europeos, que ven a las constituciones desde una perspectiva distinta, prefiere que cada país utilice su término.

Nosotros no lo llamamos en Venezuela, nunca lo hemos llamado o nunca yo he oído en estos catorce-quince años que se hable del nuevo constitucionalismo, se habla de proceso político, de revolución Bolivariana, de un proceso revolucionario en el sentido de lograr cambios rápidos y profundos, radicales, ir a la raíz de las cosas, y nunca usamos esa terminología; hacia una nueva constitución que recogiera viejas ideas, como las de Bolívar, por ejemplo constituir el poder moral o el poder ciudadano y adicionarle a esos poderes, el electoral y el ciudadano a los tres poderes tradicionales, [...] preferimos hablar de un proceso, rumbo al socialismo, un proceso más de democracia participativa, en donde si, la constitución, marcó un antes y un después, pero no se agota ahí, ahora hay que hacerla viva, hacerla realidad [...] ³¹

En tanto se define el término dado a estos nuevos procesos constituyentes en América Latina, avanzaremos en relación a su contribución. Los elementos sociales y políticos que se concretaron en el ámbito jurídico, obedecen a diferentes sucesos sociales, como la exclusión, que evoluciona en un fenómeno de transformación, hasta lograr cambios jurídicos, rompiendo con el modelo tradicional; elementos que muestran la necesidad de reconocer al ser humano como un sujeto colectivo; contrario a la teoría jurídica de “estado liberal” ³² que privilegia el reconocimiento del individualismo.

En este proceso, la Constitución del Ecuador, retoma los derechos fundamentales y constitucionales, con el reconocimiento de los derechos de la naturaleza como autónomos, nos dice Ramiro Ávila ³³ *por la naturaleza en sí misma como sujeto de derechos*, esto

³¹Boueiri, Sonia, Entrevista “Constitucionalismo latinoamericano” México, 2012.

³²Flores, Marcello y Rolla, Giancarlo, trad. Serrano, Tomas, *Diccionario básico de derechos humanos, cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, FLACSO, 2009, p. 64.

³³Ávila Santamaría, Ramiro, “Derecho de la naturaleza fundamentos” en Acosta, Alberto y Martínez Esperanza comps., *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011, p. 226.

implica que el derecho deja de ser antropocéntrico, estos conceptos declarados en la Constitución fragmentan el formalismo jurídico, superando la cultura jurídica dominante.

Este proceso constituyente, surge cuando se rompe el consenso social, que el sistema hegemónico había generado, surge como un proceso transformador, incluyente, con una importante participación social, lo que le da legitimidad; sin embargo no logra rebasar las estructura del sistema positivista que domina en el derecho; ahora el problema será hacerlos realidad, entonces el derecho se convierte en un campo de lucha o tensiones, que se desarrolla en un ambiente de institucionalidad; implica, para su cumplimiento, la constante participación social, que genera tensiones en la defensa de los derechos reconocidos, como es el caso de los derechos de la naturaleza reconocidos en una herramienta hegemónica con una intención contrahegemónica.

1.5 Los derechos sociales, su relación con el buen vivir o *sumak kawsay* y los derechos de la naturaleza o *pacha mama*.

Ahora bien, al analizar los derechos sociales, nos encontramos con otros principios, que para estudiarlos habría que dejar a un lado la óptica de herencia occidental para comprender su reconocimiento, estos nuevos principios constitucionales, que profundizan en el reconocimiento de otra juridicidad, de otro concepto de concebir el derecho, que reconcilia al hombre con la naturaleza, de una cosmovisión de herencia ancestral, rompiendo con la visión occidental de concebir los derechos, retoma lo colectivo, reconociendo que el hombre no es un ente aislado de su entorno, que el hombre antes de ser individuo es colectividad como ha señalado Enrique Dussel.

El buen vivir o el *sumak kawsay* proponen una forma diferente de ver el derecho, que trasciende a los derechos sociales, aborda problemas de exclusión desde una visión diferente a la lógica del derecho liberal, pretende involucrar elementos que exhiben la necesidad de un reparto equitativo de la riqueza, más que una lucha de clases. Epistemológicamente, es la integración de elementos como el sentido de la diferencia, del reconocimiento para protección de otros saberes como los indígenas, de la reconciliación del hombre con la naturaleza desde la cosmovisión indígena de herencia ancestral, de un modo de vida que implica la reproducción de las relaciones sociales en comunidad, donde

lo colectivo toma sentido, la comunidad es importante para preservar modos de vida, elementos que salen de la lógica del mercado.

Desde el punto de vista normativo, la Constitución ecuatoriana reconoce nuevos principios como el *buen vivir* y la *pacha mama*, en la parte deóntica del discurso jurídico, lo que implica ya una cierta pugna con el uso del “lenguaje descriptivo que explica como es el mundo donde hay normas”,³⁴ puesto que además la Constitución ecuatoriana reconoce los mismo principios como derechos en la parte prescriptiva de la norma para materializar esos derechos.

¿Por qué surge esa pugna en el ámbito deóntico de la ley con el reconocimiento de los derechos de la *pacha mama* y del *sumak kawsay* con el uso del lenguaje descriptivo? Bueno pues tratare de formular una de las respuestas, desde el análisis que hace Oscar Correas, del sentido deóntico y del sentido ideológico del derecho, ya que como estudiamos en la primera parte de este trabajo, el uso del lenguaje prescriptivo y del lenguaje descriptivo, refleja las relaciones de poder que reproduce el derecho.

Así que nos encontramos en una pugna ante el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y del buen vivir, porque si bien se reconocen en la parte deóntica, no es así, en la parte ideológica, ya que el derecho reproduce las relaciones de poder, con todo y el movimiento social que antecede a este proceso constituyente se impuso un reacomodo institucional y el modelo jurídico sigue siendo el mismo, de lo que si puede gozar es de legitimidad por ser resultado de una importante participación social, sin embargo, los derechos de la naturaleza y del buen vivir son contrahegemónicos, pero se moldearon en un instrumento hegemónico como lo es la Constitución. Ya que el derecho vigente quedó igual, como el organizador de la violencia organizada del estado, como la reproducción de las relaciones del poder.

Si analizamos la parte deóntica: prohibitivo y permisivo, se protege a los derechos de la naturaleza y desde el punto de vista obligatorio impone al estado su protección para la reproducción de los ciclos de vida; entonces, estamos hablando de una protección integral que toma forma en el ámbito del *uso prescriptivo del derecho*; lo que se reconoce como un importante avance, que implica el reconocimiento de un principio extraño en la lógica

³⁴ Melgarito Rocha, Alma Guadalupe, *Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*, op. cit., p. 44.

hegemónica del poder, de la reproducción de la explotación capitalista de los recursos naturales y de la explotación del hombre por el hombre.

Ahora bien, este reconocimiento de los nuevos derechos en la parte *deóntica* del derecho, que como hemos reconocido es un avance, entra en pugna con el lenguaje *descriptivo*, con la parte ideológica, en la reproducción ideológica, en la reproducción del poder.

¿Por qué? porque para hacer cambiar el mundo real implica cambiar las prácticas económicas de sobre explotación de los recursos naturales y de la explotación del hombre por el hombre, lo que implica tocar los intereses de la elite del poder económico neoliberal; eso implica trastocar los intereses económicos de las grandes empresas y transnacionales que han visto al Ecuador como una reserva estratégica de recursos naturales.

Para hablar de *cómo es el mundo donde hay normas*, implica anotar las relaciones de poder, sobre todo del poder económico, y si el carácter prescriptivo del derecho “intenta cambiar el mundo” como nos dice la autora Alma Melgarito, que es precisamente en el ámbito deóntico, entonces tenemos un conflicto, una amenaza del poder, dentro de un instrumento hegemónico como es la Constitución, es como se representan las pugnas a la hora de hacer valer esos derechos de la naturaleza que involucra la lucha del poder económico, como es el caso de las mineras, de la extracción petrolera y de las diferentes formas de explotación de los recursos naturales, hacer valer estos derechos implicaría una disputa “de la hegemonía al orden o sistema dominantes”,³⁵ ya que su reconocimiento es de efecto materializable, en *el ser*, mediante mecanismos jurídicos, dentro de la esfera jurídica occidental dominante se reconoce un uso contrahegemónico.

Al integrar en la parte *dogmática* estos principios en el ámbito del *deber ser*, en esencia pueden entrar en contradicción y darse como un campo de batalla en su aplicación efectiva; axiológicamente el *sumak kausay* es de contenido ancestral transmitido mediante otras formas de vida diferentes a las del conquistador, en este caso se pretende el uso del derecho con herramientas hegemónicas, como es la Constitución con la integración de elementos contrahegemónicos, como señala Boaventura de Sousa Santos.

³⁵ Correas, Oscar, *Teoría del derecho*, op. cit., p. 176.

Ya que entre los derechos del buen vivir o *sumak kawsay* en relación con la *pacha mama*, debe haber armonía en la aplicación de los derechos, que surgen en la constitución como principios.

Recapitulando concepciones que se combinan entre la protección de los derechos de la naturaleza, que relaciona el buen vivir, hacia la protección de derechos elementales como el derecho al agua, a la alimentación, a la salud, además que la defensa de estos derechos, estos nuevos principios cuestionan de fondo los problemas de la sociedad actual, entre otros elementos, al extractivismo desmedido de los recursos naturales que en la regulación de los derechos sociales se invisibiliza el origen que trae otras consecuencias como del daños a la salud por ejemplo.

La protección de los derechos sociales, en la parte *deóntica* es fortalecida en un análisis de fondo, ya que pone en evidencia la necesidad de proteger a la naturaleza como medio de reproducción de vida, imponiendo al estado la obligación de proteger los derechos de la *pacha mama* que, entre otras cosas, como resultado inherente traerá la preservación de la salud, por ejemplo al tener derecho a la alimentación, se relaciona con la protección genética que también protege la alteración de los ciclos naturales como se lee en el artículo 73 Constitucional, sin duda este es uno de los avances de la constitución ecuatoriana, porque evidencia o visibiliza los problemas de fondo que crean daños a la salud, por citar este ejemplo, al cuestionar los daños que se producen con el uso de transgénicos, entonces es más de fondo el reconocimiento del derecho a la salud, que no se limita al simple derecho de ser atendido en un hospital, por el contrario amplía las posibilidades de atacar algunos de los problemas de origen que generan daños a la salud.

Pero por otro lado esta parte ideológica en la reproducción del derecho que no permite que se materialicen esos derechos reconocidos.

Reflexiones finales

El tema abordado desde la crítica jurídica, hace necesario estudiar el uso del lenguaje del derecho; en la parte deóntica y la parte ideológica, que por un lado implica hegemonía y por otro, dominación. Los derechos reconocidos en la nueva constitución, se tendrán que

enfrentar dentro de un marco de hegemonía y dominación, que es precisamente donde se generan pugnas, por tratarse del derecho como la reproducción del poder.

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza y del buen vivir, axiológicamente implican valores de herencia ancestral que para hacerlos valer se tendrán que aplicar en un ámbito hegemónico del derecho, donde se generaran las pugnas por la afectación de las relaciones de poder, como son en la parte económica.

Los derechos sociales, se pueden analizar como una redistribución de la renta o del ingreso económico, como un mecanismo de *forma*, combinada con los derechos de la naturaleza y el buen vivir, implica una protección de los derechos elementales de *fondo*, fortalecen y protegen factores reales necesarios para la reproducción de la vida; surgen de una realidad, evidencia que, el problema de exclusión y marginación, ya no solo se muestra en un reparto inequitativo de la renta, sino que aborda la protección de derechos de interés general; aspectos que toman forma como derechos al incluirse en la Constitución, estos cambios en las leyes implican abordar el estudio del derecho en el contexto que se originan otras formas de normatividad.

Podemos concluir diciendo que ante el análisis de la crítica jurídica, que separa la parte deóntica de la parte ideológica del derecho, y que en la parte *deóntica*, si se muestra un avance en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y del buen vivir; pero que choca con la parte discursiva o ideológica, que es donde radica la reproducción de las relaciones de poder, por tratarse de un derecho intacto, es el mismo sistema jurídico que produce hegemonía y dominación.

Es interesante conocer la participación política de los movimientos sociales en este proceso constituyente, sobre todo los grupos indígenas que pugnaron por el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, lo que implicó el reconocimiento de la participación ciudadana; misma participación que se requerirá para el avance hacia su cumplimiento, pues de lo contrario, los cambios políticos pueden dar un resultado diferente, como vaciar de contenido a los nuevos derechos reconocidos; lograr su aplicación contrahegemónica implica la construcción de otras formas de juridicidad.

Bibliografía.

- Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, España, Trotta, 2002.
- Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza, compiladores, *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011.
- _____, *El buen vivir, Sumak Kawsay*, Ecuador, Abya Yala, 2012.
- _____, *Buen vivir, Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*, Ecuador, AbyaYala, 2012.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Derecho de la naturaleza fundamentos” en Acosta, Alberto y Martínez Esperanza comps., *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011.
- Bobbio, Norberto, *et. al. Diccionario de política, l-z*, México, 6° edición, Siglo XXI, 1991.
- Cortez, David, *La construcción social del “Buen vivir” sumak kawsay en Ecuador, genealogía del diseño y gestión política de la vida*, ensayo, Programa Andino de Derechos Humanos, UASB, Ecuador, 2011.
- Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo sociosemiológico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- _____, *Teoría del derecho*, México, Fontamara, 2004.
- _____, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fontamara, 2006, p. 20.
- Domínguez, Rafael y Carai, Sara, *La ideología del Buen Vivir: la metamorfosis de una <<alternativa al desarrollo>>, en desarrollo de toda la vida*, ensayo, *Revista pre-textos para el debate*, núm. 2, UASB, Ecuador, 2014.
- Dussel, Enrique, *et. al. La Teoría Crítica y las tareas actuales de la crítica*, México-España, Anthropos, UAM, 2005.
- Flores, Marcello y Rolla, Giancarlo, trad. Serrano, Tomas, *Diccionario básico de derechos humanos, cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, FLACSO, 2009.

- Gudynas, Eduardo, “Los derechos de la naturaleza en serio, respuestas y aportes desde la ecología política”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza, coords., *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abda Yala, 2011.
- Macías, Alfredo, *et. al.* “El buen vivir, sumak kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos, Acosta Alberto”, *Revista de Economía Mundial*, 33, Barcelona, Universidad de León, 2013.
- Melgarito Rocha, Alma Guadalupe, *Pluralismo jurídico: la realidad. Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*, México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2012.
- Navas Alvear, Marco, *Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del estado social*, Ecuador, documento de discusión, UASB, 2014.
- _____, Marco, *Lo público insurgente, crisis y construcción de la política en la esfera pública Ecuador*, UASB, Ciespal 65, 2012.
- Noguera, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, España, edit. Tirant lo Blanch, 2010.
- Oliver, Lucio, *El Estado Ampliado en América latina*, México, UNAM, 2009.
- Ost, François y Van de Kerchove, Michel, *Elementos para una teoría crítica del derecho*, trad., Lamas, Pedro, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- Pérez Calvo, Alberto, “Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco, directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, España, Aranzadi, 2012.
- Pérez Valera, Víctor Manuel, *Deontología Jurídica, la ética en el ser y quehacer del abogado*, México, Oxford, 2002.
- Peña y Lillo Julio E., “Procesos constituyentes en el mundo andino. Bolivia y Ecuador en perspectiva comparada”, en *OSAL*, CLASO, Argentina, años X, número 25, abril, 2009.
- Ramón Capella, Juan, *Elementos de análisis jurídico*, 2ª ed., España, Trotta, 2002.

- Rivera Lugo, Carlos. “Nuevo constitucionalismo en América Latina. Contexto sociopolítico, derechos sociales”, *Crítica Jurídica revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*, México, n° 35, enero-junio 2013.
- Salazar, Diego Renato, *Diccionario de derecho político y constitucional*, Colombia, Ediciones librería del profesional, 1987.
- Saxe-Fernández, John, “América latina: reserva estratégica de Estados Unidos”, en *OSAL: Revista de Observatorio Social de América Latina*, CLACSO, Argentina, año X, N° 25, abril 2009.
- Sousa Santos De, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*, Bolivia, Plural editores, 2010.
- Trujillo, Julio Cesar y Ávila Santamaría, Ramiro, “Los derechos en el proyecto de constitución” en *Revista de Análisis Político la Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, Ecuador, ILDIS Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2° edición, 2008.
- Verdesoto Custode, Luis, *Procesos constituyentes y reforma institucional, nociones para comprender y actuar en el caso ecuatoriano*, Quito, Abya Yala, 2007.
- Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez, Dalmau, “Aspectos generales del Nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en compilación Corte Constitucional, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2010.
- Wolkmer, Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Colombia, ILSA, 2003.
- Zarini, Helio Juan, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- Zavaleta, René, *Clases sociales y conocimiento*, Bolivia, Edit. Los amigos del libro, 1988.

Leyes

- Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, 2008.