

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho

Comunstitucionalismo

Lo común como horizonte constitucional latinoamericano

Aquiles Alfredo Hervas Parra

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2021



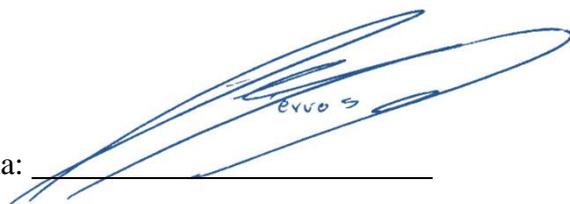
Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Aquiles Alfredo Hervas Parra, autor de la tesis intitulada “Comunstitucionalismo: Lo común como horizonte constitucional latinoamericano”, 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 Magíster 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, 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 u 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 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.

12 de julio de 2021

Firma: _____

A handwritten signature in blue ink is written over a horizontal line. The signature is stylized and appears to be 'Aquiles Alfredo Hervas Parra'. The word 'Hervas' is clearly visible in the middle of the signature.

Resumen

Investigación teórica, práctica y crítica sobre la existencia de principios en comunidades que no han sido inscritos en la constitución de la República, y, mediante el análisis de su existencia en sistemas de pluralismo jurídico se pueden proponer como un camino de transformación del Derecho y en especial del constitucionalismo contemporáneo en países de la región latinoamericana. El objetivo principal es que la constitución puede ampliar sus fuentes de enriquecimiento desde las comunidades de abajo y así democratizar el Derecho en territorios diversos como el latinoamericano; la metodología utilizada es el análisis crítico de discursos con el cual hemos levantado y procesado la información de esas comunidades ético-políticas; finalmente el principal resultado fue demostrar que los principios de las comunidades que hacen Derecho plural no se encuentran en la constitución a pesar de que se evidencia su existencia en decisiones comunitarias.

Palabras clave: Constitución, comunidad, crítico, pluralismo, común, principios

La presente investigación está dedicada a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de la Matria Abya Yala Grande. El/la runa que todos llevamos de forma barroca en nuestro ser comunitario.

Agradecimientos

A los pueblos y nacionalidades indígenas, por la memoria vivida de sus principios comunitarios.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, fuente y eco del pensamiento crítico en el Ecuador.

Al Dr. César Montaña Galarza, impulsor de investigación y compromiso académico en la casona universitaria.

A la querida amiga y tutora, Dra. Claudia Storini, por su admirable persistencia para que las causas liberadoras se abran senda en el Derecho y la Vida.

A Naná, imbatible compañera de sueños, luchas y quimeras en cada paso que nuestros pies caminan juntos.

A la Dra. Elsa Guerra, mi mejor amiga e inquebrantable idealista de otro mundo posible.

A Claudia Sánchez, extraordinaria compañera de aulas y labores.

Siempre a mi amada Familia, hilo tejedor de cada nudo de esta historia.

Tabla de contenidos

Tablas y gráficos.....	13
Introducción.....	15
Capítulo primero: Teoría crítica	19
1. Paradigma filosófico y político.....	19
1.1 Posmodernidad o transmodernidad.....	19
1.2 Filosofía y derecho posmetafísico y posracional.....	25
1.3 Derecho, el poder y lo político	28
1.4 Derecho hegemónico y derecho de la liberación	29
2. Constitucionalismo	31
2.1 Enfoque constitucional	31
2.2 Constitucionalismo principalista	33
2.3 Principios y derechos.....	35
2.4 Principios y argumentación	37
2.5 Jurisprudencia constitucional.....	38
2.6 Bloque de constitucionalidad.....	39
Capítulo segundo: Análisis crítico de discursos	41
1. Cuestiones metodológicas	41
1.1 Análisis crítico de discursos (ACD)	42
2. Herramienta metodológica.....	43
2.1 Selección de principios	44
2.2 Selección de comunidades	46
2.3 Definición de matriz de rastreo MCVPC.....	48
2.4 Detección crítica	49
2.5 Determinación de sinónimos jurídicos	49
3. Matriz Crítica de Valoración de Principios Comunstitucionales (MCVPC).....	50
4. Matrices de Cuantificación	59
Capítulo tercero: Comunstitucionalismo	63
1. Derecho plural.....	63
1.1 Interculturalidad crítica.....	63
1.2 Descolonización.....	65

1.3 Lo público, lo privado y lo comunitario	66
1.4 Lo común	68
1.5 Pluralismo común y/o lo común plural	70
1.6 Principios comunes	71
1.7 Pluralismo jurídico.....	76
1.8 Crisis de la justicia tradicional y hegemónica	80
1.9 Otras formas de justicia	81
1.10 Justicia indígena y justicia de paz como fuentes comunes	83
2. Constitucionalismo de lo Común.....	85
Conclusiones.....	95
Referencias bibliográficas	99

Tablas y gráficos

Tabla 1. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	49
Tabla 2. Matriz de detección crítica de principios.....	49
Tabla 3. Matriz de Sinónimos de Principios Andino	50
Tabla 4. Matriz de detección de sinónimos	50
Tabla 5. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	51
Tabla 6. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	52
Tabla 7. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	53
Tabla 8. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	53
Tabla 9. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	54
Tabla 10. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	55
Tabla 11. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	56
Tabla 12. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	56
Tabla 13. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	57
Tabla 14. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	58
Tabla 15. Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales	58
Tabla 16. Matriz de detección crítica de principios.....	59
Tabla 17. Matriz de detección de sinónimos	60
Tabla 18. Matriz de detección de principios tradicionales	62
Gráfico 1. Herramientas metodológicas	44

Introducción

Para empezar, termino de escribir esta investigación mientras el mundo entero se encuentra confinado en las cuatro paredes de sus hogares; algunos de cemento, otros de cartón. Al frente se erige la urbe, a las espaldas el Taita Chimborazo. Durante la mañana penetré por algunas horas con el azadón la tierra, removiendo aquello que por mala costumbre hemos denominado malas hierbas.

¿La verdad está en la tierra? Sin dudas, una parte de la verdad, más la tierra sin el agua, estas dos sin el viento, y finalmente estas tres sin el sol, no podrían dotar a la vida del fruto de la verdad. La verdad es el complemento; tan antagónico y armónico como lo podamos imaginar; el complemento en cada una de las relaciones de aquello que llamamos vida es lo más cercano a la verdad, el inicio del siglo XXI, en este momento de la historia.

Termino esta investigación mientras un halito de miedo circunda los rincones del mundo, de este pequeño país, de este pequeño pueblo. Qué tiene que ver esto con el Derecho: todo y nada; todo en la medida de su central función de organización social y nada en la poca apuesta que la sociedad hace sobre éste. Y justamente cuando algo representa todo y nada en un determinado momento del tiempo es cuando torna más urgente escribir y practicar sobre ese algo, abstracto y concreto a la vez.

El sistema moderno capitalista y la inmaterialidad de los derechos constitucionales contemporáneos, el paradigma subjetivo individualista de la sociedad moderno/capitalista retarda la posibilidad de establecer un horizonte amplio de desarrollo de derechos. Menos aún de inclusión de otros principios distintos a los que su seno legal se ha establecido.

Este es uno de los motivos por los cuales el Derecho aún se muestra incapaz de materializar la justicia. En ese mismo sentido, la otra cara del problema es la búsqueda permanente de nuevas iglesias morales, aunque las llamemos judiciales, para la orientación axiológica, así como la creación del derecho, ignorando y marginando las comunidades como espacios más amplios de consenso, complementariedad y profundización del -deber ser- de una sociedad armónica y equilibrada.

La situación de crisis conexas en el mundo plantea retos de inmensa envergadura: la crisis ambiental, las extremas diferencias sociales, derechos humanos

vulnerados, debilitamiento de la democracia, entre otros problemas, demandan nuevas respuestas. La región latinoamericana, permanentemente subordinada, se ha planteado recelosa con sus ideas ante tal escenario; a pesar de contener, en tanto región común, consistentes oportunidades y posibilidades para enfrentar los problemas enunciados.

En las estructuras de organización social, ciertos constitucionalismos específicos de la región y la inter-relacionalidad común, en especial la étnica, son síntesis de posibilidades y alternativas. Tanto en el estudio de sus resultados constituidos (las constituciones), como en las múltiples formas de la memoria que persisten; tanto en los espacios interculturales del territorio como en los campos populares de los sectores sociales subalternos.

En su desarrollo histórico los estados nacionales latinoamericanos han discriminado las fuentes comunitarias y populares que podrían alimentar la mejor organización social de sus estructuras jurídicas y de la conformación de los derechos. El período comprendido entre la década de los noventa y el primer decenio del siglo XXI es evidencia de la disputa por la reivindicación de derechos de los movimientos sociales, étnicos y populares. Las constituciones denominadas como *progresistas* (término ambivalente) son el resultado de procesos sociales en general y no son patrimonio de gobiernos en particular.

Ante ese hilo de disputa con los gobiernos por conformar otra forma de Estado, la necesidad de investigación que acompañe procesos es central. La idea es poder dar identidad a aquellas otras formas de sociedad que los movimientos sociales, indígenas, de mujeres, populares, urbano marginales, etc., demandan. Aclarando que en la investigación se aplica análisis crítico de discursos como fuente de esta propuesta.

El constitucionalismo andino, si bien, tiene como una de sus cargas simbólicas más contundentes la plurinacionalidad establecida en las constituciones; no menos cierto es que se configuró en una posición amplia de sectores contra la arremetida neoliberal usurpadora de derechos. Y que además ha excluido un catálogo de principios alternativos que materializarían posibles constituciones más diversas rumbo a otra realidad de justicia.

Los movimientos sociales en su sabiduría histórica acumulada han traducido sus demandas a reivindicaciones y actualmente pugnan por el cumplimiento de las mismas, cuestión que aparentemente resultaría más sencilla que la consecución constituyente, pero que vemos, más bien, se complejiza. Las memorias culturales, vividas y

practicadas; así como los saberes populares, son una oportunidad clave para poder dar saltos, no solamente jurídicos, sino, paradigmáticos entre uno y otro modo de vida.

Finalmente, las leyes y por ende la constitución, pueden ser el reflejo de los modos de vida de sus poblaciones. Por ello es importante no estudiar la configuración del Derecho, sus leyes y la norma de manera separada a las relaciones culturales y sociales. Lo contrario sería un retorno positivista ortodoxo en la investigación académica; esta propuesta y perspectiva pretende crear alternativas ético/políticas con las cuales las leyes, constituciones u otros cuerpos jurídicos tendrían profundidad y cercanía con sus poblaciones.

La región, formalmente independizada, pero material y simbólicamente neocolonial y dependiente de centros de poder, requiere asumir su condición y disputar su real descolonización. Esto debería ser entendido históricamente como derecho de los pueblos, además de que tal posibilidad se puede convertir, hipotéticamente en términos constitucionales, como alternativa a la crisis, que hoy por hoy se encuentra en severo estado de inestabilidad ambiental, política, económica y social.

La democracia comunitaria, los tipos de organización del conflicto, los circuitos de producción, los niveles de consumo de las comunidades, su armonía con la naturaleza; en general, los paradigmas de formas de vida no reconocidos, son la posición real de esa oportunidad. De todas esas áreas, la idea de esta investigación es acercarse a las comunidades como prototipo específico de un programa general.

Nos hallamos ante la cruda expresión de dificultades del constitucionalismo contemporáneo, insuficiente para procesar los problemas sociales. Sobre ello se requieren alternativas, y las comunidades han custodiado en su memoria vivida y practicada formas, que son distintas y a la vez complementarias a los principios occidentales que axiológicamente conforman las constituciones contemporáneas. Otra matriz de encuentro entre los diversos.

La idea práctica se centra en tomar casos concretos recabados mediante investigación y sistematizados con herramientas de análisis (matrices), con el fin de acotar y probar evidencia de un tema tan extenso. Ello no implica la imposibilidad de establecer varios puentes permanentes entre lo específico observado y los panoramas teóricos más amplios a lo largo de la tesis. En el campo profesional, la investigación nutre lo expuesto en la primera parte de esta introducción respecto de retroalimentar áreas en la docencia académica y la continuidad investigativa de estas categorías.

En América Latina, hace aproximadamente dos décadas (a criterio del investigador) el Derecho dejó de abordarse como una profesión estrictamente instrumental hacia el ejercicio de la Abogacía litigiosa, e irrumpió la necesidad de pensar las instituciones jurídicas y los sistemas de estructuración de la ciencia jurídica, que dan luz, directa o indirectamente, a la conformación de las leyes, o al menos así lo aspiraríamos desde la teoría crítica. En este sentido, el rol que ha ocupado la Universidad Andina Simón Bolívar para tal acometido es clave, no solo por la posibilidad de investigar alrededor del Derecho sino por la permanente producción de posiciones sobre lo jurídico. Esta tendencia de investigación crea inercias que desbordan el núcleo académico e influyen en los terrenos de lo público y comunitario.

No solo es una tarea académica en sí, trata de la necesaria respuesta ante las inminentes crisis por las que atravesamos y el dolor humano y natural. Cuestionamientos que deberían ser móvil de las investigaciones en Derecho: la caótica situación ambiental; el pendiente escenario de brechas extremas en la región; la escalada de formas estructurales simbólicas de la violencia de la mano con la relación estado-sociedad alrededor de los sistemas punitivos; los modelos neoconstitucionales no aplicados o asimilados de forma mediana sobre todo en su arquitectura procesal y jurisprudencial; sus límites máximos como teoría contemporánea; las incoherencias con la estructura de derechos humanos; entre muchas otras, son la agenda social causal de esta investigación.

Se trata de retos propositivos más que descriptivos, por tanto, las metodologías utilizadas en la investigación apuntan hacia ese sentido. Bien podría confundirse la investigación como patrimonio exclusivo de comunidades indígenas y rurales (justicia indígena y juezas/jueces de paz). Vale aclarar que no es esa la intención, sino la de demostrar desde el estudio de un tipo de comunidades, las de los andes ecuatorianos, en general todas tienen una fuerte enunciación y gestión del conflicto. Debido a la mayor práctica andina de modelos comunitarios, comparadas a otros espacios del territorio, sirven como pauta para llegar en un sentido más amplio hacia la memoria común popular compartida que contenemos y reproducimos como especie, y, amplificar nuestro ejercicio de campo con observaciones de otras relaciones comunitarias en programas de investigación futuros más amplios que lo realizable en la presente tesis.

Capítulo primero

Teoría crítica

Un mundo común no es un mundo feliz, armónico y reconciliado. Es un mundo donde el sufrimiento puede dormir dentro de nosotros. Donde el miedo se puede tumbar también, como una sombra que nos envuelve. Un mundo donde los cuerpos que duermen no dejan de estar separados pero se saben, de algún modo, entrelazados por una respiración que los acompasa.
(Marina Garcés, filósofa)

En este capítulo catalogaremos diez acápites que identifican la teoría desde la enunciación crítica. Si bien es una revisión de Filosofía del Derecho combinada con constitucionalismo, su fin es abrir una discusión del Derecho Constitucional principalista; y, el puente entre la constitución y las fuentes comunes, mediante los principios constitucionalizados y los no constitucionalizados.

1. Paradigma filosófico y político

1.1 Posmodernidad o transmodernidad

Escribir sobre derecho común y/o constitucionalismo comunitario necesariamente requiere estar precedido por la condición agotada y en crisis de la modernidad hegemónica occidental. Léase bien, hegemónica: no se trata de la estigmatización de occidente; sino su versión hegemónica configurada desde y para la reproducción del poder que provoca dolor a las comunidades, poder ilegítimo.

Dos bastiones de esta condición configuran el entendimiento de su agotamiento; lo cual no significa que no existan otras vertientes, empero, éstas resultan más pertinentes para la línea de reflexión:

- a) La crítica periférica a occidente, de la cual abrevaremos en particular las enunciaciones de occidente (hipótesis transmoderna de Enrique Dussel y otros).
- b) La crítica interna desde occidente mismo (hipótesis postmoderna de Gianni Vattimo y otros)

Se resalta la importancia de visibilizar esta segunda crítica con la finalidad de evitar la estigmatización del pueblo común europeo, lo contrario a ello sería un acto

discriminatorio y por demás injusto, que además establecería dos falacias: primero, asumir que todo lo no occidental está libre de los problemas de neocolonización por el solo hecho de estar fuera de occidente; y lo segundo, negar la existencia palpitante de contradicción y antagonismos en el seno mismo del centro del “sistema mundo”.¹

Al respecto “la llamada Europa medieval o feudal, no es sino el espejismo eurocéntrico que no se auto-descubre desde el siglo VII como una civilización periférica, secundaria, aislada, enclaustrada, sitiada por y ante el mundo musulmán más desarrollado y concretado con la historia del Asia y el África hasta el 1492”² cuestión que descentra el punto hegemónico del mundo en la génesis de la modernidad y atomiza la comprensión de los hitos de origen del poder hegemónico global.

La modernidad occidental hegemónica se ha globalizado en aproximadamente dos siglos a partir del ascenso de la Burguesía (revoluciones francesa e industrial) y que emergió en el episodio aleatorio del mal denominado descubrimiento³ de América con su subsecuente mercado transatlántico⁴ de transferencia y acumulación de recursos a gran escala, el “moderno mercado mundial y la colonialidad del poder”.⁵

Por lo tanto, con ello encuentra el capitalismo condiciones para convertirse en modo de producción global, y la colonialidad como estructura jerárquica del orden superior cultural, “la conquista de América habría determinado el nacimiento del capitalismo, pero sobre todo marcó la irrupción de la ‘diferencia colonial’”.⁶ Occidente pasó a ser, de una localidad determinada y periférica a la cultura dominante global.

Se insiste, la referencia a Occidente (su cuna Europa) y la cultura moderna, no es una referencia absoluta, no es un todo homogéneo. Mas por el contrario, es necesario evidenciar sus tensiones internas como resultado de su origen y a la vez su origen como puente de relación con las periferias similares a su condición prehegemónica.

¹ Immanuel Wallerstein, *El moderno sistema mundial* (Madrid: Editorial Siglo XXI, 2010), 40.

² Enrique Dussel, “Meditaciones anticartesianas”, en *La filosofía de la liberación, hoy* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013), 194.

³ Se mantiene el uso del término “descubrimiento” para que tenga sentido la afirmación de aleatoriedad, dado el episodio del 12 de octubre de 1492 fecha en la cual el Marín genovés Cristóbal Colón llega a costas de Abya Yala (nombre de los pueblos punos previo a su impronta de América) y desembarca confundido y pensando que habría llegado a las Indias Orientales.

⁴ Tesis propuesta por Enrique Dussel e Immanuel Wallerstein como configuración de la modernidad transnacional.

⁵ Rolando Pérez, “Apuntes sobre la economía transatlántica del siglo XVI y la modernidad transnacional actual”, *Revista Cronopio* 61 (2015), https://www.academia.edu/13598682/_Apuntes_sobre_la_econom%C3%ADa_transatl%C3%A1ntica_del_siglo_XVI_y_la_modernidad_transnacional_actual_.

⁶ Walter Mignolo, *Historias locales/diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo* (Madrid: Editorial Akal, 2003), 106.

Esto permite además separar, con propósito, los *principios*⁷ que disputaron las comunidades populares de los pueblos europeos y que, a pesar de su alto contenido de dispersión, mantienen vigentes la base social de la libertad moderna. Estos principios constitutivos del ser humano moderno posmedieval y postiránico no son patrimonio de la modernidad hegemónica, sino de la proclama popular por materializarlos en su dimensión ideal.

La crisis actual no es exclusivamente de sostenimiento económico; o una debilidad de la gestión de las relaciones políticas y sociales; menos aún solo una crisis axiológica de valores, sitiada e independiente. Se trata de una crisis paradigmática, y por ende el debilitamiento de la civilización occidental y su modelo de organización de la vida, efecto de su reproducción sistemática de la muerte; la decadencia, vida y muerte de occidente “la idea, la razón, el concepto, la verdad”;⁸ como afirmaría Michel Onfray mientras describe la Segunda Guerra Mundial.

Es sin duda el estado de muerte de las guerras del siglo XX lo que minó la modernidad occidental, puso en duda su racionalidad, su condición humanista y finalmente el atentado a la dignidad, base sustancial de las reflexiones sobre el Derecho, los derechos, la ética, las constituciones, en suma, el paradigma entero de la sociedad, el estado y la estructura.

A esto se integra la condición de supervivencia de los Otros; aquellos que habiendo sido negados con violencia jerárquica, subsistieron con resistencia silenciosa y momentos de insurgencia; los cuales además, revitalizan su voz; exigen su reconocimiento,⁹ se presentan como alternativa paradigmática. “Más allá del ‘orden mundial’ y de la supuesta ‘realidad sistemática’ de la modernidad habría espacios culturales que han sido rechazados o negados, pero que realmente son ancestrales y han sobrevivido a lo largo de los siglos al aparato de subalternización eurocéntrico”.¹⁰

A este escenario de reconexión con la cultura de los otros, negada por 500 años para el caso del territorio americano; mixto y encontrado con otros saberes populares. Enrique Dussel define como transmodernidad a “todos los aspectos que se sitúan más allá de las estructuras valoradas por la cultura moderna europeo-norteamericana, y que

⁷ Desde la libertad, igualdad y fraternidad de la revolución francesa hasta la contemporánea teoría de los derechos humanos.

⁸ Michel Onfray, *Decadencia. Vida y muerte de occidente* (Bogotá: Editorial Paidós, 2018), 451.

⁹ Ver levantamientos indígenas de la década de los años noventa en países de la región.

¹⁰ Enrique Dussel, “Transmodernidad e interculturalidad”, en *Filosofía de la cultura y la liberación* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 405.

están vigentes en el presente en las grandes culturas universales no-europeas”,¹¹ lo cual además implica el “desdoblamiento del sujeto que se ha embarcado en la empresa transmoderna y decolonial, no se limita a los recursos lingüísticos y epistemológicos que se utilizan”.¹²

La teoría dusseliana marca distancia con la crítica postmoderna de la racionalidad occidental hegemónica, “los postmodernos critican la razón moderna como razón, nosotros criticaremos a la razón moderna por encubrir un mito irracional”;¹³ no la anula, ni la niega; solo la considera un proyecto incompleto al no confirmar la inexistencia concreta de la modernidad, una especie de mitología configurada en el discurso de superioridad.

Para la superación de la "Modernidad" (no como Post-modernidad, que ataca a la razón en cuanto tal, desde el irracionalismo de la inconmensurabilidad, sino como Trans-Modernidad, que ataca como irracional a la violencia de la Modernidad, en la afirmación de la "razón del Otro"), será necesario negar la negación del *mito de la Modernidad*.¹⁴

¿Está el fin de la modernidad vaticinado y afirmado en el interior de autores occidentales asociado a la muerte de Dios¹⁵ o el fin de la historia¹⁶? Un poco de cada uno de estos dos elementos, sin duda. Mas el argumento que atrae rescatar, para conectar con la reflexión de crisis occidental, es la crítica a la razón erigida por los autores posmodernos¹⁷ y su denuncia a las verdades unívocas del sujeto moderno, “el sujeto afirma su propia posición central en la historia del pensamiento solo enmascarándose en las apariencias imaginarias del fundamento”.¹⁸

Este fundamento basado en una supuesta progresividad del pensamiento moderno, estatus formalizado por las instituciones de configuración de la verdad de la misma sociedad moderna, “la idea de modernidad reemplaza, en el centro de la

¹¹ Ibid, 46.

¹² Rodrigo Castro Orellana, “Sistema-Mundo y transmodernidad: una lectura crítica”, *Política Común* 10 (2016), doi:<http://dx.doi.org/10.3998/pc.12322227.0010.004>.

¹³ Enrique Dussel, *1492: el encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*, vol. Colección Académica no. 1 (La Paz: UMSA. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación - Plural Editores, 1994), 4.

¹⁴ Ibid, 176.

¹⁵ Ver la filosofía de Martin Heidegger.

¹⁶ Ver la sociología de Francis Fukuyama.

¹⁷ Principalmente los estudios de Jean-François Lyotard en su célebre libro “la condición posmoderna”.

¹⁸ Gianni Vattimo, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1987), 34.

sociedad, a Dios por la ciencia”.¹⁹ Juez y parte del pensamiento, partícipe y a la vez evaluador del conocimiento en un pequeño grado periódico de la historia, corto de tiempo y limitado de capacidad para el sincretismo cultural, enmarcado “en el dispositivo de desarrollo de una Vida que es al mismo tiempo Sujeto, se advierte el recurso del saber narrativo. Hay una ‘historia’ universal del espíritu, el espíritu es «vida», y esa ‘vida’ es la presentación y la formulación de lo que es en sí misma”.²⁰

Así, si Dios fue sustituido en su función de orden social por la razón en el campo de la modernidad, y la modernidad se encuentra en centro de críticas internas y externas por su pretensión jerárquica de verdad, “la conexión entre crisis del humanismo y la muerte de Dios puede, por lo demás, parecer paradójica, solo cuando se considera que el humanismo deba ser necesariamente una perspectiva que coloca al hombre en el centro del universo y lo convierte en señor del ser”²¹ ¿No es ésta una contradicción irracional?

Es entonces que la racionalidad moderna hegemónica copa el vicio por el cual injustamente pagan las bases de la razón y cabe la pregunta fundante del sujeto de Alain Touraine ¿puede identificarse la modernidad con la racionalización o, más poéticamente, con el desencanto del mundo?²²

Y el uso de la palabra racionalización es clave, en tanto acto describe una relación entre el sujeto portador de la supuesta razón moderna y aquellos distintos que no la portan, a juicio del mismo portador, una vez más: juez y parte. “Una razón sin sujeto es una racionalidad que no implica responsabilidad, compromiso, es una idea que se diluye en un individualismo extremo”.²³ Razón y racionalización no son lo mismo e implican dimensiones distintas, tal como si habláramos de cultura y culturización.

Por esto, considerar que una determinada concepción del mundo y de la vida tiene por sí misma una superior capacidad de previsión es un error de grosera fatuidad y de superficialidad. Es cierto que en toda previsión está implícita una concepción del mundo y por ello no deja de tener importancia que ésta sea una serie inconexa de actos arbitrarios del pensamiento.²⁴

¹⁹ Alain Touraine, *Crítica de la modernidad* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994), 17.

²⁰ Jean-François Lyotard, *La condición postmoderna. Informe sobre el saber* (Buenos Aires: Ediciones Cátedra, 1987), 29.

²¹ Vattimo, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, 33-4.

²² Touraine, *Crítica de la modernidad*, 201.

²³ Mario Magallón Anaya, *Modernidad alternativa: viejos retos y nuevos problemas* (Ciudad de México: Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos - Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 138.

²⁴ Antonio Gramsci, *La política y el estado moderno* (España: Público - PC Biblioteca Pensamiento Crítico, 2009), 209.

Tal condición arbitraria forma parte de un acto político, es decir, de encuentros marcados por relaciones de poder: culturiza quien tiene poder sobre otro, tanto a nivel coercitivo (campo de la fuerza), como a nivel discursivo (campo de disputa de las verdades), así como racionaliza el sujeto hablante desde una posición de poder en la misma forma relacional.

Entonces ¿Qué está en crisis? La razón moderna o la racionalización moderna; un poco de las dos, al ser una crisis civilizatoria y de paradigma. Empero, su versión de ejercicio de poder, su relación política con el mundo es la de mayor decadencia, “en oposición a la tesis de que la Razón es un atributo exclusivo de una comunidad o de un pueblo, asumimos que ésta es un atributo o cualidad humana”,²⁵ por lo tanto la razón tiene capacidad de subsistir y trascender al fin de la racionalización hegemónica occidental.

La razón y sus principios, fruto de la disputa política contra el orden dominante en su momento, trascienden al fin-ocaso-decadencia de la modernidad hegemónica y posmodernidad crítica. Son conexos universalmente a los principios de las sociedades premodernas que se revitalizan en tiempos transmodernos, sin que esto signifique que la modernidad es centro de la historia, sino con fines exclusivos de ubicación relacional, por ello el filósofo latinoamericano Enrique Dussel habla de un proceso de liberación,²⁶ *Filosofía, Ética y Política de la Liberación*.

Es fértil la crítica posmoderna interna en el seno de occidente, mas su condición asociada la encadena, la ata a las bases menos problemáticas de la razón moderna, pero no por ello menos inestable, así sea en términos abstractos. Como sentenciará Magallón al referirse a modernidad y sentenciar posmodernidad “su definición latín: *modernus*, aquello que es lo más nuevo, lo más reciente. Entonces el discurso de la modernidad está conformado por lo más nuevo en el saber y la cultura; en tal caso, la posmodernidad es lo más reciente de la modernidad”,²⁷ con lo cual no necesariamente supera por completo sus defectos.

Así, y ratificando que la transmodernidad comprende la superación de la modernidad en arrastre de los principios fundantes de sus versiones prehegemónicas y contestatarias al poder; la superación de este modelo, cuestión enunciada pero aún no lograda, es guía de las alternativas a la crisis de occidente hegemónico. Esto tendrá implicaciones en el modo paradigmático de la civilización actual, como en la relación del derecho y la verdad, por consiguiente, del derecho y la ética.

²⁵ Magallón Anaya, *Modernidad alternativa: viejos retos y nuevos problemas*, 145.

²⁶ Enrique Dussel, *Filosofía de la liberación* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2011), 78.

²⁷ Magallón Anaya, *Modernidad alternativa: viejos retos y nuevos problemas*, 138.

1.2 Filosofía y derecho posmetafísico y posracional²⁸

Este elemento se basa estrictamente en las reflexiones hechas en el pensamiento occidental. La filosofía europea, continental y analítica ha sido sumamente rigurosa con auto criticarse durante el siglo XX; y, si bien no es posible extender ampliamente en esta investigación la nuda discusión filosófica entre derecho y ética, procuraremos esbozar elementos fértiles a esta materia en rededor del delgado hilo que une y aleja a la metafísica y la posmetafísica en la centuria pasada e inicios de la actual, especialmente y, sobre todo, respecto de la idea de justicia.

¿Qué es la justicia hoy? ¿Qué fue justicia hace cien años? La pregunta aparentemente ambivalente, e incluso con respuesta obvia en términos abstractos, se ha trasladado en su repuesta por escabrosos caminos de diez décadas desde la Gran Depresión de los años treinta²⁹, hasta hoy en día, el inicio de la tercera década del siglo XXI, con la pandemia mundial provocada por el virus COVID-19,³⁰. Sus respuestas han movido el parangón de los derechos y el derecho.

Si bien el positivismo jurídico,³¹ particularmente el analítico,³² goza a su haber la eliminación de la ligadura natural de los fundamentos dogmáticos y teológicos del derecho, se ha enfrentado a desafíos, igual de poderosos: la anulación del movimiento de las personas en su trama natural para la construcción de la verdad; Hans Kelsen afirmaba “las normas expresan una voluntad, y la naturaleza carece de ella”³³ disociando la posibilidad moral de los sujetos para dirimir y producir elementos que definan el bien y el mal, el objetivo normativista.

En su definición más corriente, el normativismo es aquella doctrina según la cual un hecho (en el sentido más amplio) es jurídico cuando es considerado en función de una norma jurídica que le atribuye determinadas consecuencias. Es característico de la teoría normativa remitir el criterio distinto del derecho del hecho a la norma; con otras palabras, de su contenido -según el cual, un hecho puede ser económico, social o moral-

²⁸ No se relaciona este uso del término con el acuñado por el psicólogo Vittorio Guidano para referirse a la psicología y la psicoterapia posracionalista. Si bien algunos de los conceptos que utilizaremos se asemejarán a la revolución cognitiva de la década de 1970, son disyuntivos sus enfoques de reflexión, análisis y basamento.

²⁹ También denominada la “Gran Depresión”, fue la gran crisis económica financiera mundial que se inició en el año 1929 y se prolongó hasta antes de la segunda guerra mundial.

³⁰ Pandemia mundial declarada por la Organización Mundial de Salud, inició como un foco nacional en China en el año 2019, se difuminó en todo el planeta durante el año 2020.

³¹ O iuspositivismo, es la corriente jurídica que separa el derecho de la moral, las normas de sus valores o cualquier interpretación axiológica.

³² Derivada del positivismo jurídico, critica de éste su posición excesivamente enmarcada en la objetividad de las normas.

³³ Hans Kelsen, *¿Qué es justicia?* (Barcelona: Editorial Ariel, 1992), 184.

a su forma, según la cual no puede ser más que ordenado, o bien prohibido, o bien permitido.³⁴

Si bien los condimentos morales de los cuales Kelsen pretendió en toda su vida académica librar a la ley “considérese al Derecho es decir los actos que establecen el Derecho, sólo como el medio de provocar una determinada conducta”,³⁵ desde la forma de poder a la cual enfrentó, son nocivos; no podemos absolutizar a toda elaboración humana (en su condición colectiva) como nociva del Derecho, “el absoluto y los valores absolutos sobrepasan el alcance de la razón humana, para lo cual solo cabe una solución condicional y relativa para el problema de la Justicia como justificación de la conducta humana”.³⁶

En sí misma la cuestión ética, como sujeta al derecho, o marcada por sus límites según el alcance de las normas aflora límites que impiden la realización de la Justicia, Ronald Dworkin sentencia “nuestra esperanza es integrar la ética con la moral, no a través de la mera incorporación de ésta a aquélla, sino por conducto de una integración de apoyo mutuo”,³⁷ y al referir la palabra mutuo devela una relación horizontal entre moral y ética.

La ética alejada de la producción de Derecho habría prometido elevar la condición de este segundo a elemento estrictamente objetivo de la paz social, “no solo las fronteras sociales se vuelven fronteras culturales, sino que, con una nitidez todavía mayor, se vuelven fronteras morales”.³⁸ Dos guerras mundiales, sucesivos estallidos reproductores del conflicto en cien años con una cifra innumerable de muertos sumados en el período, además de la percepción generalizada en todas las naciones del mundo sobre la no consecución de la justicia permite cuestionar sus basamentos.

No están separados derecho y moral; jamás en la historia se ha logrado esta disección, mas, la construcción del orden alejado de los abusos de poder sin otros modos de equilibrio con ese poder emergente, provocan nuevos abusos en otras direcciones. Así la justicia exigió, a modo de demandas de la dignidad humana un

³⁴ Norberto Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (Madrid: Editorial Trotta, 2015). 91.

³⁵ Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho* (México: Editorial Época, 2008), 48.

³⁶ Kelsen, *¿Qué es justicia?*, 45-6.

³⁷ Ronald Dworkin, *Justicia para erizos* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014). 315.

³⁸ François Dubet, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011), 82.

ejercicio posmetafísico, no el retorno a la producción moral del derecho, sino al derecho como productor de ética(s) mínima(s)³⁹ y consigo de justicia(s).

El positivismo había desenmascarado los problemas de la metafísica como algo sin sentido, como problemas que podían dejarse de lado como algo sin objeto. Mas, en esa furia anti metafísica delata la inaclorada intención científicista de elevar a absoluto las ciencias experimentales [...]. Hoy, de las cenizas de este negativismo se levanta la chispa de una renovación de la metafísica.⁴⁰

Tal condición posmetafísica, al igual que en la posmodernidad, entendida como la versión más reciente de la metafísica, y crítica a la vez de ésta, su raíz; no representa lo que el filósofo alemán Jürgen Habermas describirá como fundamentos kantianos o de la dialéctica trascendental kantiana; incluirá a modo de formas multipolares a varias periferias del mundo,⁴¹ las que Boaventura de Sousa Santos definirá como “cosmopolitanismo subalterno”,⁴² incluidas las que resistieron desde tiempos premodernos, colonizadores y republicanos neocoloniales, al embate de la hegemonía occidental.

No obstante, como se había mencionado, en este acápite se hace mención especial a la rigurosa autocrítica occidental en su propio seno, y, en tal sentido debemos ejercitar el camino posmetafísico, la duda metódica de distinción entre la razón y racionalización. Los fundamentos metafísicos en concordancia con el ideal racional “echaron por tierra toda la legitimación de la monarquía, aristocracia, la subordinación de la mujer al hombre, la autoridad eclesiástica y la esclavitud, reemplazándolo con los principios de universalidad, igualdad y democracia”.⁴³

Así, la Razón puede escindir-se de su ejercicio racionalizador siempre que ésta sea redescubierta en sus orígenes comunitarios populares, es decir, su versión contra hegemónica; aquella asociada al “progreso clandestino de la ilustración radical (años

³⁹ Adela Cortina, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica* (Madrid: Editorial Tecnos, 1986), 32-40.

⁴⁰ Jürgen Habermas, *Pensamiento postmetafísico* (Madrid: Editorial Taurus Humanidades, 1990), 38.

⁴¹ Tómese como ejemplo el Grupo de Estudios Subalternos en el sudeste asiático (Ranjit Guha, Gayatri Chakravorty Spivak, Edward Said, entre otros) o el Grupo Modernidad/Colonialidad en Latinoamérica (Enrique Dussel, Aníbal Quijano, Edgardo Lander, Ramón Grosfoguel, Agustín Lao-Montes, Walter Mignolo, Santiago Castro-Gómez, María Lugones, Nelson Maldonado-Torres, Zulma Palermo, Catherine Walsh, Arturo Escobar, Fernando Coronil, Javier Sanjinés, entre otros)

⁴² Boaventura Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho* (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 79.

⁴³ Jonathan Israel, *La Ilustración radical. La filosofía y la construcción de la modernidad, 1650-1750* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2012), 11.

1680-1750)”;^{44, 45} y todos sus antecedentes sociales entre las gentes, la plebe y los contextos del pueblo.

En tal sentido, dado el mismo orden de entendimiento de la posmodernidad como lo más nuevo de la modernidad, el posracionalismo devendría en el reflujo de la razón frente al irracional avasallamiento de valores, principios, derechos, en suma, de la ética de la vida. Tal razón además con importante paralelismos culturales a principios no occidentales pero igual de cosmogónicos (universales) en sus bases constitutivas.

¿Es la posrazón una superación de la humanidad? No. “A los que predicen el fin de la historia, se les han unido los que pronostican el fin de la humanidad y comienzo de una nueva era poshumana”.⁴⁶ Fue la razón humana antagonista en otros momentos de la historia, a los abusos del poder, el dolor, la muerte y el obscurantismo de la verdad; es la razón humana la que ahora se encuentra y complementa con la integral y entera versión de la palabra humanidad universal transmoderna y posmetafísica.

1.3 Derecho, el poder y lo político

Lejos de empezar con la preocupación por el alcance interpretativo de la titulación de este acápite, se aclara que refiere a la relación del derecho con el poder en un esquema crítico, y también a su construcción en tanto relaciones de ese poder. ¿Qué es lo político? ¿Qué es el Derecho? Las dos respuestas no son posibles sin comprender el poder, por lo cual, entender el derecho o entender lo político es entender el poder. O viceversa: para entender el poder hay que revisar lo político y las manifestaciones del derecho.

No se hará un tratado completo sobre el poder, basta con tener claras las premisas que lo configuran, en términos genéricos, para el argumento de la comunidad propuesto en esta investigación. Byung-Chul Han afirmará “el poder opera sobre el resplandor de lo que está pleno de sentido”,⁴⁷ mientras revisa la comprensión de la intermediación de los signos del poder desde las monarquías hacia las sociedades hoy comprendidas como democráticas. Intermediación existente como efecto de una estructura entre la cual mediar y establecer signos para el orden en comunidades.

⁴⁴ Ibid, 697.

⁴⁵ También podemos ampliar la búsqueda del rastro de origen intelectual de las nociones radicales de la razón y la modernidad inicial en el filósofo sefardí-hispano-portugués Baruch Spinoza en mediados del siglo XVII, incluso con más claridad que los postulados de René Descartes y Gottfried Leibniz.

⁴⁶ Alejandro Madrugá, “¿Poshumanidad o poshumanismo?”, en *Modernidad posmodernidad* (La Habana: Instituto Cubano del Libro - Editorial de Ciencias Sociales, 1998), 15.

⁴⁷ Byung Chul Han, *Sobre el poder* (España: Editorial Herder, 2018), 63.

El derecho como signo de medición de las relaciones de poder y también como instrumento; desde el cual en una y otra función se puede revisar, para evaluar las tensiones y armonías entre fuerzas encontradas o sometidas a la “crisis de la democracia”.⁴⁸ La ley como creadora de orden y sobre todo su rol ordenador, ya que el derecho, más bien podría implicar la limitación de ese orden y por ende del poder: derecho de la liberación.

Estas relaciones de poder y orden, aplicadas a relaciones sociales de alcance global, “las relaciones de intercambio desigual entre países centrales, periféricos y semiperiféricos, siempre tuvieron una fuerte dimensión política”,⁴⁹ así como entre seres en términos sentimentales, familiares amistosos, educativos: “lo personal es político”⁵⁰. Todas son reglas de índole político, sobre esto tomaremos la definición de Chantal Mouffe:

“Lo político” se refiere a esta dimensión de antagonismo que puede adoptar diversas formas y puede surgir en diversas relaciones sociales. Es una dimensión que nunca podría ser erradicada. Por otro lado “la política” se refiere al conjunto de prácticas, discursos e instituciones que buscan establecer un determinado orden y organizar la coexistencia humana en condiciones que siempre son potencialmente conflictivas, ya que están afectadas por la dimensión de lo político.⁵¹

Lo político y el derecho son parte de la misma sombra del poder, sea para oprimir como para liberar. Desentramar su origen o punto desde el cual se proyectan implica conocer su estructura; en el orden ideal armónico: estructura horizontal o democrática; y, en el orden real conflictivo: estructura vertical. Esta segunda es la que se constituye en relaciones hegemónicas y la más característica en nuestros constitucionalismos institucionalizados, desde sus orígenes hasta los momentos contemporáneos.

1.4 Derecho hegemónico y derecho de la liberación

En este apartado se partirá de la premisa de Claudia Storini “Si ya se asume que el derecho se divide en dos partes, una normativa y otra no normativa, y que la no

⁴⁸ Noam Chomsky, *Sobre el poder y la ideología* (Madrid: Visor Dis, 2000), 120.

⁴⁹ Boaventura Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes (Bogotá, 1998), 337.

⁵⁰ Carol Hanisch, “The Personal Is Political: The Original Feminist Theory Paper at the Author’s Web Site”, *Carol Hanisch*, accedido 8 de julio de 2021, <http://www.carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html>.

⁵¹ Chantal Mouffe, *Agonística. Pensar el mundo políticamente* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014), 22.

normativa se identifica con la parte discursiva, no habría aquí que preguntarse por las causas del derecho, sino por cómo se produce la dominación a través del mismo”⁵², con la consciencia de que puede ser también herramienta dual: el derecho como hegemonía y el derecho como liberación.

Hegemonía desde su concepción *gramsciana*⁵³ implica dos atributos inseparables: fuerza y consentimiento. Términos que en su acepción semiológica aparentemente no se percibirían como efectos de relaciones de dominio, mas, hilvanando con mayor profundidad la estructura vertical que se erige de la casi totalidad de arquitecturas estatales tienden a la dominación y el control. Puede decirse que los estados ejercen el consentimiento formal que en sus constituciones tienen como fruto lo que las voluntades democráticas electorales han avalado, lo mismo pasa con las leyes. En este sentido:

El Estado es concebido como un organismo propio de un grupo, destinado a crear las condiciones favorables para la máxima expansión del mismo grupo; pero este desarrollo y esta expansión son concebidos y presentados como la fuerza motriz de una expansión universal, de un desarrollo de todas las energías “nacionales”. El grupo dominante es coordinado concretamente con los intereses generales de los grupos subordinados y la vida estatal es concebida como una formación y superación continua de equilibrios inestables (en el ámbito de la ley) entre los intereses del grupo fundamental y los de los grupos subordinados, equilibrios donde los intereses del grupo dominante prevalecen hasta cierto punto, o sea, hasta el punto en que chocan con el mezquino interés económico-corporativo.⁵⁴

Retomando a Storini, no son las raíces del Derecho las que provocan la configuración hegemónica estatal, el conflicto como causa constitutiva de la necesidad del derecho tiene otra dimensión de análisis, que se ubica en el ámbito del antagonismo/agonismo convivientes, propios de la sociedad. Es más bien la aparición del orden como discurso y de quienes disponen de las condiciones fácticas de imponerlo (ni siquiera ofrecerlo) lo que constituye la dominación legalizada y hasta a veces legitimada. Orden que no es lo mismo que armonía, paz social o bienestar común, categorías que pertenecen al terreno de la liberación social dentro de los mismos márgenes de la ideal democracia, común y compartida.

⁵² Claudia Storini, “Pluralismo y buen vivir: un camino hacia otro constitucionalismo posible”, en *Refundación del constitucionalismo social*, Estudios Jurídicos 45 (Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2019), 435.

⁵³ Del pensamiento del teórico político, sociólogo y periodista italiano Antonio Gramsci.

⁵⁴ Antonio Gramsci, *Notas sobre Maquiavelo, sobre Política y sobre el estado moderno*. (México: Juan Pablos Editor, 1978), 72.

El derecho hegemónico es aquel que se encuentra cercano a las esferas del poder hegemónico, no como un todo, porque la vida, la historia y la estadística nos han demostrado la maravilla de las excepciones. Reflexionamos en este sentido sobre esas excepciones que pueden provocar vida alternativa; las comunidades mueven constantemente los hilos del derecho con alternativas al mismo, así como contradicciones de su orden institucionalizado. Alternativa y antagonismo no son lo mismo, pero pueden inspirarse y reproducirse en un sentido simultáneo, el del derecho contra hegemónico.

El poder se adapta a las circunstancias en las cuales los derechos de los que viven en la comunidad social, cualquiera sea su forma (indígena, joven, barrial, familiar, etc.) establezcan. Y por supuesto la organización de esas comunidades determina alternativas de liberación frente a ese orden, “todo movimiento exige, para proseguir y crecer, de organización”.⁵⁵ Como veremos a continuación la liberación es movimiento, el movimiento es vida alternativa, contradicción textual y senti-pensante de la muerte.

2. Constitucionalismo

2.1 Enfoque constitucional

Incorporamos aquí el concepto de constitucionalismo en términos genéricos sin hacer un tratado extenso sobre éste. Interesa en este marco dos elementos importantes como antesala teórica:

- a) Los principios como elementos orientadores del constitucionalismo: el constitucionalismo principalista.
- b) La conformación de fuentes del constitucionalismo como circuito jurisprudencial y bloque de derechos.

Antes de ello debemos definir el constitucionalismo, y para ello diremos que éste en todas sus dimensiones es un concepto político. Tratar de enclaustrarlo en las cárceles de lo jurídico como sustancia natural o formal es un error de comprensión. La constitución tiene sentido en una sociedad como límite del poder de las autoridades, y hoy en día orientadora de las garantías de los sujetos en una sociedad determinada. Sin esto, aunque tuviésemos un documento físico con letras no tendríamos constitución.

⁵⁵ Frei Betto, *La mosca azul* (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2012), 54.

En este orden de ideas, la constitución no la redactan los gobiernos, ni siquiera los constituyentes que en democracia votan por la creación de un estado, el sistema de derechos nace de los pueblos, de la voluntad de conformar un campo de derechos que subyace de las y los ciudadanos de la república que establecerá la regulación de los poderes públicos y toda forma de relaciones de poder.

Este rasgo de origen del constitucionalismo en sus *versiones contemporáneas*⁵⁶ en apariencia es una manifestación de democratización constante y permanente; más adelante retornaremos con esta premisa. Mas en el acto, una vez efectuada, esta carta de derechos tiende a alejarse de sus poblaciones y se convierte con el tiempo en un papel ajeno y no apropiado por completo, no acuerpado a sus pueblos.

So pena de ello, las huellas de ese rasgo de origen se mantienen, en especial en su estructura axiológica: los valores y principios del pueblo se inscriben, en las improntas de los derechos. Las libertades, la igualdad, la dignidad humana, entre otros valores, se inscriben en el espíritu de las constituciones como fruto de la construcción histórica y disputa de estos principios en las poblaciones, el origen popular de tales postulados define el ascenso: desde las relaciones sociales, su armonía y conflicto, hacia las estructuras formales y materiales de la constitución.

No revisaremos acerca del constitucionalismo todos sus componentes: la soberanía nacional, la supremacía constitucional, su rigidez, los mecanismos de control, entre otros componentes. Porque en este punto de análisis, la importancia especial tiene la comprensión del sentido de la constitución en las sociedades en que se aplica como sistema de organización del estado.

Cerraremos este apartado indagándonos cuál es la asimilación que debemos hacer del principio de supremacía constitucional, lo asumimos como una estructura jerárquica que le da a la constitución su carácter escalonado en el orden de normas, tal como se lo define en el emblemático y antiguo precedente jurisprudencial *Marbury contra Madison*⁵⁷ siguiendo la corriente de la Teoría pura del derecho kelseniana, o, en su defecto, asumimos la noción democrática de esta carta como un constructo social de garantías que nacen desde abajo.

No se pretende una respuesta cerrada, incluso aunque deseamos asumir una posición políticamente correcta, la práctica nos obliga a no despojar a la Constitución de

⁵⁶ Referimos aquí a un conjunto de corrientes de mediados del siglo XX hacia la actualidad: neoconstitucionalismo, constitucionalismo transformador, constitucionalismo principalista, constitucionalismo popular, constitucionalismo garantista, constitucionalismo andino, entre otros.

⁵⁷ Caso judicial en la Corte Suprema de Estados Unidos de 1803.

su necesaria jerarquía, con la esperanza de que sus pueblos lo compongan con una condición dinámica que transite entre esa posición de respeto a sus garantías y *la democratización permanente hacia la adaptación y progresividad*⁵⁸ de sus contenidos.

2.2 Constitucionalismo principalista

“La primera divergencia es la del deber ser externo o ético político (o del Derecho) y el ser de los sistemas jurídicos en su conjunto. Equivale a la clásica separación entre derecho y moral, o entre justicia y validez”.⁵⁹ Con esta idea arrancamos la noción de principios en el derecho que aparentemente el positivismo dejó atrás a cambio de la noción legalista, recordamos las *frases hobbesianas*⁶⁰ acuñadas “*Auctoritas non veritas facit legem*” (es la autoridad y no la verdad la que hace la ley), o “*iustum quia iussum*” (es justo porque está mandado).

Mas la condición social de insatisfacción debido a la no realización de la justicia provoca que la condimentación ética del derecho regrese una y otra vez. ¿Derivada de algún pensamiento moral en particular? No, en el umbral del siglo XX será la mirada ética social la que asuma este espacio y cope la reflexión como un aspecto ético político, es decir un conjunto de principios emanados de construcciones democráticas que aterrizan en el campo jurídico, “tan pronto como identificamos los principios del derecho como un orden peculiar de normas, diferente de las normas jurídicas, descubriremos súbitamente su presencia en torno nuestro”.⁶¹ Por tanto, el constitucionalismo principalista es sobre todo un *constitucionalismo democrático*.⁶²

Así entonces la democracia se constituye a través de derechos y el constitucionalismo se convierte en proyecto político, entendido sobre todo en la capacidad de los pueblos de contribuir como fuente de los principios substanciales que regirán el Estado y sus garantías sin que deje ser una doctrina “laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, es decir entre ser y deber ser del

⁵⁸ Ver más en los principios constitucionales de progresividad y no regresividad.

⁵⁹ Luigi Ferrajoli, *Principia juris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*, vol. 1 (Madrid: Editorial Trotta, 2013), 15.

⁶⁰ Tomadas del pensamiento de Thomas Hobbes. Se acostumbra usarlas con frecuencia en el mundo del Derecho.

⁶¹ Ronald Dworkin, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en *La Filosofía del Derecho* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 97.

⁶² Se asume como acepción más que como la corriente teórica propuesta por autores como Karl Friedrich Krause y Karl Loewenstein, quienes acuñaron el término y estudios sobre Democracia constitucional.

derecho”,⁶³ o sea que sus principios se establecen en las relaciones sociales y políticas de su población mas no en las nociones morales de un sujeto o grupo en particular.

El autor italiano Luigi Ferrajoli contribuye con elementos valiosos al constitucionalismo de los principios o constitucionalismo principalista, conformando una arquitectura sólida alrededor de la teoría política y democrática del derecho y anticipando a ésta la crítica de las aporías del ius positivismo,⁶⁴ de las cuales principalmente aquí se resalta la democracia política como autogobierno y la jurisdicción como fuente de derecho, “la noción kelseniana puramente formal y política de la democracia como voluntad de la mayoría, resulta desmentida y contradicha por la noción ampliada de la jurisdicción y actividad creadora del nuevo derecho”.⁶⁵

Por supuesto la posición de respuesta del positivismo, más aún el metodológico, no se hace esperar y no es débil; Hart cuestionará “¿Qué son las reglas, y en qué medida el Derecho es una cuestión de reglas? El principal propósito de la mayor parte de la especulación sobre la naturaleza del derecho ha sido eliminar dudas y perplejidades”,⁶⁶ mas el objetivo una vez más no es escoger entre corrientes sino sostener las fuentes del derecho que configuran (o podrían configurar) el constitucionalismo en tiempos contemporáneos.

Así entonces los principios constitucionales son los que enuncian valores de carácter político y obedecen a un patrón de configuración del derecho, “el problema presenta otro carácter y resulta todavía de más difícil resolución, cuando la formulación de principio del derecho se encuentra, hipotéticamente, en el mismo nivel jerárquico que las normas de garantía, por ejemplo en un código”,⁶⁷ o como plantea esta investigación en otro tipo de codificaciones sociales excluidas, y que pueden introducirse en la constitución como canal de fuente del Derecho. En este sentido, cabe recalcar que:

La otra noción de principios, de larga tradición en nuestra cultura jurídica continental, es la de principios generales del Derecho. Los principios (excluyendo aquí a quienes por ese camino introducen los principios de Derecho Natural como normas supremas de los sistemas jurídicos) se obtienen por una especie de inducción a partir de un grupo de reglas, las cuales tendrían en común su base o inspiración en un principio, que les daría un sentido valorativo de conjunto. Esos principios generales del Derecho funcionarían

⁶³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 853.

⁶⁴ Ver las die aporías que critica Luigi Ferrajoli al trabajo de Hans Kelsen en su obra *La lógica del derecho*.

⁶⁵ Luigi Ferrajoli, *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen* (Madrid: Editorial Trotta, 2017), 224.

⁶⁶ Herbert Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2009), 16.

⁶⁷ Mario Jori, “Ferrajoli sobre los derechos”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2007), 112.

como normas jurídicas, aun cuando no se hallen expresamente enunciados en normas del sistema jurídico correspondiente.⁶⁸

Así el canon conceptual del Derecho constitucional ha dividido tres campos de articulación del texto constitucional: los principios, los valores y las reglas; todas garantías. Irrumpe desde su columna vertebral con el pacto social de derechos históricamente construidos y legítimamente aceptados.

2.3 Principios y derechos

Lex iniusta non est lex (una ley injusta, no es ley) reza el aforismo latino, por lo cual, en la distinción existente entre ley y Derecho es clave la noción política y orientadora del derecho de los principios: “los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos”.⁶⁹ Así se ubica a los derechos como materialización de los principios o viceversa; los derechos son el cuerpo visible de los principios, y en especial los derechos constitucionales. A palabras de Ronald Dworkin cuando habla de los derechos en serio:

El derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances mientras no aísle el problema de los derechos en contra del Estado y no haga de él parte de su programa. Ello requiere una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética, una vinculación que, por increíble que parezca, todavía está por establecerse.⁷⁰

No es una quimera el establecimiento de catálogos de derechos democráticamente construidos en la historia de los pueblos, y circunscritos en textos constitucionales a la luz de principios, también constitucionales y por supuesto democráticos. Es decir, lo contrario a la transformación del poder en derecho, sino el derecho como fruto de las relaciones sociales, el poder de decisión del pueblo. “Todas aquellas teorías que atribuyen el origen y desarrollo del Derecho a la actuación de un solo factor, sea la política, la economía o la psicología, son necesariamente unilaterales”,⁷¹ y, no explican por completo la dimensión colectiva de las relaciones jurídicas.

⁶⁸ Juan García Amado, *Iusmoralismo(s). Dworkin, Alexy, Nino* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2015), 14-5.

⁶⁹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (España: Editorial Ariel, 1977), 158.

⁷⁰ *Ibid*, 233.

⁷¹ Edgar Bodenheimer, *Teoría del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1942), 233.

Los derechos antes de ser interpretados en el campo jurisdiccional, emanan del campo popular social, su conformación en relaciones de poder históricamente determinadas, y es la constitución el crisol en una y otra dirección, “el constructivismo no solo ofrece fundamento a las éticas discursivas y finalmente al valor moral de la democracia, sino que también pretende imprimir racionalidad a los procesos de interpretación y aplicación del derecho constitucionalizado”.⁷²

Si retomamos el origen de la historia de alguno de los *catálogos de principios*⁷³ podremos valorar que éstos no son en ningún caso normas positivas, ya que no emanan de autoridad y reclaman jurídicamente reglas de validez; surgen de discursos en las relaciones sociales históricamente construidas. Mas, aún así, estas normas con validez y capacidad vinculante abstraen de esos principios político-históricos su sentido posterior y aplicación. Los derechos dan forma a principios que se construyeron como posiciones de la sociedad frente a un momento del tiempo.

“Los principios son bienes iniciales que se asumen como algo valioso, pero que a diferencia de los valores requieren ser materializados a través de actividades determinadas de forma consecuyente”,⁷⁴ a lo cual denominaremos derechos. Éstos, con su cuerpo establecido en el soma jurídico de la constitución o de leyes que adquieren el valor constitucional porque de ésta devienen.

Los derechos constitucionales viabilizan los principios constitucionales, que también surgieron de contextos históricos y se disputaron en el campo político de la sociedad. Proceden por lo tanto de la disputa por la vida de los pueblos y retornan a la garantía de esa vida de los pueblos, no solo como declaraciones abstractas sino como anclajes de la realidad.

En palabras de Carlos Bernal Pulido “las normas que tipifican los derechos fundamentales sociales no solo son un medio para la realización de la libertad; dichas normas tienen la finalidad propia de ofrecer a todos los individuos las condiciones

⁷² Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Editorial Trotta, 2013), 116.

⁷³ Como ejemplos podemos ver la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789” o la “Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana” (Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne) de 1791; éste último documento redactado por la escritora francesa Olympe de Gouges en el contexto de la demanda de los derechos de las mujeres alrededor de la Revolución Francesa.

⁷⁴ Gustavo Zagrebelsky, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional* (Madrid, España: Editorial Trotta, 2014), 176.

mínimas para satisfacer sus necesidades básicas y para sobrellevar una existencia digna”.⁷⁵ En suma, los derechos nacen de la búsqueda de los pueblos por su dignidad.

2.4 Principios y argumentación

No se hará en este apartado una síntesis de técnicas de argumentación o de la obligatoriedad en decisiones jurisdiccionales de carácter constitucional del principio de argumentación, sino más bien en la línea que se ha venido desarrollando, interesa la argumentación como ejercicio de fuente de principios, el argumento en su capacidad para provocar reflexiones ético políticas.

Todo sistema jurídico mínimamente evolucionado incorpora en su constitución un cierto número de conceptos morales que llamamos principios y que reclaman por parte del juez un particular ejercicio argumentativo de ponderación; allí donde existe ponderación existen principios, y allí donde existen principios da una presencia de la moral en el Derecho.⁷⁶

A las líneas frías de la norma es más complejo empapar de reflexiones éticas, empero de ello, las tienen. En el caso de los argumentos, sobre todo si son parte de sistemas constitucionales contemporáneos, éstos contienen abundantes elementos de posición socio-moral, “ahora el derecho se impregna de moralidad a través de la argumentación, lo que entre otras cosas, explica el extraordinario desarrollo de la teorías de la argumentación en el marco del neo constitucionalismo”.⁷⁷

Existen varias concepciones de la argumentación, Manuel Atienza es sin duda el teórico que más especificaciones sobre esto ha entregado y en este sentido configurador de principios nos dice “una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión. El problema es lo que suscita la necesidad de argumentar una solución, una respuesta al mismo”,⁷⁸ definición que nos lleva otra vez a la noción de derechos sociales como fruto de necesidades, en este caso problematizadas.⁷⁹

La palabra es un acto social, propio de especies con códigos compartidos, en este caso el lenguaje, con sus formas específicas de especie, hila la relación entre las personas. El lenguaje, y como vehículo la palabra, se convierte mediante el argumento

⁷⁵ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 300.

⁷⁶ Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1994), 73.

⁷⁷ Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, 116.

⁷⁸ Manuel Atienza, *El derecho como argumentación* (Barcelona: Editorial Ariel, 2006), 74.

⁷⁹ Retomar aquí la concepción de problematización la razón originaria del derecho como respuesta al conflicto; y, al conflicto como constitutivo de la vida y de la política.

en palabra dotada de posición ética, frente a una cuestión o hecho en sí mismo que se puede estudiar mediante la “teoría del discurso racional con reglas o sin ellas”.⁸⁰ La relación social entre el acto discursivo jurídico y los hechos a los cuales responden, están mediados por principios argumentados en campos jurisdiccionales según casos concretos.

Los argumentos no pueden ser sobre abstracciones o ideas abultadas de ambages. Se argumenta sobre derechos, se decide frente a la violación de los mismos o la confrontación ponderada entre dos o más de ellos, “conforme a la concepción de los derechos fundamentales hoy en boga, que ve a sus normas como principios y que señala que el procedimiento para resolver los conflictos entre derechos fundamentales es el de la ponderación argumentada”.⁸¹

Por lo mencionado la teoría de la argumentación jurídica permite la conexión sobre los postulados sociales respecto de lo correcto e incorrecto en materia de derechos, y como cerrará Manuel Atienza en su obra sobre las razones del Derecho:

Una teoría de la argumentación jurídica debería cumplir básicamente tres funciones: la primera es de carácter teórico o cognoscitivo, la segunda tiene una naturaleza práctica o técnica y la tercera podría calificarse como política o moral (...) esto tercero tiene que ver con la cuestión del tipo de ideología jurídica que, inevitablemente, está siempre en la base de determinada concepción de la argumentación.⁸²

Argumentar como acto de subsumir los hechos en instituciones jurídicas a la luz de derechos constitucionales que reflejan relaciones sociales politizadas en valores. Es la premisa desde la cual podemos encontrar un puente propenso a cimentar en los dos lados de la producción e la justicia y la producción de principios de parte de la sociedad. Los argumentos de la justicia pueden alimentarse constantemente de los alimentos éticos de una sociedad en constante transformación.

2.5 Jurisprudencia constitucional

“La palabra jurisprudencia en latín significa conocimiento del derecho”,⁸³ y a su vez conocimiento de lo justo. La función jurisprudencial no es solo la de fortalecer el

⁸⁰ Robert Alexy, *Derecho y razón práctica* (Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 1998). 52.

⁸¹ Juan García Amado, *Decidir y argumentar sobre derechos* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017), 111.

⁸² Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 217-18.

⁸³ Scott Shapiro, *Legalidad* (Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, 2014), 26.

sistema de fuentes del Derecho, sino la de aportar, frente a las lagunas jurídicas existentes, una veloz respuesta. La velocidad jurisprudencial para configurar derechos es mucho mayor que la de producción normativa en los órganos de producción de leyes.

Esto pone en parte a los jueces como creadores de Derecho y a la jurisprudencia como su mecanismo por excelencia. Comparado con los legisladores, los jueces no tienen una relación directa con sus representados y por tanto su legitimación política es inexistente, salvo la sostenibilidad justa de lo decidido en el recorrido histórico posterior, cuestión que no es la misma que la del legislador pasivo, ante todo en materia constitucional. En ese sentido cuál es la conexión del juez jurisprudencial con la vida misma de las comunidades. La respuesta es sencilla: por un lado la provisión de conflictos que exijan sus argumentos, y por otro la posibilidad de que los jueces abran un canal de aprendizaje sobre los principios innovados existentes en las comunidades.

Dicho de otro modo el concepto de *derecho viviente* de Ferrajoli: “interpretado, argumentado o aplicado, es el conjunto de interpretaciones diversas y diversamente argumentadas según los diversos intérpretes y las diversas circunstancias de hecho, ofrecidas para la jurisprudencia”,⁸⁴ es decir una fuente de valores y principios que la jurisprudencia tiene oportunidad de convertir en justicia y derecho.

Abrir un canal entre la producción obligatoria de Derecho y derechos en función de las sabidurías colectivas es viable a través de la jurisprudencia, “la tesis optimista considera plausible, e incluso necesario, atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia en el sistema jurídico”.⁸⁵ Esto haría que los estados asuman su rol de recreación constante de la producción de la justicia como San Agustín advertía “Qué son los Estados sin justicia, sino bandas de asaltantes a escala mayor”.

2.6 Bloque de constitucionalidad

Sobre esto brevemente enlistaremos los componentes tradicionales de la teoría del bloque de constitucionalidad tomado como referencia de la sentencia C-582/99 de la Corte Constitucional de Colombia:⁸⁶ (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.

⁸⁴ Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Madrid: Editorial Trotta, 2014), 126.

⁸⁵ Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 204.

⁸⁶ “C-582-99 Corte Constitucional de Colombia”, accedido 24 de mayo de 2021, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-582-99.htm>.

No detallamos mayor discusión teórica porque más adelante en el capítulo de resultados usaremos este marco teórico para la propuesta de Comunstitucionalismo, por ahora redactamos aquí la definición de la citada Corte:

Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución (...) De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional.⁸⁷

¿Por qué cerramos la teoría crítica hablando de bloque de constitucionalidad? Por la razón que es dimensional comparativo. Los tratados de derechos humanos están por encima o al menos al mismo nivel de la constitución; desde arriba amplían los principios que regentan el constitucionalismo en su aplicación territorial. Esta tesis busca lo mismo, pero en la otra dirección: las fuentes desde debajo de la constitución, desde las comunidades, éstas son capaces de alimentar o nutrir principios y derechos para la ampliación de su alcance. Un bloque de constitucionalidad desde bajo.⁸⁸

⁸⁷ Accedido en Mónica Arango Olaya, "El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Precedente. Revista Jurídica*, 2006, 79, doi:10.18046/prec.v0.1406.

⁸⁸ El nombre bloque de constitucionalidad tiene impronta e identidad en el convencionalismo internacional. El comunstitucionalismo que se propone más adelante es una especie de valle de principios y derechos sobre el cual puede caminar la Constitución.

Capítulo segundo

Análisis crítico de discursos

Nuestra justicia indígena no es punitiva, nuestra justicia indígena es sanadora, es criadora de vida y dadora de vida [...] Porque a mí de nada me sirve castigar o encerrar, como lo hacen en las cárceles, si no rescatamos o no volvemos a que el ser comunitario vuelva a la armonía. No es que si una persona comete un acto que desorganiza y desequilibra una comunidad, va a dejar de ser parte de nosotros, nosotros pensamos en la comunidad ¿Por qué esa persona está cometiendo actos que nos están desarmonizando, qué está pasando con ese compañero o compañera? Entonces la comunidad, la familia es corresponsable del acto de esa persona.
(Graciela Alba, Gobernadora y Sabia Pueblo Indígena Kayambi)

En el presente capítulo se ha realizado el ejercicio metodológico. Primero se establecerán definiciones teóricas de las corrientes de procesamiento de información que se han utilizado en este capítulo y que se prolongan hacia el tercero en el argumento de resultado. Se elaboró una estrategia propia, con herramientas innovadas y sistematización de elementos discursivos recabados en tres zonas del país.

1. Cuestiones metodológicas

En el enfoque metodológico se procura establecer estrategias que además del levantamiento de información permitan su sistematización y procesamiento rumbo a obtener elementos que en complemento con la teoría puedan servir para el análisis posterior, que en este caso se materializa en el capítulo tercero como análisis de resultados.

La metodología escogida es una aplicación innovada de *Análisis crítico de discursos (ACD)*⁸⁹ frente al enfoque que deviene del tema de investigación. La consulta metodológica de partida es ¿Cómo obtener información de comunidades ético-político-sociales relacionadas con producción de derecho? La respuesta implica un desafío. Antes de pasar a explicar tal acometido situemos en síntesis teórica esta metodología.

⁸⁹ Usaremos la propuesta de Teun van Dijk.

1.1 Análisis crítico de discursos (ACD)

Esta metodología, si bien ha sido asumida como un enfoque en construcción en las academias tradicionales, aquí nos sirve de importante fundamento, tanto por su aproximación transdisciplinar a los discursos, como por el rastreo intencionado que busca detrás y después de esos discursos, en las relaciones sociales y de poder. Abordaremos la base conceptual propuesta por Van Dijk desde finales del siglo anterior.

“El análisis crítico del discurso es un tipo de investigación analítica sobre el discurso que estudia primariamente el modo en que el abuso del poder social, el dominio y la desigualdad son practicados, reproducidos, y ocasionalmente combatidos, por los textos y el habla en el contexto social y político”.⁹⁰ Definición desde la cual ratificamos que los discursos, el lenguaje, o la palabra como elemento general tienen un contexto que la rodea y este contexto generalmente está determinado por relaciones de poder.

Los discursos, en este caso los de las comunidades, siempre estarán rodeados de poder, en el caso del derecho como área de estudio y ejercicio práctico de relaciones sociales entre ciudadanos, y de éstos con el estado. Las palabras comunitarias resumen estados de poder. Por lo cual estas estructuras que contextualmente definen el discurso, lo determinan en el marco de comunicaciones y éstas, se establecen en niveles de relación social y comunicacional de poder, “los actos de habla solo pueden ser actos sociales si se llevan a cabo en un contexto comunicativo”.⁹¹

Así cabe preguntarnos, ¿Hay espacio en la comunicación, y particularmente en la comunicación jurídica para los discursos de los sectores marginados? A primera vista podríamos decir que no y “uno de los conceptos que organiza muchas de las relaciones entre el discurso y la sociedad es el de poder”,⁹² por lo cual los textos que revelan la comunicación entre sujetos populares y el estado excluyen a ellos, de su presencia discursiva en esos textos, que en el Derecho denominamos leyes.

Pero esto debe ser probado, y en este ejercicio metodológico buscamos demostrarlo con unidades de medición relativamente cuantificables, exponer que existen elementos discursivos de los grupos populares a los cuales hemos denominado

⁹⁰ Teun van Dijk, “El análisis crítico del discurso”, 1999, 23–36.

⁹¹ Teun van Dijk, *Estructuras y funciones del discurso* (Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 59.

⁹² Teun van Dijk, *El discurso como interacción social* (España: Editorial Gedisa, 2001), 40.

comunidades que no se encuentran en las normas, particularmente en la más importante de ellas: la constitución.

Lo que se hará metodológicamente es evaluar en instrumentos comunitarios que disponen de mecanismos documentados la existencia de componentes discursivos que coexisten, que están presentes, pero excluidos del pacto social constitucional. Describimos detalladamente la herramienta metodológica usada, sus componentes y formas de levantamiento de información.

2. Herramienta metodológica

Para aterrizar las cuestiones metodológicas antes descritas establecimos una propuesta innovada de levantamiento y sistematización de información creada específicamente para esta tesis, se la denominó como la “Matriz Crítica de Valoración de Principios Comunitarios (MCVPC)”. A continuación, describiremos las fases antes, durante y después de esta herramienta.

2.1 Selección de un grupo de principios comunitarios ya previamente investigados y propuestos en alguna obra investigativa o bibliográfica previa, justificar la pertinencia de esos principios.

2.2 Selección de al menos dos grupos poblacionales que contengan la característica descrita de comunidades, y que a la vez produzcan Derecho y derechos de forma pluralista y alternativa.

2.3 Creación de una matriz de rastreo de discursos que contextualmente contengan los principios antes establecidos o sinónimos analíticos, denominada por quien investiga como Matriz Crítica de Valoración de Principios Comunitarios (MCVPC).

2.4 Detección crítica o búsqueda de tales principios encontrados en contexto dentro del texto constitucional vigente en el país que se ejecuta la investigación.

2.5 Determinación de sinónimos constitucionales en habla castellana de esos principios rastreados y búsqueda/cuantificación de estos sinónimos en la Constitución.

2.6 Establecimiento de análisis de resultados a la luz de la teoría recabada y la práctica investigada hacia la obtención de conclusiones, pero sobre todo del camino a la transformación.



Gráfico 1. Herramientas metodológicas
Fuente y elaboración propias

2.1 Selección de principios

Al revisar estados del arte existentes sobre trabajos teóricos efectuados sobre comunidades en un sentido amplio podemos afirmar que existe una gran cantidad de investigaciones y compilaciones. Empero de ello, si acotamos la búsqueda a otros criterios podremos rastrear una obra específica que cumpla la necesidad investigativa metodológica establecida.

El criterio establecido será el de pertinencia a la categoría comunidad. Para el contexto territorial en el cual se investiga se puede afirmar que existen un amplio conjunto de comunidades de diversa tipología: barriales, juveniles, estudiantiles, rurales, indígenas, de mujeres, entre muchas otras. Por lo cual se requiere escoger una de estas comunidades con objeto de tener un componente que permita levantar información eficazmente y rastrear una obra teórica que permita avanzar en la aplicación de la metodología establecida.

En ese sentido, para el caso del imaginario de las sociedades latinoamericanas, el término comunidad generalmente ha establecido una relación imbricada con su versión étnica y espacialmente ubicada en el campo rural, lugar hacia el cual se dirige la tesis ahora ejecutada. Además de ello, es importante resaltar que las comunidades

relacionadas con pueblos y nacionalidades indígenas, así como pueblos rurales conforman una densidad poblacional estadísticamente significativa.^{93 94}

Se escogió entonces las poblaciones indígenas y rurales como referentes para este ejercicio metodológico y además con ello del sustento de la tesis, debido a la importancia de la densidad poblacional de estas comunidades. Como consecuencia de ello rastreamos obras teóricas que puntualmente tengan levantada información investigativa sobre principios de comunidades en esta categoría y encontramos la célebre obra de Josef Estermann, “Filosofía Andina, sabiduría indígena para un mundo nuevo”.

Esta obra resume principios andinos que identifican la sabiduría de las comunidades andinas que se extienden a lo largo del territorio del sur de Colombia hasta el norte de Argentina y Chile, cubriendo una gran proporción territorial. Los cuatro principios que el autor expone en su libro son: relacionalidad, correspondencia, complementariedad y reciprocidad⁹⁵. Estos cuatro principios también se registran en la obra “La utopía del oprimido. Los derechos de la Pachamama (Naturaleza) y el Sumak Kawsay (Buen Vivir) en el pensamiento crítico, el Derecho y la Literatura” de Ramiro Ávila Santamaría como “principios del Sumak Kawsay”,⁹⁶ a los cuales agrega principios como afectividad, espiritualidad, ciclicidad, y el comunitarismo.

Además, después de algunos años trabajando con comunidades quien suscribe puede afirmar que se escuchan recurrentemente los principios mencionados en la sabiduría oral de las comunidades, actividades ceremoniales, asambleas populares, palabras de maestros y maestras Yachaks, Yatiris, Yumbos, Mamas, entre otros.⁹⁷ Principalmente, y con el objetivo de tener una matriz concreta, destacaremos los cuatro primeros principios que se repiten en fuentes documentadas y prácticas comunitarias:

⁹³ Según datos de la Comisión Económica para América Latina existen 826 pueblos indígenas con alrededor de cuarenta y cinco (45) millones de personas. Estas cifras sin embargo son discutibles, debido a los métodos con los cuales se determinan auto identificación. En cualquiera de los casos la cifra puede ser superior a la indicada. <https://www.cepal.org/es/datos-y-estadisticas>

⁹⁴ Para el caso de la estimación de poblaciones rurales se llega según estimaciones de la misma comisión (CEPAL) en un total de 120 millones de personas. De estas, una parte de la población indígena estaría dentro de esta cifra. *Ibíd.*

⁹⁵ Josef Estermann, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 3 vols. (La Paz: Instituto Superior Ecuaménico Andino de Teología, 2006), 123-150.

⁹⁶ Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido. Los derechos de la pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (Bogotá: Ediciones Akal, 2019), 305-334.

⁹⁷ Experiencias conocidas de la actividad investigativa en comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y rurales del Ecuador a partir del año 2010 como activista pro comunidades y en tanto Antropólogo Aplicado con ejercicios etnográficos, observaciones participantes e investigación acción participación.

- a. Principio de Relacionalidad.- Todo está de una u otra manera relacionado (vinculado, conectado) con todo. La entidad básica no es el ente sustancial, sino la relación; por lo tanto, para la Filosofía Andina, no es que los entes particulares, adicionalmente a su existencia particular, se relacionan en un segundo momento y llegan a formar un todo integral (holon), una red de interrelaciones y conexiones. Al contrario: recién en base a la primordialidad de esta estructura relacional los entes particulares se constituyen como entes.⁹⁸
- b. Principio de correspondencia.- (Con + respondere) implica una correlación, una relación mutua y bidireccional entre dos campos de la realidad. En la filosofía andina, el principio de correspondencia incluye nexos relacionales de tipo cualitativo, simbólico, celebrativo, ritual y afectivo. Hay correspondencia entre lo cósmico y humano, lo humano y lo no humano, lo orgánico e inorgánico, la vida y muerte, lo bueno y lo malo, lo divino y humano.⁹⁹
- c. Principio de complementariedad.- Ningún ente o acontecimiento particular es una entidad completa, es decir que sufre de una deficiencia, es decir es en el fondo un no ente, un nada e incompleto. El principio enfatiza la inclusión de los opuestos complementarios en un ente completo e integral- Tertum Datur, existe una tercera posibilidad más allá de la relación contradictoria, o sea la relación complementaria. Los opuestos son momentos, o mejor dicho entes deficientes e incompletos en un proceso que tiene que llegar a la complementación sintética.¹⁰⁰
- d. Principio de reciprocidad.- A cada acto corresponde como contribución complementaria un acto recíproco. La ética no es un asunto limitado al ser humano y su actuar, sino que tiene dimensiones cósmicas, se puede hablar de una ética cósmica. La reciprocidad andina no presupone necesariamente una relación de interacción libre y voluntaria; más bien se trata de un deber cósmico que refleja un orden universal del que el ser humano forma parte.¹⁰¹

Finalmente se cuestionará el lector por qué escoger una obra que reúne principios investigados. El motivo es que hemos orientado la investigación en el campo jurídico de la constitución y de ésta definimos, en el marco de los constitucionalismos garantistas actuales la importancia de los principios constitucionales para la conformación de los derechos y de la dimensión material de éstos, en progresivo avance para el bienestar de las sociedades en las cuales se aplican.

2.2 Selección de comunidades

Tomando en cuenta que la selección de comunidades deviene de un criterio étnico indígena y espacial rural; así como la obra teórica guía para la determinación de principios han sido los principios filosóficos o de sabiduría andina; la selección de comunidades deberá responder a esta relación territorial pertinente. Por ello se ha definido como grupo poblacional comunitario de esta investigación a los siguientes:

- a. Comunidades indígenas andinas que producen pluralismo jurídico.

⁹⁸ Estermann, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 126.

⁹⁹ *Ibid*, 136-138.

¹⁰⁰ *Ibid*, 139-144.

¹⁰¹ *Ibid*, 145-148.

b. Comunidades rurales andinas no necesariamente indígenas que producen pluralismo jurídico.

Dicho de otra manera con enfoque jurídico y desde sus respectivos reconocimientos constitucionales los grupos comunitarios serían:

- a. Justicia Indígena.
- b. Jueces y juezas de paz.

Para ello, recabaremos una muestra no determinada matemáticamente, dada la naturaleza de la investigación y el alcance no cuantitativo de los sujetos.¹⁰² Esta muestra se expresará en elementos representativos de tres regiones del país en las cuales hemos levantado información de decisiones, que con el objetivo de lograr analizar objetivamente se ha escogido en su versión escrita.

En especial para el caso de los pueblos y nacionalidades indígenas la oralidad es un componente valioso y no existe la obligación de escribir sus decisiones, empero, tampoco la prohibición de hacerlo. Y aprovechando que varias comunidades han optado, basados en su autogobierno y autonomía, escribir sus decisiones, recabamos las existentes y unimos al material conseguido de las/los jueces de paz para tener elementos comunes de metodología analítica. Los casos recabados se resumen así.

- a. Zona de provincias del norte de Ecuador
 - 2 decisiones de justicia indígena
 - 2 decisiones de jueces/juezas rurales de paz
- b. Zona de provincias del centro de Ecuador
 - 2 decisiones de justicia indígena
 - 2 decisiones de jueces/juezas rurales de paz
- c. Zona de provincias del sur de Ecuador
 - 2 decisiones de justicia indígena
 - 2 decisiones de jueces/juezas rurales de paz

Se procuró tener una relación exactamente paritaria entre decisiones de hombres y mujeres; y, cierta presencia simbólica de jóvenes. En los anexos a la tesis constan el total de actas recabadas en los dos sistemas seleccionados. Con el objetivo de definir con exactitud cada uno de estos sistemas transcribimos a continuación sus textos constitucionales de reconocimiento:

¹⁰² El motivo por el cual no se calcula una muestra estadística matemática de las poblaciones sujeto de investigación es que, ni las comunidades indígenas, ni las comunidades rurales, tienen la obligación legal de reducir a escrito sus decisiones, por lo cual no existe un universo estimado como línea de base para levantar cálculos muestrales.

Justicia Indígena.- Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.¹⁰³

Juezas, jueces de paz.- Art. 189.- Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.

Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho.¹⁰⁴

2.3 Definición de matriz de rastreo MCVPC

Con el objetivo de poder rastrear dentro de los discursos llevados a escritos de las comunidades se ha diseñado la denominada Matriz Crítica de Valoración de Principios Comunstitucionales (MCVPC) con la cual procuraremos, tomando las reglas aprendidas del Análisis crítico de discursos (ACD), determinar todos aquellos textos y sus respectivos contextos de extensión de una oración o llegando inclusive a un párrafo, que contengan alguno de los cuatro principios andinos seleccionados y antes definidos.

A continuación, la matriz vacía que más adelante está procesada y llenada con el total de once (11) decisiones de justicia indígena y jueces rurales de paz de tres zonas andinas del país.

¹⁰³ Asamblea Nacional Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, 2008.

¹⁰⁴ Ibid.

Tabla 1
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- JI () JP ()

Zona territorial	Escoger entre zona norte, centro o sur andina			
Nombre específico territorio	Poner nombre de comunidad, parroquia u otra referencia específica del lugar			
Tipo de pluralismo jurídico	Escoger entre Justicia Indígena o Jueces/as de Paz			
Breve descripción del caso	Resuma en no más de un párrafo el caso			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad				
Reciprocidad				
Complementariedad				
Corresponsabilidad				
Observación (en caso de existir)				

Fuente y elaboración propias

2.4 Detección crítica

Aquí se pretende hacer un rastreo específico dentro de la constitución de los principios andinos establecidos y escogidos, así como otros que el contexto del análisis crítico de discursos los haya rastreado como relacionados. Este ejercicio implica determinar si la constitución recoge o no principios comunitarios existentes y usados en el marco de resolución de conflictos o tensiones sociales de los pueblos.

Se utilizará para tal efecto las herramientas digitales de búsqueda rápida y directa mediante la inserción de palabras claves que han sido detectadas en la matriz anterior tanto en la columna de texto y contexto. Se cuantificará las ocasiones totales sumadas en las cuales estas palabras se hallan en el texto constitucional.

Tabla 2
Matriz de detección crítica de principios

Principio	Hallazgos en la Constitución		
	Parciales	Artículos	Total
Relacionalidad			Sumar los principios hallados
Reciprocidad			
Complementariedad			
Corresponsabilidad			

Fuente y elaboración propias

2.5 Determinación de sinónimos léxicos

Con la finalidad de no caer en una injusticia con la constitución sobre la posible existencia de palabras sinónimas que si bien no reflejen el mismo texto de los principios andinos puedan significar en su significante algo similar, se adjunta la siguiente gráfica

de sinónimos de los principios que igualmente se cuantificará para establecer la existencia de principios similares en el texto constitucional.

Tabla 3
Matriz de Sinónimos de Principios Andino

Principios Andinos	Sinónimos
Relacionalidad	No se registran sinónimos de la palabra en el diccionario
Reciprocidad	Correlativo, mutuo, intercambiable, relacionado, alterno, bilateral
Complementariedad	Suplementario, adicional, accesorio, agregado, extra, añadido, adjunto.
Corresponsabilidad	No se registran sinónimos de la palabra

Fuente y elaboración propias

Y de este grupo de palabras sinónimas se realizará la respectiva contabilidad de estos sinónimos en una matriz específica para ello. Se tomará en cuenta la búsqueda mediante la raíz de la palabra con el fin de no tener subregistros.

Tabla 4
Matriz de detección de sinónimos

Principio	Hallazgos en la Constitución		
	Parciales	Detalle	Total
Correlativo			Sumar los parciales de principios hallados
Mutuo,			
Intercambiable			
Relacionado			
Alterno			
Bilateral			
Suplementario			
Adicional			
Accesorio			
Agregado			
Extra			
Adjunto			

Fuente y elaboración propias

3. Matriz Crítica de Valoración de Principios Comunitarios (MCVPC)

Como ya se mencionó anteriormente, esta matriz parte de un ejercicio creativo y tiene la intención de innovar la forma en obtener discursos¹⁰⁵ a raíz de elementos de guía referencial, y, aplicando organizadamente las partes de la matriz con los principios seleccionados a la luz de reflexiones críticas del investigador, llegar hacia el rastreo acertado de tales principios en los discursos.

¹⁰⁵ No se encontrará esta matriz, ni el nombre de la misma porque ha sido creada específicamente para la presente investigación. Cabe aclarar aquí que tal acción fue el efecto de la respuesta a la pandemia y la compleja dificultad de obtener con herramientas planificadas inicialmente: cuadernos de campo o trabajos etnográficos, la información discursiva oral.

Las fuentes de los discursos en versión escrita se han obtenido de las siguientes maneras:

Las decisiones de justicia indígena¹⁰⁶ mediante la importante contribución recopilada del trabajo investigativo del Dr. Bolívar Beltrán hasta el año 2010 en la obra “Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia indígena”.¹⁰⁷

Las decisiones de juezas y jueces de paz mediante solicitud al Consejo de la Judicatura, el cual recaba la responsabilidad de entregar las actas respectivas de todo el territorio nacional de manera periódica.

Tabla 5
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.-01 JI (X) JP ()

Zona territorial	Norte Andina			
Nombre específico territorio	Provincia Imbabura, cantón Otavalo, parroquia Gonzales Suárez, Comunidad Pijal.			
Tipo de pluralismo jurídico	Justicia Indígena			
Breve descripción del caso	Existencia de un conflicto (llaki ¹⁰⁸) verbal y físico entre dos grupos de personas, el cual llega a agresiones de las dos partes.			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad	X		“Se procede a realizar examen y análisis detenido por parte del Cabildo y comisión designada”	Similar al análisis que realiza un juez, pero con relacionalidad hacia el cabildo, como si se tratara de un jurado popular
Reciprocidad	X		El Sr. X acepta presentar disculpas como efecto lo hace de los hechos que fueron su responsabilidad... la señora Y (también) solicita las debidas disculpas por los acontecimientos como efecto también lo hace su esposo”	El conflicto encuentra una solución recíproca que no complace solamente a una de las partes sino a todos en su conjunto.
Complementariedad		X		
Corresponsabilidad	X		“cada una de las partes han expuesto detalladamente los hechos acontecidos que han originado el conflicto, exposiciones que se encuentran en actas de la	Si bien en el Derecho ordinario existen versiones y oportunidad de hablar, no se da en contexto de hacerlo en comunidad, con la escucha de todos y la posibilidad de construir verdad

¹⁰⁶ Cabe aclarar que, si bien las culturas indígenas han sido denominadas como eminentemente orales, éstas han decidido en su derecho a autogobierno y auto determinación reducir en varios casos tal oralidad a actas escritas, eso no quita de ninguna forma su valor y el contenido continúa reportando un apreciado valor, tanto cultural, como jurídico para el caso de esta investigación

¹⁰⁷ Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la jurisprudencia indígena* (Quito: Fundación Lianas, 2010).

¹⁰⁸ Expresión en kichwa para referirse a una tristeza comunitaria, lo que en el mundo occidental conocemos como infracción, pero no es lo mismo, ya que ésta segunda remite a la afectación de una persona, bien o derecho protegido en particular, mientras que el llaki es la tristeza comunitaria ocasionada a todo el conjunto común, y que irrumpe la armonía o equilibrio común. La fuente de esta explicación son las narraciones en experiencias comunitarias.

		comunidad”	común.
Observación	El conflicto termina de forma armónica, se restablece la tranquilidad en la comunidad con las dos partes cediendo sus razones.		

Fuente y elaboración propias

Tabla 6
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.-02 JI (X) JP ()

Zona territorial	Norte Andina			
Nombre específico territorio	Provincia Pichincha, cantón Pedro Moncayo, Parroquia la Esperanza, Comunidad Cumbinche			
Tipo de pluralismo jurídico	Justicia Indígena			
Breve descripción del caso	Conflicto (Ilaki) de explotación minera (material de cascajo) de un miembro, que afecta a la comunidad por debilitamiento de tierras destrucción de sistema de agua y otros efectos secundarios. Además, apropiación de tierras comunitarias.			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad	X		La comuna verifica la presencia de sesenta y tres comuneros, incluidos los hechores	La presencia de más de una subjetividad con poder, provoca un ejercicio colectivo complementario de construcción de la verdad
Reciprocidad	X		Por cuanto en la comuna se sigue manteniendo los trabajos comunitarios (mingas) y asambleas, el compañero X está en obligación de asistir, de cumplir delegaciones, lo hará siempre acompañado de una persona más, esta sanción rige por dos años	La sanción aplicada tiene un carácter de reciprocidad mediante el sistema de mingas comunitarias, lo cual es una estrategia innovadora de restauración de quien infringió una acción de daño a la comunidad
Complementariedad	X		El presidente de la comuna da la bienvenida así como agradece la presencia de la Fiscalía de Pichincha	La apertura a otro sistema de justicia permite complementar el análisis del conflicto y mejorar la amplitud de miradas sobre el conflicto.
Corresponsabilidad	X		La compañera X menciona que no es posible que una sola persona cause tanto perjuicio a la comunidad, la comuna debe hacer justicia, queremos que la paz retorne a nuestra comunidad	La armonía comunitaria es planteada como un acto de responsabilidad política de los asistentes a la asamblea, por tanto es un acto común.
Observación	La solución al conflicto tuvo un alcance considerable en materia de Justicia Restaurativa, ya que la decisión utilizó sistemas culturales de trabajo como las mingas para producir el resarcimiento a la comunidad.			

Fuente y elaboración propias

Tabla 7
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- 01 JI () JP (X)

Zona territorial	Norte Andina			
Nombre específico territorio	Provincia de Imbabura, cantón Ibarra, Parroquia la Carolina			
Tipo de pluralismo jurídico	Jueces/as de Paz			
Breve descripción del caso	Acuerdo para uso de camino por un lado y paso de agua por otro			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad				
Reciprocidad	X		“La señora X solicita agua de la concesión de la señora Y. La señora Y por este acuerdo solicita a la señora X el paso de tractor de arado y el uso del camino ocasional”	Hay una relación de beneficio recíproco que evita ingresar a acciones legales judiciales, con satisfacción de las partes.
Complementariedad		X		
Corresponsabilidad	X		“La señora Y se compromete a arreglar el camino en las áreas en las que fue afectado”	Existe un acto de asumir responsabilidad una vez que se ha logrado la mediación del conflicto.
Observación	Si bien es una zona parroquial rural sin rasgos de auto-adscripción étnica, sus tendencias a resolver diferencias establecen los mismos patrones de principios.			

Fuente y elaboración propias

Tabla 8
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- 02 JI () JP (X)

Zona territorial	Norte Andina			
Nombre específico territorio	Provincia Imbabura, cantón Ibarra, parroquia Guallupe			
Tipo de pluralismo jurídico	Jueces/as de Paz			
Breve descripción del caso	Resuma en no más de un párrafo el caso			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad				
Reciprocidad	X		“El señor X se compromete a pagar al señor Y un valor económico por el tiempo que ha usado sus tierras y regadío”	Hay una consciencia recíproca a pesar de que las partes mantenían una tensión en la que culpaban exclusivamente al otro
Complementariedad	X		“El señor X y Y asumirán en conjunto los costos de la reactivación de producción de las parcelas”	Las dos partes se convierten en compromiso de acta en una sola unidad integral frente al problema y desafío.
Corresponsabilidad			“El señor Y asume la obligación de un crédito en los primeros meses mientras inicia la producción el señor X”	La relación basada en corresponsabilidad establece en los dos obligaciones específicas y compartidas
Observación	Las poblaciones rurales mantienen principios similares a los indígenas, solo que con procedimientos distintos.			

Fuente y elaboración propias

Tabla 9
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- 03 JI (X) JP ()

Matriz Crítica de Valoración de Principios Comunstitucionales MCVPC Nro.- 03 JI (X) JP ()				
Matriz Crítica de Valoración de Principios Comunstitucionales MCVPC Nro.- 03 JI (X) JP ()				
Zona territorial	Centro Andina			
Nombre específico territorio	Provincia Tungurahua, Cantón Ambato, Parroquia Kisapincha, Comunidad Punganza.			
Tipo de pluralismo jurídico	Justicia Indígena			
Breve descripción del caso	El conflicto (llaki) consistió en un asesinato después de riñas entre jóvenes de diversas comunidades, y éstas como parte de un pueblo en conjunto investigan y actúan recíprocamente y en corresponsabilidad para determinar a los responsables.			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad			“El caso de la muerte del compañero X, como Consejo de Gobierno del Pueblo Kisapincha tuvo conocimiento a solicitud del Cabildo de Punganza, así como a pedido de los familiares... Se conformó comisiones e inició las investigaciones respectivas”	La muerte no es un aspecto de afectación individual, sino que afecta las relaciones armónicas de toda la comunidad, causa un llaki (tristeza) comunitario que debe ser resarcido, y, por lo tanto el pueblo entero se dispone a recuperar la paz.
Reciprocidad	X		“Se instala la asamblea con la presencia de 15 cabildos de comunidades filiales del pueblo kisapincha, en un aproximado de 1500 personas” “convoqué a una asamblea de la comunidad a fin de esclarecer y ayudar a resolver la muerte del compañero” “Tuvimos que suspender la asamblea y solicitar la intervención de la organización del pueblo Kichwa Kisapincha y de otras comunidades y autoridades”	La solución ante un acto de dolor es responsabilidad de todo el pueblo, que en este caso incluye a más de 1500 personas y los cabildos enteros. Las comunidades interactúan recíprocamente para determinar resultados en su búsqueda de justicia.
Complementariedad	X		“El Presidente X interviene y como ya se ha cumplido el primer procedimiento de la administración de justicia indígena que es el Willachinam solicita que se prosiga con el siguiente que es el Tapuikuna e interviene el compañero Y”	Las etapas del proceso indígena implican la actuación complementaria de autoridades plurales durante su ejecución. Además cada etapa cuenta con el respaldo de muchos otros miembros de la comunidad.
Corresponsabilidad	X		“Los padres de familia de los jóvenes y la asamblea solicitan que estos jóvenes por haber formado grupos, por no haber respetado la costumbre de la comunidad, por haber desobedecido a los padres y por no haber respetado a los cabildos piden que sean sancionados con el castigo a más de cuarenta	Si bien no se encuentra al responsable directo, la comunidad no deja de accionar hacia la corresponsabilidad de todos y todas quienes estuvieron involucrados en la pelea, tanto en lo concerniente a la sanación como a la

		jóvenes. Además la asamblea resuelve que se haga una recolecta entre los jóvenes para ayudar en los gastos de la familia”	restauración y enmienda a la familia.
Observación	Si bien no se pudo determinar el responsable, se puede detectar que el proceso de investigación convocó a que todo el pueblo Kisapincha se comprometiera con la búsqueda de la verdad, y el conflicto de la muerte de un individuo se convirtió en un acto común.		

Fuente y elaboración propias

Tabla 10
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- 04 JI (X) JP ()

Zona territorial	Centro Andina			
Nombre específico territorio	Provincia de Cotopaxi, Cantón Pujilí, Parroquia Zumbahua, Comuna de Tigua Chimbacuhco			
Tipo de pluralismo jurídico	Justicia Indígena			
Breve descripción del caso	El conflicto (llaki) es sobre personas y familias que se disputan la administración de una hostería de propiedad comunitaria, lo que convoca a toda la comunidad a resolver el problema.			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad	X		El cabildo de la comunidad debe hacer funcionar la hostería y no puede tener botado, nada de patrones, de jefes, de capataz en la comunidad, sino todo de acuerdo a consensos. En la comunidad nadie decide sino la Asamblea, nadie mandar sino todos.	La propiedad comunitaria de la hostería establece un tipo de relacionalidad que previo al conflicto y con la solución del mismo ratifica otro tipo de vínculos en el cabildo para gestionar el bien determinado.
Reciprocidad	X		“Se instala la comunidad Tigua Chimbacuhco con la asistencia de la mayoría de los comuneros entre hombres y mujeres, en un total aproximado de 500 personas y presidente del Cabildo, presidenta del MICC, presidente de ECUARUNARI y de la CITIGAT”	Varias instancias de legitimidad representativa, así como los comuneros y comuneras en forma directa actúan en recíproca preocupación sobre la necesidad de restaurar la tranquilidad, armonía y equilibrio de la comunidad.
Complementariedad			“El gobierno comunitario, el cabildo debe controlar a su gente para que nadie pelee y si lo hay debe resolver con justicia y la verdad. Cuando no mentimos no hay problema”	Hay varios principios que conviven entre sí en la noción de la solución del conflicto en la comunidad: justicia, verdad, no mentira.
Corresponsabilidad	X		“Los señores X y Y deben pedir disculpas a la comunidad por el problema suscitado, así como se disculparán mutuamente, lo cual se cumple”	La responsabilidad de este problema no es primero entre los actores del mismo, sino de la afectación provocada a la comunidad.
Observación	Es un importante caso que devela la importancia del respeto de las partes al todo, de los comuneros a la comunidad, la relacionalidad establecida entre quienes conviven sobre el territorio de ámbito común.			

Fuente y elaboración propias

Tabla 11
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- 03 JI () JP (X)

Zona territorial	Centro Andina			
Nombre específico territorio	Provincia de Chimborazo, cantón Chambo, barrio Guaructus			
Tipo de pluralismo jurídico	Jueces/as de Paz			
Breve descripción del caso	Caso de una pareja de esposos que se separan y hacen acuerdo de ganado ante juez de paz			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad	X		“Acuerdan no acercarse en los terrenos más sus familias pueden mantener relaciones”	El conflicto puede no extenderse hacia las comunidades familiares de las personas.
Reciprocidad	X		“Las partes llegan a un acuerdo de 5 cabezas de ganado que se encuentran lechando y dos secas más una vaca, conscientes de lo que tenían antes de matrimonio”	La propiedad puede resolverse sin que se requiera del principio de exacta proporción, o la liquidación de bienes para valores representativos. El acuerdo mutuo subsana este problema.
Complementariedad		X		
Observación	Los acuerdos recíprocos no necesitan matemáticas exactas o de aplicaciones frías del principio de igualdad. La reciprocidad puede reemplazar a la igualdad per se.			

Fuente y elaboración propias

Tabla 12
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- 04 JI () JP (X)

Zona territorial	Centro Andina			
Nombre específico territorio	Provincia de Bolívar, Cantón Chimbo, Parroquia la Magdalena			
Tipo de pluralismo jurídico	Jueces/as de Paz			
Breve descripción del caso	Conflicto de linderos entre dos vecinos de parroquia rural, cada vez que lamprean un espacio ingresan a la zona de propiedad de una de las vecinas.			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad	X		“Las partes de forma libre y voluntaria después de tener un diálogo con el juez de paz llegan a un acuerdo”	Si bien una parte activa un proceso alternativo para solucionar conflicto, los dos se relacionan en ese sentido.
Reciprocidad	X		“Declaran estar de acuerdo y en sentido armónico solucionar inconvenientes de forma pacífica”	La paz o armonía es la más importante manifestación de la reciprocidad, todos ganan cuando reciben paz
Complementariedad	X		“Quedan de mutuo acuerdo en plantar diez lecheros que sirvan para los dos lados como lindero equitativo”	Los árboles representan un beneficio común y compartido, complemento de satisfacción para las dos partes.
Corresponsabilidad	X		“El acuerdo tiene como objetivo dar fin al conflicto suscitado”	La principal responsabilidad que tienen las dos partes es no activar otra vez el conflicto, sobre todo si es por el mismo motivo.
Observación	La paz y armonía relacionales son el beneficio común más fuerte, es recíproco, crea corresponsabilidades y complementa las aspiraciones de cada parte.			

Fuente y elaboración propias

Tabla 13
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- 05 JI (X) JP ()

Zona territorial	Sur andina			
Nombre específico territorio	Provincia, cantó y parroquia Cañar, Comuna de Quilloa, sector Izavieja			
Tipo de pluralismo jurídico	Justicia Indígena			
Breve descripción del caso	El conflicto (llaki) en este caso se suscita por propiedad de tierra entre dos partes, pero, además la utilización del sistema penal para criminalizar a una de las partes que hizo uso de su derecho a poner el caso a conocimiento de autoridades indígenas.			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad	X		“Por medio de un diálogo directo, frontal y respetuoso (ñawinchi ¹⁰⁹) lograr acuerdos justos y necesarios para el bien de los actuantes”	Las partes se relacionan mediante el careo directo mediado y supervisado por las comunidades y sus autoridades.
Reciprocidad	X		“Como medida de reparación de los hechos y en procura de rehacer y generar un espacio de convivencia social armónica de las partes involucradas, se resuelve... en presencia de los dirigentes deberán presentarse las partes y en presencia de la comunidad se deberán disculparse mutuamente y manifestar la amistad y respeto entre todos”	La mediación y el acuerdo común frente a la comunidad y sus autoridades generan una sensación recíproca que establece mejor estado de percepción de la justicia en las personas. Lo contrario a ello estimula la necesidad de ganar destruyendo al adversario, y eso en las dos partes no genera armonía.
Complementariedad		X		
Corresponsabilidad	X		“Solicitamos un careo o ñawinchi entre los involucrados, la inspección y constatación del lugar y luego de viabilizar un acuerdo mutuo se elabore un acta transaccional que garantice la armónica convivencia familiar”	La autoridad de justicia indígena establece una obligación corresponsable con las dos partes, busca que el careo o ñawinchi comprometa a los dos a asumir sus actos, decisiones y razones.
Observación	La mediación es una expresión que podría reflejar los principios de complementariedad, relacionalidad, reciprocidad y corresponsabilidad; y, el ñawinchi representa el principio de encuentro horizontal y dialógico de esos principios.			

Fuente y elaboración propias

¹⁰⁹ También denominado careo, acción que confronta los criterios de dos personas en un conflicto. La fuente de esta explicación son las narraciones en experiencias comunitarias.

Tabla 14
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- 05 JI () JP (X)

Zona territorial	Sur andina			
Nombre específico territorio	Provincia Azuay, cantón Cuenca, parroquia Santa Ana			
Tipo de pluralismo jurídico	Jueces/as de Paz			
Breve descripción del caso	Dos familias disputan un problema de cambio de forma de linderos en una quebrada debido al paso del tiempo, lo cual afecta a la propiedad de una de ellas			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad			“Hemos tenido en general en nuestra historia de vida buenas relaciones”	Sentido histórico de relaciones entre dos o más partes
Reciprocidad				
Complementariedad				
Corresponsabilidad			“Por el bien de nuestras familias y de la vecindad se debe lograr un acuerdo intermedio”	La idea de bienestar común interpuesta a través de otra forma de relaciones de Derecho alternativo.
Observación				

Fuente y elaboración propias

Tabla 15
Matriz crítica de valoración de principios comunstitucionales
MCVPC Nro.- 06 JI () JP (X)

Zona territorial	Sur andina			
Nombre específico territorio	Provincia Azuay, cantón Gualaceo, parroquia Zhidmad			
Tipo de pluralismo jurídico	Jueces/as de Paz			
Breve descripción del caso	Caso de préstamo de dinero no devuelto por una de las partes.			
Principio	Si	No	Texto y contexto	Justificación
Relacionalidad				
Reciprocidad	X		“Comprometo a devolver el dinero debido a que me prestó en un momento de difícil salud, y también daré cosechas por la demora”	Si bien existe el conflicto, la comunidad recupera las razones por las cuales existen lazos recíprocos y de solidaridad
Complementariedad				
Corresponsabilidad	X		“Se compromete a pagar el valor de X, en presencia seria del juez de paz y disculparse con su familia por la demora”	Se establece un proceso de responsabilidad compartida, a una de las partes por ayudar y la otra por no defraudar en la respuesta
Observación	Se tiende en las comunidades a producir principios alternativos al conflicto judicial, eso provoca principios que pueden ser determinantes al momento de reforzar el sistema de Derecho en un territorio determinado.			

Fuente y elaboración propias

4. Matrices de cuantificación

Tabla 16
Matriz de detección crítica de principios

Principio	Hallazgos en la Constitución		Total
	Par- ciales	Artículos	
Relacionalidad	0 casos		11 casos
Reciprocidad	1 caso	a. Art. 333. Sobre el trabajo doméstico, las obligaciones familiares entre hombres y mujeres.	
Complementariedad	6 casos	a. Art. 198. Sobre el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, instituciones que participan b. Art. 244. Sobre la complementariedad ecológica en la creación de regiones autónomas administrativas. c. Art. 260. Sobre el régimen de competencias entre distintos niveles de gobierno. d. Art. 360 párrafo 1. Sobre el sistema de salud y la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas. e. Art. 360. Sobre la red pública integral, acreedores estatales, seguridad social y otros proveedores. f. Art. 416 numeral 12. Sobre Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional en comercio e inversión.	
Corresponsabilidad	4 casos	a. Art. 69 num. 5. Sobre la familia y los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. b. Art. 83 num. 16. Sobre los ecuatorianos madres y padres para asistir, alimentar, educar y cuidar las hijas e hijos. c. Art. 333. Sobre el trabajo doméstico, las obligaciones familiares entre hombres y mujeres. d. Art. 399. El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación.	

Fuente y elaboración propias

Análisis. Del total de contenido constitucional, es decir del pacto constituyente del Estado Plurinacional, podemos analizar y concluir que tan solo en once (11) casos se han encontrado los principios textualmente tipificados, mas no con ello podemos afirmar que todos los casos su uso lingüístico derive del sentido social e histórico que contienen estos principios.

El principio de relacionalidad es totalmente inexistente en la Constitución de la República del Ecuador, por lo cual no tiene cabida alguna para materializar su sentido y aplicabilidad por el directo hecho de no existir en el discurso constitucional, y por lo tanto no disponer de contenido material constituyente ni constituido.

El principio de reciprocidad es enunciado por un solo caso en la constitución, es muy importante resaltar que tal implementación se establece como un reconocimiento o

mandato de traslado de actuación hacia miembros de la unidad familiar o espacio del hogar como lugar de tareas y obligaciones domésticas. Es decir que el estado dispone la reciprocidad como acto de acciones compartidas entre miembros de un núcleo familiar, mas no como un acto de principio de derechos a desarrollar.

El principio de complementariedad se encuentra presente en seis (6) ocasiones, de las cuales cinco (5) de ellas tienen que ver con aspectos de índole administrativa en los cuales su función es una estrategia de acumulación de fuerzas frente a una competencia u obligación determinada. Este uso no debe ser subestimado, pero no permite progresión o desarrollo hacia la dimensión propuesta por la definición comunitaria en términos éticos, políticos y vivenciales. En una (1) ocasión, respecto de la relación de medicinas ancestrales y alternativas con el sistema de salud al menos podemos evidenciar ésta como una presencia de interculturalidad horizontal constitucionalmente reconocida.

El principio de corresponsabilidad se expone en cuatro (4) ocasiones; tres (3) de las cuales refiere, al igual que en el principio de reciprocidad, hacia disposiciones trasladadas a las relaciones familiares, con especial énfasis en la noción de responsabilidad paternal y maternal en el plano privado de la vida. En el cuarto caso hace algo similar, ahí si en términos de responsabilidad pública sobre el cuidado y preservación del ambiente.

Como se había anunciado, con el objetivo de no ser injustos o carecer de objetividad revisaremos a continuación los posibles sinónimos que sin ser textualmente iguales pueden contraer el mismo sentido axiológico en su aplicación, rastreamos su existencia cuantitativa previo a establecer conclusiones.

Tabla 17
Matriz de detección de sinónimos

Principio	Hallazgos en la Constitución		Total
	Parciales	Detalle	
Correlativo	0 casos		36 casos
Mutuo	0 casos		
Intercambiable Intercambio	10 casos	La mayoría de casos referido al intercambio económico, de bienes o transacciones. Tres casos el intercambio cultural y un solo caso sobre semillas	
Relacionado/a	13 casos	Todos los usos como adjetivo concomitante	
Alternativo/a	0 casos	Hay versiones de alternativas o alternas (como en energías), pero no tienen que ver con el principio rastreado	
Bilateral	1 caso	Sobre la relación laboral entre empleadores y trabajadores	
Suplementario/a	1 caso	De igual manera sobre los tipos de trabajo	
Adicional	6 casos	Usado para cuantificaciones, en especial en funciones	

		de autoridades para referir a otras funciones que adicionen en las leyes	
Accesorio/a	0 casos		
Agregado/a	5 casos	Todos los casos como adjetivo en la noción económica de valor agregado	
Extra	0 casos		
Añadido/a	0 casos		
Adjunto/a	0 casos		

Fuente y elaboración propias

Análisis. Si bien con la búsqueda de sinónimos se triplica la cantidad de casos encontrados en el texto constitucional, esta exploración evidencia mucho más el nivel de inexistencia de los principios de relacionalidad, reciprocidad, complementariedad y corresponsabilidad como tales. En todos los detalles analizados podemos observar que su uso difiere por completo de la funcionabilidad de principio constitucional.

Es decir, se aplican en roles gramaticales como conjunciones, conectores, adjetivos u otras funciones, las palabras no denotan la aplicabilidad de abstracciones propias del ejercicio del principio en su definición expuesta en la selección de principios (acápito 2.1). Por lo cual se puede decir que el espíritu ético o axiológico valorativo de los principios en sus sinónimos es inexistente y por lo mismo no podría ejercer una actividad productora de derechos constitucionales o materialización de los mismos frente a los conflictos de la sociedad.

Revisados los principios en su integralidad de lenguaje, así como sus versiones sinónimas; en esta línea de hallazgos se puede deducir con absoluta claridad que los cuatro principios de las comunidades indígenas y rurales andinas escogidos para el análisis no han sido recogidos en la Constitución de la República del Ecuador, no podríamos afirmar que son intencionalmente excluidos porque se requiere otra metodología de investigación para eso, pero la evidencia desprende su desconocimiento y con ello su exclusión. Esta situación prueba de forma directa y objetiva que las posibilidades de desarrollo constitucional de los principios de estas comunidades seleccionadas son nulas.

Ni siquiera en una cuantificación de análisis de discursos por unidades de palabras contextualizadas, es decir, buscando que el contexto que rodea al texto pueda establecer condiciones favorables para el descubrimiento de los principios se evidencia su omisión del contenido de los derechos. Solo como un dato curioso y necesariamente contrastivo, revisemos dos de los principios tradicionales de la modernidad hegemónica (igualdad y libertad) y su reiteración en la Constitución:

Tabla 18
Matriz de detección de principios tradicionales

Principio	Cantidad	Detalle
Libertad	63 ocasiones	Solamente ejecutamos la búsqueda con la palabra tal cual se escribe, no con sus derivados como libre, libres, iguales, desigualdad u otros.
Igualdad	43 ocasiones	

Fuente y elaboración propias

Esta última matriz es exclusivamente como un dato curioso, porque de ninguna manera se trata de confrontar principios tan importantes para la humanidad como la libertad o igualdad con los de comunidades populares, en este caso indígenas y/o rurales andinas. Sino que debe servir como referente de comprensión de la magnitud de exclusión que el constitucionalismo ecuatoriano tiene frente a los principios de sus poblaciones comunitarias, populares y sociales, en su integralidad.

En el caso ecuatoriano sorprende mucho más porque su estado es constitucionalmente reconocido como plurinacional e intercultural, reconoce el Sumak Kawsay (Buen Vivir) de las comunidades indígenas y especialmente matriz de sentido de vida para los pueblos andinos como su modelo de desarrollo, y, a la vez prescinde de valiosísimos principios que deberían ser no solo tipificados sino desarrollados en ejercicios constitucionales plurales y democráticos, interpretados interculturalmente desde la voz propia de los pueblos.

No es un asunto solo de la palabra, sino de la apertura constante a las dimensiones que ésta implica, por ejemplo la reciprocidad, que en kichwa se traduce en Ayni, promueve instituciones sociales vinculadas a la Economía, Política y Cultura. La reproductibilidad de derechos que pueden devenir de este ejercicio axiológico entre los miembros de una comunidad puede provocar transformaciones sociales importantísimas en los sistemas del territorio. La continuación del análisis de este valor ético y político lo dejamos para el último capítulo, por ahora cerramos el presente con los hallazgos de discursos analizados críticamente mediante las matrices de evidencia arriba expuesta.

Capítulo tercero

Comunstitucionalismo

Nosotros somos como los granos de quinua si
estamos solos, el viento lleva lejos. Pero si estamos
unidos en un costal, nada hace el viento.
Bamboleará, pero no nos hará caer.
(Mamá Dolores Cacuango, sabia y líder indígena)

En este capítulo se concluye la tesis, iniciando por un enfoque teórico de categorías que sustentan la idea de lo Común y el Derecho (pluralismo jurídico), como un análisis que deriva en la posición del comunstitucionalismo como propuesta de derecho desde abajo, como fuente de Justicia y alternativa en tiempos de crisis del monismo jurídico y sistemas unívocos de la ley.

1. Derecho plural

1.1 Interculturalidad crítica

Ponemos apellido a la interculturalidad, si bien a nuestro imaginario, por si misma cumple un rol de reconocimiento de las diversidades “la interculturalidad es al mismo tiempo un concepto, una práctica colectiva y un proyecto de sociedad”,¹¹⁰ empero esta, aislada del cuestionamiento a las asimetrías existentes entre quienes interactúan, interrelacionan e intercambian cultura es simplemente un acto de forma, “la asimetría juega como contrapeso a la interculturalidad”,¹¹¹ y es así que no todos los que se encuentran en diálogo intercultural tienen las mismas condiciones de poder, por motivos de desigualdades económicas, étnicas, género o naturaleza.

Esta analítica aleja a la interculturalidad crítica del multiculturalismo liberal, en palabras de Chantal Mouffe “el liberalismo es incapaz de concebir de manera adecuada la naturaleza pluralista del mundo social, con los conflictos que el pluralismo acarrea”,¹¹² por lo cual incluso con buenas intenciones la descripción normativa liberal plantea un

¹¹⁰ Víctor Hugo Torres, *La acción pública intercultural* (Quito: Universidad Politécnica Salesiana, 2010), 44.

¹¹¹ Jiovanny Samanamud Ávila, “Interculturalidad, educación y descolonización”, en *Integra educativa. Interculturalidad y descolonización* (La Paz: Instituto Internacional de Integración Convenio Andrés Bello, 2010), 67–82.

¹¹² Mouffe, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, 23.

escenario maquillado en las leyes sobre los diversos sujetos, interculturales o populares con base en la igualdad democrática y el principio de diferencia.

La interpretación democrática se obtiene combinando el principio de la justa igualdad de oportunidades con el principio de diferencia. Este principio suprime la indeterminación del principio de eficiencia al especificar una posición particular desde la cual habrán de jugarse las desigualdades económicas y sociales de la estructura básica.¹¹³

Como se aprecia, es seductora la noción liberal de las diferencias frente a las oportunidades, mas, una simple revisión de la historia y presente de nuestra radiografía social permite percatarse al pensamiento crítico la profundas diferencias asimétricas entre los diversos, que requieren para la verdadera democratización de “interculturalidad crítica como una propuesta ética y política orientada a la construcción de sociedades democráticas que articulen igualdad y reconocimiento de las diferencias culturales”.¹¹⁴

Esta forma de comprender lo diverso abre un camino hacia la urgencia por el derecho plural con enfoque liberador de las condiciones coloniales y neocoloniales, “el modelo de una interculturalidad crítica surge sobre todo en el sur global, en las regiones anteriormente globalizadas y nuevamente neocolonizadas por una cultura depredadora e imperialista del norte global”,¹¹⁵ ante la cual se requiere plantear alternativas en todos los campos de la vida, entre ellos el Derecho y el constitucionalismo.

El siguiente defecto de la interculturalidad desprovista de su condición crítica y de la visibilidad de las asimetrías es que niega los antagonismos existentes en la relación entre esos diversos. No siempre el encuentro es dialógico, inclusive en términos de modelos sociales “la mayor parte de la crítica comunitarista al liberalismo es una cuestión de claro rechazo de su individualismo moral que, se argumenta, pone demasiado énfasis en la libertad personal y no confiere suficiente importancia a la responsabilidad social”.¹¹⁶ Esta tensión entre responsabilidad social y libertad es el antagonismo por excelencia entre diversidades sociales, por lo cual la condición ético

¹¹³ John Rawls, *Teoría de la justicia* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1979), 80.

¹¹⁴ Vera Ferrao, “Educación intercultural crítica: construyendo caminos”, en *Pedagogías decoloniales. Prácticas insurgentes de resistir, (re) existir y (re) vivir*, vol. 1 (Quito: Editorial Abya Yala, 2013), 152.

¹¹⁵ Josef Estermann, *Interculturalidad. Vivir la diversidad* (La Paz: Instituto Superior Ecuaméxico Andino de Teología, 2010). 51.

¹¹⁶ Tom Campbell, *La justicia. Los principales debates contemporáneos* (Barcelona: Editorial Gedisa, 2018), 51.

política de la interculturalidad es presentarse como una opción antagónica del programa tradicional hegemónico del derecho:

La interpretación típica del pluralismo es la siguiente: vivimos en un mundo en el cual efectivamente existen diversos valores y perspectivas, pero –debido a las limitaciones empíricas– nunca vamos a lograr adoptarlos a todos; sin embargo, al unirlos, podrían constituir un conjunto armonioso y no conflictivo. He indicado que este tipo de perspectiva, que es dominante en la teoría política liberal, debe negar lo político en su dimensión antagónica a fin de prosperar.¹¹⁷

1.2 Descolonización

Para el efectivo logro de la interculturalidad crítica se requiere del programa descolonizador, la acción de revertir el orden de colonialidad¹¹⁸ impuesto y renovado en la actualidad hacia el otro diverso, “cualquier intento de construcción de historias alternativas debe enfrentarse a los mecanismos cognitivos largamente desplegados por la modernidad que reducen al otro a lo ya conocido”,¹¹⁹ y anulan lo que debe recuperar la memoria, en las dimensión del ser, saber y poder.

La base constitutiva del colonialismo, neocolonialismo y en general las relaciones de colonialidad¹²⁰, es la estructura jerárquica violenta en la cual, unos son superiores a otros, un sistema es superior a otro, un discurso es superior a otro; ante lo cual solo es posible revertir tal dirección con la horizontalidad de la interculturalidad crítica. Al hacer este ejercicio “nos encontraríamos con una realidad fracturada y pluritópica frente a un discurso homogéneo y monolítico que la conceptualiza”,¹²¹ con ello el eventual devenir descolonial.

La interculturalidad crítica produce, en instantáneo, un acto descolonizador, liberador, emancipador. El encuentro horizontal, dialógico y equilibrador entre diversas fuentes de conocimiento, o de posiciones ante el conflicto, genera relaciones distintas a las coloniales subordinadoras. Los sujetos coloniales se convierten en sujetos libres, empoderados de saberes otros, tanto a nivel cultural como social, político y económico,

¹¹⁷ Mouffe, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, 23.

¹¹⁸ Término e interpretación de Anibal Quijano en su vasta obra alrededor de la materia.

¹¹⁹ Luis Claros, *Colonialidad y violencias cognitivas. Ensayos político-epistemológicos* (La Paz: Muela del Diablo Editores, 2011), 20.

¹²⁰ Ponemos en común todos estos términos de sentido compartido, sin que esto implique no resaltar que existen diferenciaciones en el desarrollo histórico de sus fuentes.

¹²¹ Walter D. Mignolo, *De la hermenéutica y la semiosis colonial al pensar descolonial* (Quito: Editorial Abya Yala, 2011), 137.

“la noción de colonialidad del poder también es útil en términos del dilema Cultura vs. Economía”.¹²²

Al ser esta investigación sobre la materia del Derecho, la descolonización del poder es fundamental. El Derecho entendido como ciencia del poder y de la forma en que operan sistemas constituidos para prolongar las relaciones jerárquicas históricamente constituidas, es, en el sentido inverso a la vez, herramienta de liberación, emancipación o mejor dicho descolonización, en la medida en que en su seno se abren alamedas de fuentes alternativas desde las comunidades para su reproducción en las constituciones.

Una amplia variedad de luchas, iniciativas, movimientos y organizaciones, tanto a nivel local y nacional como global, en las que el derecho es uno de los recursos utilizados para propósitos emancipatorios, se presentaron como creíbles. Como he clarificado, esta utilización del derecho va más allá del canon jurídico modernista. Se recurre a modalidades de derecho que no se reconocen frecuentemente como tal (modalidades de derecho informal, las no oficiales). Además, cuando se recurre al derecho oficial, del Estado, su utilización nunca es convencional; más bien, dicho derecho se convierte en parte de un conjunto más amplio de recursos políticos. Con frecuencia el derecho se presenta bajo la apariencia de prácticas ilegales mediante las cuales se lucha por una legalidad alternativa.¹²³

Debemos, en este sentido abrir un campo de análisis para las comunidades como dadoras de sentidos de respuesta al conflicto y proveedores de soluciones alternativas. Además de la dimensión de relaciones públicas, propietarias monistas de la producción normativa; la dimensión de relaciones privadas consagradas en pactos; el derecho puede producirse en la dimensión de relaciones comunitarias.

1.3 Lo público, lo privado y lo comunitario

Se enfatiza, aclara y afirma en este espacio de enunciación que estas tres categorías no son entes ajenos o campos epistemológicos separados que se estudian de manera independiente; se trata más bien, de tres dimensiones yuxtapuestas que se interrelacionan de forma compleja y su estudio implica un riguroso esfuerzo contra y anti paradigmático.

El rescate de algunas intuiciones originales que hacen referencia fundamentalmente al tipo de actitud o de experiencia requerida para sostener una esfera pública y que remiten a la idea de “mundo en común”. [...] más que rescatar una dimensión de interacción

¹²² Ramón Grosfoguel, *Sujetos coloniales* (Quito: Editorial Abya Yala, 2012), 28.

¹²³ Boaventura Sousa Santos, *Derecho y emancipación* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012), 144.

comunicativa o de ejercicio de la virtud cívica, o de intentar traducir al texto las coordenadas de altruismo en oposición a egoísmo, esas intuiciones pueden ser reformuladas en términos de la emergencia y la constitución de un espacio de aparición y escenificación de los conflictos públicos.¹²⁴

Lo público y lo privado en relativo conflicto; y, el reconocimiento de un tercer elemento antagónico: lo comunitario; esfuerzan el análisis para abstraer, como se había mencionado en términos contra paradigmáticos, la noción de lo común (que no es lo mismo que comunitario) y aplicarla hacia el ejercicio de las relaciones sociales. O en su defecto comprender cómo se aplican alrededor de la realidad y poder en ese ejercicio de otro paradigma, comprender y explicar el epifenómeno.

Puede ser obvio afirmar que el ser humano mantiene constituida en su esfera privada relaciones públicas perceptibles y formales; y menos obvio es que tales relaciones se coligan en estructuras relacionales comunitarias, no siempre perceptibles e informales; Hannah Arendt¹²⁵ lo describe como “la noción de esfera pública aparece ligada a la condición constitutiva de la vida humana”,¹²⁶ a pesar de excluir, seguramente de manera involuntaria, la noción de lo comunitario.

El trabajo de Arendt analizado por Rabotnikof es rico en descifrar las relaciones de luz y sombra entre lo público y lo privado, el ascenso de estas relaciones en la cuestión de lo social, “tesis del ascenso de lo social como eliminación de las fronteras entre espacio público y ámbito privado”.¹²⁷ Es precisamente el abordaje de frontera entendida como un espacio lo que vuelve al trabajo de la autora un intersticio crítico y cercano para la reflexión de estas categorías en su enunciación occidental y como acercamiento a la noción de lo común a partir del conflictivo encuentro con la comunidad aproximada al ámbito privado y su esfera de relaciones públicas:

Llevar una vida enteramente privada significa [...] estar desprovisto de la realidad que proviene del hecho de ser visto y oído por otros, estar desprovisto de la relación “objetiva” que surge de estar relacionado y separado de ellos a través de la intermediación de un mundo común de cosas, estar desprovisto de la posibilidad de realizar algo más permanente que la vida humana.¹²⁸

¹²⁴ Nora Rabotnikof, *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2011), 114.

¹²⁵ Noción tomada del trabajo de Hannah Arendt y sus cuestionamientos sobre la relación entre la soberanía de la ley y el ejercicio del poder, así como su ejercicio frente a la garantía de la libertad, positiva o negativa. Ver el libro *La condición humana* de la autora.

¹²⁶ Rabotnikof, *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*, 114.

¹²⁷ *Ibid*, 115.

¹²⁸ Hannah Arendt, *La condición humana* (Barcelona: Editorial Paidós, 1974), 58.

Entonces la condición humana en sí misma es la condición común de lo público y privado, lo cual no excluye las interacciones comunitarias; mas esto se convierte en un ejercicio político de construcción de la identidad común. La vida enteramente privada es un mito, a lo mucho una aspiración ideológica, una obsesión moderna; la realidad que aterriza la ideología construye el escenario del conflicto en el cual el privado no puede dejar de comunicarse (existir) con sus próximos espaciales, es decir inmediatos, así como sus alejados y por tanto próximos temporales,

El espacio constituye el encuentro de esa descrita yuxtaposición y así analizada, la convivencia. El espacio reproduce la pluralidad, que no resulta sino del encuentro crítico y caótico de las tres dimensiones citadas; el tiempo es insuficiente para asimilar estas relaciones, a lo mucho las describe en una escena. El espacio contiene el mundo común, lo pluraliza e incluso lo visibiliza.

Imagen bella y a la vez horrorosa es la realidad plural confrontada a las condiciones coyunturales de lo común, tanto cuando conviven armónicamente como cuando se polemizan. Es así que lo común no refleja de manera lineal una especie de factores repetitivos y compartidos entre las tres dimensiones; si bien ésta es su descripción pedagógica, lo común es el resultado del antagonismo y la armonía en sucesiva acción; lo uno y lo otro reiterado, en conflicto y a la vez en convivencia; dentro de un sujeto como en una colectividad.

Esta idea, cuadro, pintura, imagen y descripción de lo común como espacio de antagonismo y armonía de lo público, privado y comunitario es finalmente la mejor representación de la pluralidad. Inicialmente entre estas tres dimensiones, posteriormente entre todos los componentes de la realidad: de una realidad específica como la jurídica o de realidades generales como la política, el poder y las relaciones sociales.

1.4 Lo común

La denominación común está mentalmente asociada a la idea de comunidad y en nuestras culturas y sociedades, especialmente latinoamericanas, esta referencia se vincula a dos enfoques de la comunidad: aquella cultural que refiere a las poblaciones indígenas y aquella política que involucra al comunismo. Este escrito no pretende dotar de un vínculo puro de lo común con alguno de estos dos enfoques citados; tampoco negar sus principios fundamentales, empero, se pretende abordar teóricamente lo común

como una categoría de análisis de las relaciones sociales, de interdependencia entre sujetos personales y sociales.

Hablar de la <<vida en común>> no es sinónimo de identidad cultural o política, así como tampoco de la sumisión de la singularidad al uno, a la homogeneidad, al todo. <<Vida en común>> es algo mucho más básico: el conjunto de relaciones tanto materiales como simbólicas que hacen posible la vida humana. [...] Es imposible ser solo un individuo.¹²⁹

Es así que lo común, tanto como categoría general de estudio de las relaciones sociales, como en esta intencionada aplicación al derecho, para este segundo caso, da cuenta de las relaciones jurídicas de la teoría y práctica de la justicia. Debido a que cada concepto obedece al contexto cultural que lo rodea, cuando referimos a la justicia deberemos especificar qué tipo de justicia y derecho analizamos.

“En las sociedades occidentales modernas la palabra <<nosotros>> no nombra una realidad sino un problema”.¹³⁰ Es así que la construcción de lo común, del nosotros que trasciende del individuo, del yo centralizado y encerrado en sí mismo se torna problemática, más aún si está atravesado por el conflicto,¹³¹ se complejiza en el seno de la cultura occidental, la cual híbrida y tamizada, convive y persiste en su carácter colonial con los sujetos y sociedades latinoamericanas.

Es, dentro de las corrientes occidentales de Filosofía, la teoría hegeliana la que ha intentado acercarse a la comprensión de las extensiones entre los sujetos a través del *reconocimiento*,¹³² una especie de configuración de lo común, aunque no sea ésta su forma de denominarlo. Durante el estremecido siglo XIX los individuos al hallarse disgregados caminaban hacia un necesario acto de intersubjetividad, la finitud del cuerpo exigió continuidades entre sí y por ende la comunidad se reconcilia con el espíritu.

Cada extremo es para el otro el término medio a través del cual es mediado y unido consigo mismo, y cada uno de ellos es para sí y para el otro una esencia inmediata que es para sí, pero que, al mismo tiempo, sólo es para sí a través de esta mediación. Se reconocen como reconociéndose mutuamente.¹³³

¹²⁹ Marina Garcés, *Un mundo común* (Quito: Editorial Insurgente, 2018), 71.

¹³⁰ *Ibid*, 28.

¹³¹ El concepto de conflicto que se refiere es el de la constitución misma de la vida, la biopolítica y el Derecho: el conflicto constituye la vida, sin conflicto hay vacío, la sociedad etérea.

¹³² Teoría del reconocimiento de Hegel en su obra *Fenomenología del Espíritu*.

¹³³ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Fenomenología del Espíritu* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1966), 115.

No fue distinto el siglo XX, a pesar de que éste, por razones obvias, no pudo ser analizado por el filósofo alemán. El estremecimiento de las distancias entre los sujetos fue brutal durante las sucesivas guerras mundiales de esta centuria. La teoría de los derechos humanos se convierte en universal y las discusiones de los estados sociales se toman la Europa de posguerra. Esto explica parte considerable de los constitucionalismos contemporáneos, sin embargo, es importante enfatizarlo como un ejercicio auto crítico de nuestra concepción occidental del derecho.

Entonces ¿Es probable una teoría de lo común dentro de la consciencia hegemónica individualista de occidente contemporáneo? La respuesta abre un tablero de hipótesis, todas válidas, y no es responsabilidad de esta investigación, con su objeto teórico, resolverlo. Más si lo es, construir un puente entre ese sujeto occidental híbrido y atravesado por los siglos XIX y XX que consolidan la sociedad moderna; hacia ese otro sujeto que se invade y coloniza en 500 años desde finales el siglo XV,¹³⁴ el cual carga un fuerte componente intercultural debido a su condición indígena, sea negada o reconocida.

Lo común como categoría ético-política surge de ese puente entre dos sujetos, no ajenos, no distantes, si jerarquizados y relacionados en medio de conflicto intersubjetivo. Lo común como trascendente de la disputa entre occidente y el mundo indígena; abstraído de la memoria de unos y otros sujetos, concretado en las relaciones sociales que filtran en el derecho.

1.5 Pluralismo común y/o lo común plural

Es posible que lo común y lo plural sean configuraciones de una misma trama; es más, para que exista lo común debe reconocerse lo diverso. Con el desconocimiento (o negación) de las partes no puede visibilizarse el todo, requiere “entender y, en todo lo posible practicar las heterogéneas y variopintas formas de regeneración de vínculos que se cultivan”.¹³⁵ La categoría de lo común es una forma del lenguaje que dice pluralidad implícitamente y viceversa, pluralidad es la expresión reconocida de lo común.

Lo contrario de esta hipótesis sería la fragmentación absoluta de la realidad, solo pensar que las partes puedan existir autónomamente y de forma aislada es la ingenuidad

¹³⁴ Tomamos el año 1492 como puramente simbólico a pesar de que en ocho años los episodios son solo relatos como actos de encuentro y mal llamado descubrimiento.

¹³⁵ Raquel Gutiérrez Aguilar, “Producir lo común: entramados comunitarios y formas de lo político.”, en *Comunalidad, tramas comunitarias y producción de lo común. Debates contemporáneos desde América Latina* (Oaxaca: Editorial Pez en el árbol, 2018), 51.

del pensamiento o una irracionalidad. Las partes además de coexistir se interrelacionan, complementan y corresponsabilizan en términos recíprocos, justos o injustos, pero interdependientes de sus múltiples realidades, sin que esto signifique negar sus resistencias “el hilo conductor para tejer la dimensión histórica de la comunalidad es la resistencia”.¹³⁶

Existen tres principios que abrevaremos de la *sabiduría andina*¹³⁷ para comprender la imbricada y abigarrada coexistencia de la pluralidad y lo común: relacionalidad, complementariedad, correspondencia; tomados del trabajo sobre racionalidad andina de Josef Estermann “cosmología (pachasofía), antropología (runasofía o jaquisofía), ética (ruwanasofía o lurañasofía) y teología (apusofía o tatasofía) andinas”.¹³⁸ No hemos considerado el catálogo entero de principios como la dualidad, reciprocidad, polaridad, proporcionalidad, entre otros porque serían parte de un trabajo específico de estudio entre sabiduría y filosofía. Para el objetivo de esta investigación son pertinentes estos tres principios.

1.6 Principios comunes

Relacionalidad

Se escucha de forma reitera el uso de la palabra -relación-, tanto en el lenguaje coloquial como en los tratados investigativos de ciencias sociales u otras áreas científicas; y, tal uso no es aislado de la realidad. No existe elemento, agente, sujeto, cosa o partícula dentro del campo de lo real que se explique al margen de su relación o relaciones con otros elementos, agentes, sujetos, cosas o partículas.

¹³⁶ Carlos Manzo, *Comunalidad. Resistencia indígena y neocolonialismo* (Guadalajara: UACI y UCIZONI, 2012), 85.

¹³⁷ Se toma como base la investigación realizada por Josef Estermann en su libro *Filosofía Andina*. Como se puede observar, hemos acuñado el término de Sabiduría Andina arriba en el texto y no el de Filosofía, este cambio es voluntario; porque si bien el autor de la obra escogió el término Filosofía, en este apartado acercaremos los principios rastreados por Estermann en su investigación y vida en los andes americanos con la auto descripción de los sujetos narrativos que han precautelado el entendimiento de estos principios en su narrativa oral. El Taita andino Puma Qero, sabio que habita en la Kulta Kucha se refiere a los postulados de vida como saberes parte de una Sabiduría ancestral pasada y presente. Lo dicho no denuesta al autor, éste más bien, en intención positiva menciona: “definición monocultural (tautológica) de occidente: -filosofía- es filosofía occidental. Esta ecuación (que es una equivocación ideológica) es el reflejo moderno e ilustrado de la ecuación colonialista: -cultura- es cultura europea; de la ecuación católica: -teología- es teología romana; o de la ecuación aristotélica; -ser humano- es varón adulto”.

¹³⁸ Estermann, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 123.

El principio de relacionalidad o principio holístico afirma que todo está de una u otra manera relacionado (vinculado, conectado) con todo, la entidad básica no es el -ente-sustancial, sino la relación. [...] para la filosofía andina, no es que los entes particulares, adicionalmente a su existencia particular, se relacionan en un segundo momento y llegan a formar un todo integral (holon), una red de interrelaciones y conexiones. Al contrario: recién en base a la primordialidad de esta estructura relacional, los entes particulares se constituyen como entes.¹³⁹

Estermann niega esto como un *totum implicitum*;¹⁴⁰ ¹⁴¹a modo de abstracción comprimida que a lo mucho se explica en la descripción que permite el lenguaje, sino como una forma de todo explícito o concreto, cercano a la noción de espacialidad andina. En esta sabiduría ese todo no es, ni superior ni inferior a las partes, más bien las constituye y se auto constituye; lo podríamos denominar como *totum concretum*.¹⁴²

Así, la noción de la parte sin relación constitutiva con el todo provoca la inexistencia concreta y real de esa parte; es decir, una parte no constituida en el todo es la nada. Esta noción es andina y occidental a la vez. En el Ser y la Nada de Jean Paul Sartre describe la inexistencia temporal de aquello que no se trasluce como fenómeno de consciencia en el mundo, consciencia en una época y tiempo determinados, “hacia una perfecta libertad de elección de crear los significados de las cosas y de la realidad en general. En la relación entre el ser su pasado y su futuro, [...] el tiempo como una proyección mental del ser”.¹⁴³

En la sabiduría andina, la nada (no ente) no es sino la inexistencia del todo, la no constitución del todo, la idea vacía, el tiempo sin ciclo de espacio, “la concepción de la absolutez en el mundo andino es un concepto anatópico”¹⁴⁴, configurando de esa manera la dependencia absoluta del principio de relacionalidad entre las partes para entender, comprender la concreción del todo.

Una vez que hemos abordado la cuestión de la comprensión o el conocimiento, es clave también definir que el conocimiento del todo no es posible, en términos físicos

¹³⁹ Ibid, 126.

¹⁴⁰ Terminología en latín utilizada para la referencia aristotélica de la totalidad. Su trabajo retomado siglos después es la explicación de la dialéctica hegeliana occidental entre la parte y todo, particularidad y totalidad, sustento de la noción del alma.

¹⁴¹ Juan Gonzales, *Aristotelis stagirite de generatione [et] corruptione: libri duo* (Antonii Duplastre, 1633).

¹⁴² Utilización voluntaria de la misma terminología latina para su contraste.

¹⁴³ Jean-Paul Sartre, *El ser y la nada: ensayo de ontología y fenomenología* (Losada/Argentina, 2004), 78.

¹⁴⁴ Estermann, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 128.

y temporales. Nadie puede conocerlo todo, “no puede haber un conocimiento absoluto de algo relacional”.¹⁴⁵

No solo porque es inviable, por la cantidad de tiempo y cobertura de espacio que el sujeto no dispone frente a lo absoluto, sino porque una vez que el todo no es superior a la parte, ésta puede ser conocida como abordaje para concebir ese todo. Dista de la concepción de inteligibilidad del todo que estableció la teología occidental,¹⁴⁶ “la relacionalidad cognoscitiva andina no presupone una diástasis entre sujeto concedor y un objeto conocido”¹⁴⁷

Más aún cuando esa parte, si bien tiene su particularidad es más fuertemente común y por tanto establece las premisas y principios de concepción del todo. Así como, porque tanto las partes como el todo están en constante movimiento.

El movimiento es otro elemento constitutivo de la vida, su requisito trascendental. El cambio es otra característica del principio de relacionalidad, ligado éste a la característica del movimiento: si algo cambia es porque se mueve o si algo se mueve es porque cambia; nuda vinculación del todo y la parte, siento el movimiento la comprensión del todo y los movimientos como formas horizontales no subordinadas, las partes. Lo común y la pluralidad trascienden en la relación del todo y las partes así horizontalmente comprendida.

Complementariedad

Que algo se relacione no implica, forzosamente a que sea en una condición específica de relación. Esta puede ser tensionada, conflictiva, armoniosa, afinada y todas las variaciones del encuentro de la diferencias. Estas tonalidades relacionales no evitan presuponer que los diversos no se complementan y coexisten “todos los entes coexisten. Un elemento depende de los restantes para ser pleno y completo”.¹⁴⁸

De allí su importancia en la conformación de la pluralidad y lo común. Desde un punto de vista lineal, lo común sería lo que A, B, no tienen de reiterado, transferible y con posibilidad acogedora entre sí. La complementariedad como principio transparticular, es aquello que vuelve el todo expresión de las parte y viceversa, “la

¹⁴⁵ Ibid, 131.

¹⁴⁶ Se establece que nadie puede demostrar la existencia de Dios, y si bien los agnósticos han afirmado su posición a su vez de la imposibilidad demostrar su inexistencia; en los dos casos se afirma el estado de in-inteligibilidad (doble negación abstracta) derivado del principio de connaturalidad.

¹⁴⁷ Estermann, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 135.

¹⁴⁸ Ramiro Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo Andino* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Huapuni Ediciones, 2016), 126.

Filosofía Andina insiste en el significado literal de lo particular: se trata de una parte necesaria y complementaria, que se integra, junto con otra parte a una entidad completa o complementada”,¹⁴⁹ y esa integralidad holística es la noción concreta de lo común.

El principio de complementariedad no difumina la dialéctica;¹⁵⁰ más bien por el contrario la evidencia. Decir lo contrario es un error: que el antagonismo o la tensión no impliquen el complemento es la negación misma de la dialéctica. “filosóficamente, la dialéctica occidental (idealista o materialista) presupone la normatividad ontológica e histórica de un cierto *logos* subyacente (día + *legein*) que oscila entre posiciones antagónicas para devenir en y a través de ellas lo que, en el fondo, es”.¹⁵¹

Contradecir es complementar implícita y explícitamente, siempre y cuando tengamos la voluntad de los ojos para verlo. Por lo cual esta conformación de categorías abstractas pero con realidades perceptibles y concretas es viable, si y solo si lo ejecutamos desde un movimiento paradigmático o cambio de paradigma

Este principio de complementariedad, muchas veces inconsciente, otras veces negado; es parte de los principios desconocidos de la realidad. En su desconocimiento o negación voluntaria, se pierde la potencia y campo de posibilidades para el derecho¹⁵² y en general para la vida de sus beneficios resumidos en una entidad superior fruto de la integración superior (jamás asimilación) de las partes.

“Cielo y tierra, sol y luna, claro y oscuro, verdad y falsedad, día y noche, bien y mal, masculino y femenino para el runa/jaqi no son contraposiciones excluyentes, sino complementos necesarios para la afirmación de una entidad superior e integral”,¹⁵³ y allí reside la importancia de la pluralidad jurídica reconocida, sin siquiera exigir superioridad deontológica u ética; ya que ello significaría justificar la existencia de superioridades. Una relación (principio de relacionalidad) horizontal y excluida de violencia.

¹⁴⁹ Estermann, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 140.

¹⁵⁰ Se puede ampliar el análisis de la dialéctica formal y material, o ideal y material; sobre todo en términos comparativos en los estudios realizados en dos décadas de investigación de campo por Josef Estermann, además de la obra aquí citada sus múltiples ensayos y artículos sobre el mundo andino.

¹⁵¹ Estermann, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 141.

¹⁵² Si bien no es materia de esta investigación, el derecho de la contienda ha provocado que no existan posibilidades de complemento entre dos partes en litigio. A pesar de las instituciones contemporáneas de la mediación o la solución alternativa de conflictos, pocas figuras jurídicas, y en instancias finales, ninguna; permiten dar parcialmente la razón a dos partes en un juicio. La sentencia es en resumen la negación total y absoluta de B sobre los derechos exigidos y reconocidos de A, o viceversa según la materialidad del proceso. ¿Es posible imaginar un sistema judicial que otorgue razones parciales y sentencias mixtas a las partes en el futuro? Dejamos esta pregunta suelta para programas y líneas de investigación derivados de los principios aquí expuestos y analizados.

¹⁵³ Estermann, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 142.

Corresponsabilidad

“Correspondencia (con + respondere) etimológicamente implica una correlación, una relación mutua y bidireccional entre dos campos de la realidad”,¹⁵⁴ y cuando se refiere a bidireccionalidad se desconfigura el funcionamiento unidireccional de la causalidad, desplaza el movimiento en un solo sentido y lo recompone hacia la relación mutua de causas en las dos (o más) partes de la realidad. “Para la Filosofía Andina, la explicación racional o causal es solamente una forma -y no exclusiva- de entender el mundo y de conocer. Si la interpretación occidental causal se la hace mediante métodos cuantitativos, cualitativos, comparativos o exegéticos, la interpretación andina es, además, simbólica, ritual, celebrativa y afectiva”.¹⁵⁵

La correlación mutua y multidireccional deriva en relaciones relativamente horizontales. Éstas, evidentemente están descritas en términos abstractos, dado que la realidad se atraviesa por relaciones de poder, diferencias jerárquicas y violentas que no pueden ser negadas en la historia como en la actualidad. Más eso no excluye el hecho de que más allá de la narración del principio la vida lo reproduce en medio del caos y las constantes transformaciones de esa realidad.

Así, lo bueno no determina lo malo sino se particulariza para conformar en tiempo y espacio las circunstancias cambiantes de las dos partes, el blanco no define el negro, la inexistencia segunda permite pensar en la primera o viceversa, en términos de existencia cooperativa: “la cooperación es la articulación en la cual el infinito número de las singularidades se compone como esencia productiva de lo nuevo”.¹⁵⁶ En la corresponsabilidad cooperativa común conviven las diferencias como manifestaciones representadas de su complemento, más no de su sola negación.

Lo plural no es la negación de lo común, sino que se corresponde en un encuentro de lo diverso para (con)formar la integralidad del todo, que, a su vez no desaparece y/o niega esos multiversos, lo diverso. La armoniosa viabilidad de la corresponsabilidad en tanto ejercicio ético/político cataliza la relación de la diversidad dando paso a la pluralidad común o la comunidad plural; no atomizada sino correspondida, es decir integrada armónicamente.

¹⁵⁴ Ibid. 136.

¹⁵⁵ Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo Andino*, 125.

¹⁵⁶ Antonio Negri, *El poder constituyente* (Madrid: Editorial Libertarias-Prodhufo, 1994), 398.

1.7 Pluralismo jurídico

No se puede afirmar de manera demagógica que la categoría pluralismo jurídico surge exclusivamente en las disputas del tercer milenio en América Latina, tampoco que ésta, su vertiente más conocida entre la academia local¹⁵⁷ y los movimientos sociales e indígenas, tenga menos o mayor importancia en un nivel jerárquico de valoraciones. Lo que se trata de destacar es que existe una pluralidad de pluralismos jurídicos en diferentes épocas, desde el medio evo europeo hasta la *transmodernidad* latinoamericana.¹⁵⁸

Antonio Carlos Wolkmer reconoce los sujetos sociales, tanto del campo indígena como de los movimientos populares como fuente de uno de los pluralismos jurídicos, y si bien en su obra *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina* inicia el hilo descriptivo con el mundo medieval,¹⁵⁹ así como la explícita citación de los autores europeos de mediados del siglo XX;¹⁶⁰ en su valoración ético-política da visibilidad de los procesos orientadores a la liberación que sostienen los sujetos colectivos como preponderantes en la producción de “derecho alternativo”,¹⁶¹ sin que necesariamente se establezca el lugar que ocupan los paradigmas contra hegemónicos de tipo étnico/culturales.

El verdadero significado del siglo XX reside en que marca el comienzo de una transición desde la modernidad a otro paradigma cultural, por otra, no hay duda de que la característica más sobresaliente de este nuevo paradigma sea exactamente el pluralismo. Y, entre los diferentes conceptos de pluralismo hay que referirse al pluralismo jurídico presupuesto de un pluralismo cultural en tanto cauce de su expresión.¹⁶²

Pese a ser un tema sumamente discutido en los inicios del siglo XXI; el pluralismo jurídico de corte indigenista tiene escaso estado del arte teórico, y, la academia latinoamericana mantiene una deuda histórica con la reflexión, investigación y difusión de este componente social y del derecho. Así, los trabajos sobre esta materia

¹⁵⁷ Con local se refiere estrictamente a los procesos de países latinoamericanos en comunidades y territorios locales indígenas.

¹⁵⁸ El término *transmodernidad* es acuñado por el filósofo latinoamericano Enrique Dussel Ambrosini. Se usa como categoría explicativa de la historia frente a la posición de la posmodernidad declarada en la academia europea.

¹⁵⁹ Por la descentralización territorial de aquellos tiempos y la multiplicidad de centros de poder

¹⁶⁰ Iusfilósofos como Gierke, Hauriou, Santi Romano y del Vechio o Sociólogos del Derecho como Ehrlich, Gurvitch. Accedido en Antonio Carlos Wolkmer, *Teoría crítica del derecho desde América Latina* (Bogotá: Ediciones Akal, 2017), 204.

¹⁶¹ Germán Palacio, *Pluralismo jurídico* (Bogotá: IDEA, universidad Nacional, 1993), 131-32.

¹⁶² Storini, “Pluralismo y buen vivir: un camino hacia otro constitucionalismo posible”.

se dividen en dos: a) los aportes de los estados refundados como plurinacionales a la luz de asambleas constituyentes; y, b) los aportes de sociedades en conflicto.

Sobre lo primero es importante destacar la producción de textos en Bolivia, el alto Perú (sur) y en cierta medida menos perceptible Ecuador con el derecho Propio y la justicia indígena. Sobre lo segundo Colombia y el conflicto armado configuraron escenario fértil, aunque suene contradictoria la palabra, para la producción de documentos sobre el otro derecho y la justicia comunitaria.¹⁶³

En este sentido, es importante aclarar algo que ha sido confundido entre las discusiones, particularmente del Ecuador donde se redacta esta investigación. El pluralismo jurídico no es único y menos exclusivamente lo referido a la justicia indígena comunitaria; su principal fuente sí, pero no la única. Sostener esta falsa afirmación implicaría la negación de otras múltiples formas del derecho, unas consuetudinarias y otras diversas, que, si fuesen además constitucionalmente reconocidas, entregarían importantes aportes a la realización plural del Derecho.

Los jóvenes agrupados alrededor de actividades culturales y recreativas; las múltiples formas de organizaciones barriales; las mujeres afro descendientes de las zonas rurales y/o urbanas; los colectivos auto convocados en zonas de expansión territorial; entre muchos otros de una larga lista, conforman la diversa y rica fuente plural de las relaciones sociales que constituyen invisiblemente lo jurídico, el derecho o los derechos.

A decir de Claudia Storini “reconociendo múltiples formas de conocimiento y de saberes de igual rango y aplicación diversa que son expresión de sujetos comunitarios que además de auto constituirse, puedan llegar a dar vida a un constitucionalismo plural en el que sean verdaderamente reconocidos todos los mundos”,¹⁶⁴ con esa amplitud, con esa variedad, heterodoxa y la vez multiparadigmática.

Indudablemente estas categorías merecen tratamientos específicos alrededor de una troncal compartida de su reconocimiento en el escenario de su valor jurídico, y, a pesar de que es más practicable la investigación de escenarios como el de la justicia indígena por disponer de un proceso de lucha y disputa histórica para su reconocimiento oficial, no es menos valioso tener consciencia del plano del pluralismo jurídico, campo amplio en el que se sitúa esta investigación.

¹⁶³ Véase investigaciones de justicia comunitaria, el otro derecho, justicia guerrillera, justicia campesina de autores como: Nicolás Espinoza, María Eugenia Gonzales, Érika Ramírez u otros.

¹⁶⁴ Storini, “Pluralismo y buen vivir: un camino hacia otro constitucionalismo posible”, 436.

A la pregunta ¿Existe un solo derecho en la sociedad? con un plano medio de consciencia, sin dudarle procede la obvia respuesta de que no, y sí se agudiza la sombra tenue detrás de esta pregunta descubrimos que es menos obvia la respuesta cuando se agrega ¿Existe un derecho hegemónico en la sociedad?

Es así que surge la necesidad de definir el pluralismo jurídico, no como la simple y superficial consciencia de la existencia de grupos, comunidades, organizaciones u otras formas de colectivos que reproducen auto organización y auto determinación; sino más bien con un enfoque crítico. Pluralismo crítico definido en medio de un violento y agresivo escenario de imposición del Derecho Tradicional y hegemónico.

Se dista parcialmente del concepto del Dr. Miguel Hernández Terán:

Entendemos por *pluralismo jurídico* la diversidad de fuentes, previamente autorizadas por el Estado, productoras de normas jurídicas válidas y vinculantes para una determinada comunidad de sujetos de Derecho, respecto de las cuales tal comunidad como los sujetos que la componen tienen un deber permanente de sujeción, pudiendo esa diversidad de fuentes estar autorizadas para normar las mismas materias respecto de los mismos sujetos de Derecho.¹⁶⁵

En el momento en que afirma “previamente autorizadas por el estado” anula toda forma de validez del Pluralismo y lo encierra en los cánones del derecho hegemónico que predomina dentro de ese estado. Uno de los elementos centrales de la pluralidad es su reconocimiento tal como es, inclusive, aunque éste pueda representar una amenaza al orden constituido, más no al consenso social de lo que la sociedad de este estado reconoce como justicia.

Por eso el consenso constituyente de la justicia, sus principios y valores, sus garantías están recogidas en la constitución. Constitución y estado no son lo mismo; el estado y sus estructuras administrativas de gobierno constantemente vulneran la misma carta de derechos que lo funda y sustenta. Por lo cual, resguardar la justicia social exclusivamente en el estado como entidad, o peor aún en el gobierno que administra esa entidad sería un error de vulneración. El único ente de relacionalidad e incluso de evaluación de los pluralismos jurídicos debe ser la constitución y la entidad que ésta disponga para su control de derechos.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Miguel Hernández Terán, *Justicia Indígena, derechos humanos y pluralismo jurídico* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011).

¹⁶⁶ En la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 consta la figura de control constitucional dispuesto en el artículo 171 de manera abstracta y la forma concreta en los artículos 65 y 66 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional que tipifican la figura de la “Acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de la justicia indígena”.

Otra definición importante a la cual también tamizaremos con ojo crítico es la de Antonio Carlos Wolkmer sobre pluralismo jurídico: “multiplicidad de manifestaciones y prácticas normativas existentes en un mismo espacio sociopolítico, que interactúan a través de conflictos y consensos y que pueden ser o no oficiales y tienen su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales”,¹⁶⁷ poniendo énfasis en el enfoque de necesidades, respuesta a la ausencia de lo público estatal, su ineficacia, inexistencia y ausencia.

La explícita referencia de espacio sociopolítico como un ente trascendente al de las comunidades étnicas o los territorios delimitados abre el campo amplio y mayor de fuente del derecho alternativo de pluralismo jurídico. De igual manera, la determinación de conflictos y consensos, sin importancia del orden existente, a pesar de que en general el conflicto precede al consenso, marca la condición disputada del derecho plural y sus derechos demandados en el campo de tensión con los poderes, sean estos políticos o económicos.

Al hablar de tensión y conflicto reconocemos un elemento de análisis e interrogante en el Pluralismo Jurídico: ¿Este se origina como resultado de la crisis de la legalidad y su eficacia? o ¿Es el resultado de prácticas precauteladas y protegidas generacionalmente? Al contrario de escoger una de estas opciones se combinan según los casos de estudio y los momentos de la historia.

En uno u otro sentido algunos estados latinoamericanos han provocado reconocimientos formales como se conoce en las constituciones de Ecuador y Bolivia, mismos que imbrican en sus textos constitucionales tanto la existencia de prácticas reiteradas a modo de consuetudinarias, “el derecho indígena basado en evidencias históricas, en la oralidad y el derecho consuetudinario”.¹⁶⁸ Además en estos dos países estas figuras son constitucionalmente reconocidas en el marco de estados plurinacionales.

La pluralidad producto de la crisis de ineficiencia del derecho monista genera situaciones de paralelismo; el cual a su vez denota formas de autocontrol y autodeterminación de sectores o parcelas de la población.

¹⁶⁷ Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico, fundamentos de una nova cultura no direito* (Sao Paulo: Ediciones Alfa- Omega, 1994), 257.

¹⁶⁸ Ariruma Kowii, “Derecho Indígena, linchamiento y racismo”, en *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos. Construcciones desde las diversidades.*, Estudios Jurídicos 41 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Corporación Editora Nacional, 2017), 319–26.

Lo dicho no excluye la evidencia histórica de que en el caso de la proclamación constitucional, sobre todo de los sistemas de justicia indígena, esta proclamación es el resultado de la lucha y disputa de los pueblos y nacionalidades indígenas, “históricamente, puede demostrarse cómo todo reconocimiento de derechos tiene que ver con una lucha de poder”.¹⁶⁹

Es decir que, si bien tipificamos dos formas, el derecho consuetudinario reconocido constitucionalmente y la reacción ante la crisis del legalismo unificado; lo primero también es resultado paralelo de una respuesta a la colonización como al conflicto e ineficacia del funcionamiento del derecho hegemónico y con ello del modelo de sociedad e idea de la justicia.

“Pluralismo ya no es solo el reconocimiento de que en los estados convivan individuos pertenecientes a una cultura que evidencia diferentes concepciones de lo cotidiano, sino de la existencia de personas que son portadoras de cosmovisiones distintas acerca de lo que es la justicia, el vivir comunitario, el desarrollo o la democracia”¹⁷⁰, es decir la variedad de cosmovisiones como tal, sus relacionalidades o principios de relacionalidad expuesto a su mayor afloramiento plural.

1.8 Crisis de la justicia tradicional y hegemónica

“Es oportuno examinar la relevancia del grado de eficiencia o no del actual modelo normativo de matriz eurocéntrica de control y regulación social”,¹⁷¹ y esto implica valorar la confianza existente de las poblaciones en sus sistemas de justicia. No solo desde el punto de vista del correcto accionar, sino también de la eficacia con el que funcionan los sistemas. Es pertinente afirmar que, en este momento de la historia, el estado como fuente de derechos constitucionales no ha logrado la sensación de justicia en sus habitantes.

El estado, aun cuando en muchos países ha tenido cambios de sus matrices constitucionales, no logra por completo cumplir las expectativas sobre sí puestas, “al comienzo de un nuevo milenio, el modelo clásico de la legalidad positivista occidental, generado por el absolutismo de las fuentes estatales, y basado en valores liberal-

¹⁶⁹ Storini, “Pluralismo y buen vivir: un camino hacia otro constitucionalismo posible”.

¹⁷⁰ *Ibid*, 435.

¹⁷¹ Wolkmer, *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, 201.

individualistas, vive un profundo agotamiento que afecta a sus propios fundamentos, su objeto y sus fuentes de producción”.¹⁷²

Esto desencadena en búsqueda de alternativas frente a la crisis institucional de este campo estatal, y un cambio de noción de aquello que es justo y dónde encontrar las respuestas de reacción ante lo injusto. “la forma en que el sistema legal de Occidente implementa la justicia cuenta con algunas fortalezas importantes, sin embargo se reconocen cada vez más limitaciones y defectos”.¹⁷³

Esto implica que si bien la hegemonía de la administración del conflicto, “uno de los pilares fundamentales de la soberanía en el estado-nación moderno es el monopolio de la violencia legítima”,¹⁷⁴ y si las respuestas frente a éste siguen poniendo al Estado como actor central, el mismo no logra cubrir tales expectativas y cae en crisis de garantía de derechos.

Si bien es discutible la idea de legitimidad, como lo es la de justicia, cada vez de manera más acelerada la legitimidad se atomiza en el seno del territorio hacia relaciones de los sujetos populares que gestionan su acceso a lo justo, por lo cual esta crisis de la legitimidad del estado se traduce en crisis de la democracia como tal. “En la actualidad aparece cuestionada la centralidad del Estado, supuestamente a favor de la sociedad. Podría pues asumirse que existe, en el curso del desarrollo de las sociedades modernas, un tercer desplazamiento de la esfera pública, que la asienta definitivamente en lo social”,¹⁷⁵ y entendido lo social como un campo de encuentro entre todo, asume la identidad social como un acto de manifestación cíclica de lo público y lo privado.

1.9 Lo comunitario, el Estado y la democracia

A decir de Boaventura de Sousa Santos “la Justicia Indígena es cuestionada por poner en entredicho el principio de la unidad del derecho”,¹⁷⁶ más por supuesto, tal preocupación brota oriunda de las vertientes que sostienen la necesidad del derecho

¹⁷² Ibid, 205.

¹⁷³ Howard Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa* (Estados Unidos: Good Books, 2007), 5.

¹⁷⁴ Antonio Negri y Michael Hardt, *Multitud* (Barcelona: Editorial Debate, 2004), 48.

¹⁷⁵ Nuria Cunill Grau, *Repensando lo público a través de la sociedad. Nuevas formas de gestión pública y representación social* (Caracas: Centro latinoamericano de administración para el desarrollo, 2010), 41.

¹⁷⁶ Boaventura Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en *En justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito: Ediciones Abya Yala, 2013), 15–50.

monista¹⁷⁷ frente a las amenazas del internacionalismo garantista y los derechos humanos.

En la misma línea, toda amenaza a la configuración hegemónica del derecho (nacional y/o internacional) recibe la misma respuesta del uso utilitario del principio de unidad de ese derecho. Esta línea de reflexión la retomamos de los apartados expuestos sobre la interpretación intercultural y el bloque de constitucionalidad.

¿Se afecta el principio de unidad del Derecho? Más que esa pregunta, la preocupación central del derecho hegemónico es que se fragmente su concentración formal y material; la percepción de justicia denominada ordinaria, como única entre los ciudadanos, lo cual resquebrajaría la fuerza del estado. Y curiosamente al contrario esta fuerza estatal podría adquirir vigor y estabilidad en el momento en que múltiples formas diversas aporten ante las constantes situaciones de conflicto.

El pluralismo jurídico, que incluso rebasaría los logros de las teorías dualistas o monista internacionalista, trasciende al antagonismo ético entre monismo, dualismo y pluralismo; ya que además de la búsqueda de la superación de los límites monistas y dualistas se visibiliza que la validación y reconocimiento de otras formas de justicia otorga a la sociedad más eficiencia y eficacia en la superación del conflicto y la consecución de la paz social, meta axiológica de todas las sociedades del planeta.

Su contradicción más importante es versus el monismo jurídico, el cual a decir de Wolkmer se define históricamente así:

Aunque se puedan encontrar las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista en la obra de autores como Thomas Hobbes y en el desarrollo del Estado-Nación unificado, fue con la República francesa postrevolucionaria que se aceleró el proceso de integrar los variados sistemas legales sobre la base de la igualdad de todos ante una legislación común. [...] la solidificación del “mito” monista o sea, de la centralización, se alcanza por las reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único y mismo Código Civil para regir a toda la sociedad.¹⁷⁸

No cabe margen de duda que el pluralismo no solo es valorado en tanto alternativa a la crisis del derecho y la justicia, sino como posible evacuación a las contradicciones internas de los basamentos axiológicos de la modernidad occidental y su triste realidad de reproducción de la injusticia con la ineficacia frente al nivel de conflicto(s).

¹⁷⁷ Derecho monista entendido como la unidad esencial entre el derecho nacional e internacional, y, la sujeción de éste segundo dentro del primero.

¹⁷⁸ Wolkmer, *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, 204.

Esto determina positivamente la calidad democrática del Estado, porque los tejidos comunitarios, en este caso aplicados a sistemas jurisdiccionales de autodeterminación, son, además de respuesta a la ineficacia estatal para proveer de justicia, dos aportes virtuosos más:

- a) Soluciones en el sistema ordinario de justicia; aprendidas y aprehendidas de los sistemas comunitarios.
- b) Acercamiento más efectivo al horizonte de la sociedad intercultural; el Estado Plurinacional como modelo de gestión democrática más cercano al bienestar de la población.

1.10 Justicia indígena y justicia de paz como fuentes comunes

Es meritorio iniciar este apartado retomando la definición y terminología de justicia indígena obtenido de su tipificación en la Constitución de la República del Ecuador publicada y vigente desde el año 2008:¹⁷⁹

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.¹⁸⁰

Este texto resume de forma clara y precisa la definición tradicional de justicia indígena; bien podría servir como definición del derecho propio o justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas. También es importante aclarar que como toda definición, puede ser involuntariamente excluyente con las diversidades de “plurinacionales, pluriétnicas y plurilingüísticas”,¹⁸¹ existente en el seno del territorio de un país, localidad o región, por ejemplo los pueblos afrodescendientes o montubios.

Empero de esto que debe ser abordado en el eje de investigación jurídica plural; lo que importa es resaltar esta definición por su consistencia integral frente a otras, y ser

¹⁷⁹ No es la primera Constitución ecuatoriana que tipifica la jurisdicción indígena; en el año 1988, la norma mayor dentro del capítulo de la Función Judicial ya recogía esta materia en el artículo 191.

¹⁸⁰ Asamblea Nacional Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”.

¹⁸¹ Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”.

producto de la lucha indígena en múltiples levantamientos históricos, sobre todo el registrado en la década de los años noventa del siglo XX.

A esto es importante aumentar definiciones hechas por actores del movimiento indígena y académicos investigadores relacionados con el tema, así Yaku Pérez Guartambel establece:

Derecho Indígena es el conjunto de preceptos y normas milenarias afloradas en las comunidades originarias, guiadas por una concepción cosmogónica filosófica presentes en la memoria colectiva que han sido racionalmente transmitidas oralmente y dinamizadas por los pueblos de hoy, reconocidos y aceptados por adhesión, como garantía de equilibrio social.¹⁸²

Otra fuente constitucionalmente reconocida del pluralismo jurídico son las y los juezas y jueces de paz; figura existente en las parroquias rurales que genera soluciones alternativas y a la cual recurre la población con objeto de evitar un procedimiento judicial. En la Constitución reza la siguiente definición:

Art. 189.- Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.

Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho.¹⁸³

Estas modalidades de pluralismo jurídico son el resultado de dos motivos por los cuales se hallan vigentes, al punto de ser reconocidos en la Constitución: a) son el resultado de la lucha de los pueblos para el reconocimiento de sus derechos colectivos; y, b) son el resultado de la falla del Estado para llegar a todo el territorio, e inclusive en donde si llega, no provee el acceso a la justicia, o la realización de esta.

¹⁸² Yaku Pérez Guartambel, *Justicia Indígena* (Cuenca: Universidad de Cuenca - Colegio de Abogados del Azuay, 2006).

¹⁸³ Asamblea Nacional Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”.

2. Constitucionalismo de lo Común

Se efectuará el tercer capítulo de la tesis mediante la narración de interrelación de lo hallado teóricamente y lo analizado en el campo metodológico. Advierto, no voy a formalizar, voy a delirar.

El constitucionalismo occidental contemporáneo pone en discusión la necesidad de retomar la cercanía entre moral y derecho, con la condición de que esta moral no sea externa a los seres humanos, al modo del iusnaturalismo y la influencia de la teología en la ley. El ius positivismo planteó la autonomía total del ser humano y de toda forma de condimento moral, el estado liberal es fruto exclusivo de la legislación como delegación del poder.

Es de considerarse, que en los casos latinoamericanos esta receta tiene deficiencias, primero porque las morales, casi a modo de personales, provocan un problema grave de la unidad jurídica que responda a los problemas sociales en su acepción amplia. Si bien, el problema de las lagunas jurídicas son una realidad en la ley y el derecho positivo, tratar de llenarlas con morales atomizadas y múltiples es una ingenuidad, porque no existen fácticamente la posibilidad de producir tantas normas cuanto lagunas existentes.

En el caso andino, latinoamericano o territorial hay que afirmar que la moral puede ser externa pero no administrada. La sociedad periférica y subordinada; colonizada u oprimida culturalmente, tiene un proyecto de vida alternativa a la hegemónica actual.

El buen vivir se aleja del mal vivir y en esa distancia va creando una mirada de futuro, una perspectiva y consenso éticos colectivos, que reta a morales comunes, las cuales se pueden tejer sin dejar de ver la ética común, la idea de vida social de bienestar. La diferencia consustancial con el paradigma occidental en ese plano es que la moral personal actúa en estado reactivo al dolor, como solución al conflicto, como respuesta a la crisis, como estado posterior a la guerra, welfar state ante el war state.

La moral comunitaria, en tanto ideal de sociedad, actúa como prevención de ingreso a estados de caos y dolor, como motivación general de sociedades en medio de un pacto político cultural y concierto de bienestar compartido, que se retroalimenta de las comunidades productoras de alternativas, sean éstas sustantivas o adjetivas, es decir para los contenidos y los procedimientos.

El juez colectivo se convierte en un escuchador y no en un sabio moral, el juez colectivo debe salir del reducto de la oficina cerebral y de la obligación súper humana de producir moral desde sí. La interpretación surge desde lo común, la memoria o la participación de lo común. De lo que se trata es de lograr recrear y crear (acto creativo) formas de flujo, conducción, visibilidad, recolección y uso de esas memorias y participaciones democrático-jurídicas.

El constitucionalismo actual no rompe con la creación de elites administradoras de la justicia. Critica la elite legislativa, que, aunque se defina como legítima debido a la democracia representativa de delegación del poder desde el pueblo a sus representantes, tiende al alejamiento de la sociedad en su conjunto a partir del día siguiente del resultado de la elección.

Ante ello, quitarle las funciones de creación del Derecho para otorgarle al poder jurisdiccional con el nombre de constitucional ha sido un gran paso, a pesar de que surge espontáneamente otra elite, justificada en motivos éticos, o ideales éticos que contengan los jueces, pero sigue siendo un reducto de arriba, del poder constituido derivado de la Constitución. No pretenden mirar hacia los de abajo, hacia las comunidades sociales, no solo culturales sino comunidades populares de toda índole.

Cuando la Ilustración diseñó los primeros bocetos del que sería el estado moderno liberal, no tenían toda la arquitectura realizada; ésta se ha ido consolidando con el transcurrir del tiempo a modo de prueba y error, con altos niveles de conflicto. Tampoco se ha pulido por completo, y ante ello nos preguntamos por qué tenemos tanto miedo de implementar modelos y bocetos nuevos que cambien paradigmáticamente la noción de creación del derecho.

Provoca miedo pensar que sea posible que las comunidades construyan la verdad desde abajo, se piensa con prejuicio que son incapaces o que las personas no concretan su ejercicio participativo. Y pueden existir muchos miedos, pero eso no significa que no funcione, no se ha intentado, nadie ha hecho seriamente un intento de aquello.

En la ilustración posrevolución francesa, del caos del momento surgió el período de la incertidumbre, pero el nivel de caos no permitió el regreso a la forma anterior, a pesar de convivir con algunas inercias de ese modelo superado. No deberíamos necesitar niveles similares de caos, además de los ya existentes, para incorporar otro paradigma en nuestra forma de organización social.

Existen dos falencias configurativas que deforman desde su origen a la intención abstracta en occidente hegemónico de lograr la costumbre del bien social por encima de los intereses individuales:

- a) La moral es tomada por construcciones de poder y ascendida hacia la interpretación de quienes lo ostentan (arriba simbólico), y, no de quienes reproducen las relaciones de la vida (abajo simbólico).
- b) Los principios no son una construcción individual, fruto de las libertades e igualdades individuales; son devenir histórico de las construcciones éticas en comunidades organizadas y auto organizadas.

Es así que, es posible la configuración ética de producción de derechos a partir del derecho de lo común. Primero, porque evita el acaparamiento del orden arriba-abajo de la interpretación de la verdad; no perteneciendo ésta al orden constituido sino al movimiento constante horizontal hacia el bienestar común.

Segundo, porque al contrario del paradigma occidental hegemónico, el bien no es fruto de la moral individual del sujeto, sino en giro contra paradigmático, como fruto e inmediata semilla de las comunidades ético-políticas y su capacidad de gestionar el espíritu común y compartido; recíproco y dualista; antagonista y agonista; complementario y conflictivo, del equilibrio radical (raíz, origen-destino, fin).

¿Existen acaso solamente dos dimensiones de la realidad? ¿Es lo privado y lo público estatal los únicos espacios de desarrollo y reproducción de la vida? Sin duda nuestra respuesta es no, por sentido común poseemos la distinción de lugares, espacios y bienes jurídicos a los cuales no determina ni el Estado ni el mercado en sus versiones más llanas.

Empero, esto no resuelve la contradicción y mucho menos las complejas tensiones entre estas dos dimensiones. Históricamente se han intentado a modo de terceras vías intermedias entre estos dos espacios, posible ejemplo de ello son las nociones de lo social; pero, tampoco ello resuelve el problema, sin duda, más bien puede tender a agravarlo ya que lo social es una fusión temporal y no sostenible de fragmentos privados y públicos.

Empecemos por salir de la configuración lineal de pensar que las opciones de reproducción de la vida son una especie de catálogo binario. Estatal/social o público/privado Es más complejo que ello, no en el sentido de dificultad sino de que la realidad se articula de otra manera, lo privado y público conviven permanentemente y ninguna de las dos dimensiones absorbe por completo a la otra.

Lo privado existe en la medida que se relaciona (principio de relacionalidad) con otros privados y configura un campo de encuentro que difumina lo particular. Lo público es el pacto tensionado de intereses individuales o específicos. Esa relación de dos dimensiones aparentemente ajenas deriva en la real dimensión, ocultada y estereotipada, la dimensión comunitaria, aquella que no necesariamente se desenvuelve en los campos cerrados de lo privado ni responde a las regulaciones de lo público estatal.

El campo común posiblemente tiene, a la luz de una complejidad mayor, su propia autorregulación espontánea y permanentemente consensuada entre los sujetos sociales que conforman los entornos sociales. Lo personal no es individual, lo individual es construcción ideológica que finalmente no existe. Somos personas en la medida que establecemos relaciones con otras, nos definimos en la sociabilidad, existimos en la comunidad, solos no somos nada.

Eso no significa que la persona no configura características propias como sujeto, emociones, sueños, pasiones, ideas; la comunidad no elimina los sujetos en tanto expresiones legítimas y no violentas. La idea de la violencia se sustenta en la conformación de la discriminación como uno de sus espacios de extrapolación. Lo discriminatorio tiene una frontera verificable, en la medida que los actos privados o públicos se ejecutan en el espacio común, se convierten en actos ante los cuales la ley debe y puede responder.

Los bienes jurídicos de protección estatal o la respuesta particular ante ejercicios ilegítimos son posibles en la medida en que se perfeccionan en el campo común y por tanto preocupen al interés común. Ejemplifiquemos: en las relaciones sentimentales o amistosas, decidimos con quiénes nos juntamos o emparejamos en función de las afinidades que tenemos, el tipo de pensamiento o formas de apreciación, en algunos casos incluso por criterios racistas, étnicos, clasistas o ideológicos.

Puede ser enjuiciable desde un ángulo moral este filtro que ejercemos como sujetos personales, pero mientras ese ejercicio se sitúe en la frontera personal (no individual inexistente) lo público y la capacidad de acción del estado o de los privados no tiene posibilidad de ingreso, seguramente ni siquiera tiene conocimiento de la existencia del caso. Si este tipo de actuación se llegase a expresar en un espacio compartido perderá su legitimidad personal y se situará en el espacio del ejercicio de la violencia pública y comunitaria.

Retornando al hilo de la dimensión comunitaria, insistiremos en cuatro elementos se sentido:

- a) No existen solamente dos dimensiones dicotómicas y excluyentes, lo privado y lo público. Se debe visibilizar la tercera dimensión negada, la comunitaria.
- b) Lo común es la expresión concreta abigarrada de las tres dimensiones, a veces tensionada, otras veces armónica.
- c) Lo común no funciona exclusivamente con las normas de lo público, ni de lo privado, ni de lo comunitario; se auto regula y también establece múltiples consensos tácitos entre personas y/o grupos para su funcionamiento y equilibrio, caótico o no.
- d) Las complejas formas de auto regulación y pacto de lo común pueden alimentar, ser fuente, transformar las relaciones de lo público, las posiciones privadas y la configuración comunitaria.

Es posible que se pueda confundir los conceptos de comunidad (lo común) con el de relaciones públicas por fuera del estado, no son dimensiones totalmente ajenas, sin embargo, hay que situarlas en sus diversidades. Sobre todo, cuando esas diversidades se caracterizan por las formas de confrontación al poder que cada una de ellas tiene frente al estado u otros poderes.

Las relaciones del mercado pueden estar fuera del Estado y eso no garantiza que sus resultados determinen beneficios para el avance de los derechos sociales de la población. La idea de lo común carga consigo una posición ética y política que la solventa, sustenta y posiciona frente a la crisis de las formas de legalidad y estado. La comunidad puede/podría/debe tener la capacidad de cuestionar las relaciones estatales, pero también las mercantiles y toda forma de relación de poder que determinan situaciones de opresión o colonialidad.

La preocupación que emana de la recentralización de la generación de aquello que es justo de lo que no, a través de la constitucionalización, puede, sin lugar a dudas, tener un efecto preventivo en la deslocalización de órganos como entes privilegiados de la creación del derecho y de derechos. El desplazamiento del poder legislativo por el poder jurisdiccional constitucional como un movimiento absoluto y podríamos decir tosco, es el reflejo de los movimientos ansiosos de la historia.

En nuestro afán por superar modelos anteriores, en virtud de sus efectos en la vida de la sociedad, caemos en la aceptación abstracta de proyectos totales, que sin siquiera tener malas intenciones en sus autores (intenciones legítimas) empujan a las

sociedades y sus integrantes a la aceptación tácita y acrítica de tales modelos. Se trata de transitar y superar el imperio de la ley por la fuerza de los derechos, sin perder lo logrado en términos de democratización.

El Derecho y su producción no puede ni debe ser objeto elitizado, cualquiera sea la forma y justificación de élite. Para ello es importante retomar la discusión ética y política de la democratización y el empoderamiento de los habitantes de las unidades políticas, sea regionales, estatales o locales. Más allá de hablar de la ampliación de los márgenes de participación ciudadana, consigna liberal con deficiencias, se trata del efecto de democracias comunitarias, más allá del adjetivo, más allá de la versión utópica.

Democracias comunitarias que irruman en escenarios híbridos de culturas barrocas y profundamente mixtas en sus memorias y costumbres. Comunidad como principio y motivador participativo. Lo correcto e incorrecto no puede ser situado en los espacios de consulta solamente, tampoco en la idea vaga de las urnas por cada hecho y acción de la vida. Lo justo ya está en la conversación cotidiana, no hace falta dispositivos de instalación o acciones engendradoras, las comunidades humanas, y con más fuerza, aquellas que perciben a diario la injusticia, están hablando de ésta en la permanencia del lenguaje, oral y no oral, escrito y no escrito, manifiesto y no manifiesto.

Lo que ha hecho falta en términos de sociedad política, es decir organizada, institucional, es la eficiente y acertada recolección de los argumentos generales que construyen principios. Más aún cuando esta actividad se ejecuta en el campo de la reacción a la historia y no de la prevención de la misma o de la sistematización de la experiencia histórica. Somos sociedades corregidoras y no preventivas.

La idea de comunidad, democracia comunitaria, construcción colectiva del derecho y la justicia no es una idea posteriori, es antes que nada una idea valorativa a priori. Debemos asentar previamente la aceptación de que las poblaciones contienen una noción comunitaria compartida, no homogéneamente compartida, pero sí similar, sobre lo que es la justicia.

Por tanto, el reto fundante no es de argumentación u organización de la comunidad, el objetivo inicial a ser conseguido es el de la democratización de los criterios, la recolección de la memoria acumulada en los sujetos de las comunidades, desde las más palpitantes como la rural, hasta en las que más escépticamente nos puede parecer imposible obtener la memoria como las urbes o ciudades.

El estado se cuida de que los procesos de desconcentración autonómica de funciones, y competencias no amenace la unidad nacional, pero a la vez, en este período de historia ha ido cediendo progresivamente funciones frente a otros estados mediante los convenios internacionales y procesos de integración, sobre todo en el área comercial. Sobran ejemplos de cuestiones que ya no están reguladas por la soberanía nacional de los poderes del estado. Entonces resulta ilógico e inentendible que se mantenga firme e inamovible en el interior territorial frente a demandas legítimas de grupos étnicos, rurales o populares, siendo tan flexible y abierto hacia afuera, por ejemplo con el mercado transnacional.

La dicotomía democracia versus no democracia en el ámbito de la distribución de los poderes del estado representa una discusión, pero no la central. La democratización no está representada exclusivamente por la legitimidad mayoritaria que reside teóricamente en el poder legislativo, y eso no implica en la paranoia del retorno a formas antidemocráticas (monarquías, colonias o dictaduras). Implica más bien que la democracia no existe en singular sino en plural, y la única forma de democratizar no es aumentar la potestad del legislativo en su concentración productora de normas; ese movimiento lineal es errado, se trata de la democratización en la expansión de potestades a todos los espacios, creando para ello condiciones paralelas de empoderamiento. Esta posibilidad incluiría dos propósitos:

1. Reformar las condiciones de la democracia.
2. Reconocer y fortalecer las formas democráticas no formales existentes en la sociedad.

Lo primero significa eliminar progresivamente las asimetrías existentes entre los diversos dentro de la sociedad y estado. Hoy por hoy dentro del modelo jurídico, legal, ideológico y legal imperante, los distintos no tienen condiciones simétricas para hablar, escuchar, participar y decidir; estamos precondicionados por un conjunto de requisitos, relaciones de poder y criterios para entrar en el espacio de lo público.

Resumiendo, el pacto social ideal no tiene condiciones de libre voluntad ni mucho menos anuencia, ni siquiera estamos todos los actores dentro del pacto, y si llegamos a estarlo, en el mejor de los casos, lo haremos solo por el reconocimiento como sujetos de derechos. La legitimidad de la norma regularmente se evalúa a posteriori de la puesta en acción de esa norma, es un proceso extremadamente experimental y contrasentido al espíritu mismo de la legitimidad. Esta premisa no es absoluta, también ha habido formas legítimas e ilegítimas que se han consensuado como

tal, previo a la conversión en legalidad tipificada, esta realidad sería minoritaria frente a la otra.

Lo segundo, más grave, parte de la realidad hoy latente de negación, invisibilidad, exclusión y anulación de formas alternativas de democracia en el seno de la sociedad. La gran mayoría de conflictos no se están resolviendo en las cortes de justicia o las leyes de la democracia formal reconocida en la Constitución. En la comunidad conviven múltiples maneras, no totalmente distintas o ajenas entre sí, ni entre el ideal de la sociedad de bienestar constitucional en su versión ética; formas que están encarando el conflicto, y que podrían hacerlo de manera más efectiva y propagada sino estuvieran en situación de desconocimiento e incluso persecución.

En este sentido, la dicotomía de traslado de poder para crear derecho y garantizarlo, entre poder legislativo (legisladores) y poder jurisdiccional (jueces) no es estéril más no es la única, debe incorporar la posibilidad democratizadora del poder de trasladar una parte, o gran parte, de potestades a los espacios comunitarios; siempre y cuando no nieguen los derechos y principios consensuados legítima y simétricamente en el seno del estado constitucional.

En el fondo requerimos frente a la idea abstracta y hasta hoy incumplida de la igualdad contraponer la posición concreta y construida de la corresponsabilidad. Complementar los sistemas de justicia que tienen buenas intenciones con los sistemas alternativos comunitarios negados, lo mismo con los principios, modelos de sociedad y formas de convivencia.

¿Es en realidad el derecho un espacio de disputa? Pensaríamos que sin duda lo es, sin embargo no el central. Es importante el avance de normas y reglas más pertinentes con la realidad social y los problemas generales o específicos de la población, empero, la tensión central se localiza en el precedente de la legalidad: la legitimidad. Disputar aquello que deba ser, o convertirse en legítimo es foco principal de la atención del mismo derecho.

Posiblemente esta función del derecho sea en principio teórica antes que revertirse en práctica, cuestión que se advertirá como responsabilidad de la política. Diremos sin excluir una de otra categoría, que el derecho es un ejercicio eminentemente político, por lo cual, la acción de disputa de lo legítimo es una acción de la política jurídica. No se constituye en obligación exclusiva de los juristas la acción política, o más propiamente dicho la acción de lo público, pero si es deber de éstos la atención de

lo público en la construcción del derecho, sea éste, en su versión normativa, jurisdiccional o común.

Que no se confunda lo segundo, tal premisa no resume todo en relacionar administradores de justicia con espacios políticos de otras funciones estatales, ese sería un simplismo absurdo, se trata de su relación política con los principios de la vida común, su apertura a las formas dialógicas de la comunidad.

Surge la necesidad de validar el orden legítimo-legal y no legal-legítimo del Derecho como premisa pro democratizadora del derecho, las leyes y los derechos. El ejercicio inter-dialógico entre poder y comunidad, o más radical, la base democratizadora de la creación y reproducción del derecho. Este ejercicio no es armónico, se caracteriza por profundas tensiones y complejidades, que no es lo mismo que complicaciones inviables. Ante ello es un reto histórico la creación, recreación, edificación y validación de formas institucionales históricas que permitan la reversión de la jerarquía y elite institucional que vincula derecho a poder.

Conclusiones

Dado el recorrido, ¿qué se propone cuando hablamos de comunstitucionalismo? En el campo teórico de la investigación hicimos un recorrido de tres factores: primero, el de la Filosofía crítica de corte posracional y posmetafísico, con el objetivo de encontrar una paralela en el pensamiento occidental y las posiciones interculturales propias de la región latinoamericana; segundo, una revisión de teorías críticas del derecho, en especial por el vínculo de derecho y poder; y tercero, un sumario sobre el constitucionalismo contemporáneo, en especial el principalismo constitucionalista.

Especialmente se escogió el principalismo dentro de las corrientes constitucionalistas, debido a que esta vertiente otorga un especial valor a los principios constitucionales como factor principal y determinante para conformar las constituciones. Mal haríamos en proponer fuentes de incorporación en esta norma principal que parta de valores o peor aún reglas, aunque estas materialicen directamente derechos. Los principios conformar la columna vertebral de la constitución, por lo cual, estos son los que se planteó rastrear en comunidades éticas y políticas.

Una vez que se armó el campo teórico desde el cual criticamos el derecho tradicional y establecemos un puente con los principios, lo siguiente fue aplicar ejercicios metodológicos que nos permitan rastrear los principios de dos comunidades ético-políticas determinadas: la justicia indígena y las/los juezas/jueces de paz. De todo el universo de comunidades existentes se escogieron estas dos debido a que las mismas tienen un reconocimiento actual constitucional y debido a las características periféricas al poder que comparten ambas.

No se pretende establecer que los principios de las comunidades no han sido estudiados anteriormente, por ello, rastreamos trabajos ya existentes sobre principios de comunidades y se arribó al trabajo de Filosofía Andina de Josef Estermann, con el cual hemos seleccionado cuatro principios por este autor sistematizados que se encuentran en las culturas andinas, indígenas y rurales, de la región latinoamericana. Cuál es el motivo de escoger esta obra y estos principios: su rigurosidad y acción pionera en este ejercicio.

A partir de los cuatro principios y con la metodología de análisis crítico de discursos (ACD) se diseñó una herramienta específica para esta investigación, la Matriz Crítica de Valoración de Principios Comunstitucionales (MCVPC) con la cual se

ejecutó el rastreo de los principios de comunidades andinas dentro de las decisiones recolectadas de justicia indígena y jueces de paz. Se elaboró un ejercicio de estudio del texto y contexto de los discursos en las decisiones para equiparar con las definiciones establecidas por Estermann en su obra.

Así hallamos la presencia internalizada de los principios en los lenguajes, y sobre todo en el espíritu contextual de las decisiones, llegando a la conclusión de que de manera directa e indirecta las comunidades ético-políticas escogidas aplican en sus decisiones principios de reciprocidad, complementariedad, relacionalidad y corresponsabilidad. No se ha valorado los efectos positivos de esa aplicación, ya que esa sería materia de otra investigación derivada, más, lo que se logró es detectar y afirmar que tales principios están presentes en los discursos analizados críticamente.

Por otro lado, con el fin de evitar afirmar sin certeza, rastreamos en el texto constitucional vigente en la República del Ecuador, como demostración de la realidad latinoamericana, la existencia de los principios o palabras sinónimas a estos principios mediante dos matrices cuantitativas. Y solo con contextos y significantes direccionados a otros temas se encontró una débil y casi nula presencia de los principios expuestos.

Con ello se concluyó que esta selección de principios de comunidades ético-políticas, si bien es aplicada por las mismas para resolver los conflictos que discurren en el seno de la vida común, no ha sido recogida por la democracia constitucional del país, verificándose así la exclusión de esta dimensión de sentidos de lo común, provenientes de sistemas plurales de generación del derecho.

En un país con una extrema y lacerante crisis del sistema de justicia, a la vez un debilitamiento de derechos constitucionales; es inadmisibles la exclusión de principios comunitarios que podrían reforzar y ampliar el bloque de derechos, y, sobre todo, servir para la edificación y desarrollo progresivo de materializaciones de la reciprocidad, complementariedad, relacionalidad y corresponsabilidad, como principios efectivos para solucionar problemas y abrir el campo hacia el camino al buen vivir, bienestar, estado de paz u otras denominaciones contrarias al dolor social, el caos, el conflicto, en suma el mal vivir.

Como tercera parte de la investigación se desarrolló un catálogo de categorías teóricas relacionadas con la interculturalidad crítica, el pluralismo jurídico y la propuesta ético-política de lo Común, así como la definición textual de los principios rastreados y la mirada a la crisis de la justicia como concepto y otras formas críticas que lo suplen en la actualidad.

En esa línea se presenta tres componentes del programa de Constitucionalismo de lo Común:

Primero.- diagnosticar que el pluralismo jurídico aún se encuentra excluido como sistema de fuente de Derecho y alternativa a los problemas de la vida, y, que el sistema de justicia elitista en varios sentidos no produce los derechos suficientes para lograr el estado de justicia en la sociedad.

Segundo.- proponer lo Común como categoría superadora de la ficción privado-pública-comunitaria, o al menos como categoría concreta existente en el seno mismo de comunidades ético-políticas.

Tercero.- proponer en el modelo de estados constitucionales la incorporación de principios ético políticos que se han demostrado como excluidos para ampliar el campo de la constitución hacia un comunstitucionalismo democrático permanentemente nutrido por sus poblaciones y sus sentidos de vida.

En este programa utópico hemos demostrado parte que no de ideas sino de la existencia material de principios que se usan en sistemas pluralistas del Derecho, lo que se plantea es que la constitución pueda recibir principios, siembre, nutra, cultive y los florezca en su seno desde las fuentes de comunidades ético-políticas desde abajo (bloque común) de la misma manera en que está abierta a incorporaciones desde arriba (jurisprudencias o bloque de constitucionalidad).

Los procedimientos para que esto suceda no se han propuesto en esta tesis, hay ideas como la de circuitos jurisprudenciales con acciones extraordinarias de protección, o institucionalización del sistema de revisiones o ampliación constituyente democrática de reformas inclusivas con grupos sociales tradicionalmente marginados, más, ese tema se desarrollará en otros trabajos, aprovechando desafiar a los lectores a diseñar propuestas concretas que lo viabilicen.

El espíritu de esta conclusión es: así como la constitución dinámica recepta contenidos mediante reformas, enmiendas, ampliaciones jurisprudenciales y/o reconoce el bloque de constitucionalidad de tratados internacionales; se plantea en el presente trabajo de investigación que la Constitución puede ser Común, cultivarse de sus pueblos, (re)aprender sentidos de vida, recuperar la sabiduría de grupos poblacionales, interculturales, rurales, populares u otros; para acercarse más a la Utopía de la verdadera justicia, del buen vivir, del Buen Gobierno y de la Paz. A esta posición le denominamos/proponemos como Comunstitucionalismo.

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 1998.
- . *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.
- Arango Olaya, Mónica. “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. *Precedente. Revista Jurídica*, 2006, 79. doi:10.18046/prec.v0.1406.
- Arendt, Hannah. *La condición humana*. Barcelona: Editorial Paidós, 1974.
- Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución de la República del Ecuador”, 2008.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.
- . *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El Neoconstitucionalismo Andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Huapuni Ediciones, 2016.
- . *La utopía del oprimido. Los derechos de la pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. Bogotá: Ediciones Akal, 2019.
- Beltrán, Bolívar. *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la jurisprudencia indígena*. Quito: Fundación Lianas, 2010.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Betto, Frei. *La mosca azul*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2012.
- Bobbio, Norberto. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 2015.
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.
- “C-582-99 Corte Constitucional de Colombia”. Accedido 24 de mayo de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-582-99.htm>.
- Campbell, Tom. *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2018.
- Castro Orellana, Rodrigo. “Sistema-Mundo y transmodernidad: una lectura crítica”. *Política Común* 10 (2016). doi:http://dx.doi.org/10.3998/pc.12322227.0010.004.

- Chomsky, Noam. *Sobre el poder y la ideología*. Madrid: Visor Dis, 2000.
- Chul Han, Byung. *Sobre el poder*. España: Editorial Herder, 2018.
- Claros, Luis. *Colonialidad y violencias cognitivas. Ensayos político-epistemológicos*. La Paz: Muela del Diablo Editores, 2011.
- Cortina, Adela. *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.
- Cunill Grau, Nuria. *Repensando lo público a través de la sociedad. Nuevas formas de gestión pública y representación social*. Caracas: Centro latinoamericano de administración para el desarrollo, 2010.
- Dijk, Teun van. “El análisis crítico del discurso”, 1999, 23–36.
- . *El discurso como interacción social*. España: Editorial Gedisa, 2001.
- . *Estructuras y funciones del discurso*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Dubet, François. *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- Dussel, Enrique. *1492: el encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*. Vol. Colección Académica no. 1. La Paz: UMSA. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación - Plural Editores, 1994.
- . *Filosofía de la liberación*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- . “Meditaciones anticartesianas”. En *La filosofía de la liberación, hoy*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- . “Transmodernidad e interculturalidad”. En *Filosofía de la cultura y la liberación*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Dworkin, Ronald. “¿Es el derecho un sistema de normas?” En *La Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- . *Justicia para erizos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- . *Los derechos en serio*. España: Editorial Ariel, 1977.
- Estermann, Josef. *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*. 3 vols. La Paz: Instituto Superior Ecuménico Andino de Teología, 2006.
- . *Interculturalidad. Vivir la diversidad*. La Paz: Instituto Superior Ecuménico Andino de Teología, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

- . *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- . *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. Madrid: Editorial Trotta, 2017.
- . *Principia juris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*. Vol. 1. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- Ferrao, Vera. “Educación intercultural crítica: construyendo caminos”. En *Pedagogías decoloniales. Prácticas insurgentes de resistir, (re) existir y (re) vivir*, Vol. 1. Quito: Editorial Abya Yala, 2013.
- Garcés, Marina. *Un mundo común*. Quito: Editorial Insurgente, 2018.
- García Amado, Juan. *Decidir y argumentar sobre derechos*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.
- . *Iusmoralismo(s). Dworkin, Alexy, Nino*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2015.
- Gonzales, Juan. *Aristotelis stagiritae de generatione [et] corruptione: libri duo*. Antonii Duplastre, 1633.
- Gramsci, Antonio. *La política y el estado moderno*. España: Público - PC Biblioteca Pensamiento Crítico, 2009.
- . *Notas sobre Maquiavelo, sobre Política y sobre el estado moderno*. México: Juan Pablos Editor, 1978.
- Grosfoguel, Ramón. *Sujetos coloniales*. Quito: Editorial Abya Yala, 2012.
- Gutiérrez Aguilar, Raquel. “Producir lo común: entramados comunitarios y formas de lo político.” En *Comunalidad, tramas comunitarias y producción de lo común. Debates contemporáneos desde América Latina*. Oaxaca: Editorial Pez en el árbol, 2018.
- Habermas, Jürgen. *Pensamiento postmetafísico*. Madrid: Editorial Taurus Humanidades, 1990.
- Hanisch, Carol. “The Personal Is Political: The Original Feminist Theory Paper at the Author’s Web Site”. *Carol Hanish*. Accedido 8 de julio de 2021. <http://www.carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html>.
- Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2009.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenología del Espíritu*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1966.
- Hernández Terán, Miguel. *Justicia Indígena, derechos humanos y pluralismo jurídico*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

- Israel, Jonathan. *La Ilustración radical. La filosofía y la construcción de la modernidad, 1650-1750*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Jori, Mario. “Ferrajoli sobre los derechos”. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Kelsen, Hans. *La teoría pura del Derecho*. México: Editorial Época, 2008.
- . *¿Qué es justicia?* Barcelona: Editorial Ariel, 1992.
- Kowii, Ariruma. “Derecho Indígena, linchamiento y racismo”. En *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos. Construcciones desde las diversidades.*, 319–26. Estudios Jurídicos 41. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Corporación Editora Nacional, 2017.
- Lyotard, Jean-François. *La condición postmoderna. Informe sobre el saber*. Buenos Aires: Ediciones Cátedra, 1987.
- Madrugá, Alejandro. “¿Poshumanidad o poshumanismo?” En *Modernidad posmodernidad*. La Habana: Instituto Cubano del Libro - Editorial de Ciencias Sociales, 1998.
- Magallón Anaya, Mario. *Modernidad alternativa: viejos retos y nuevos problemas*. Ciudad de México: Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos - Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Manzo, Carlos. *Comunalidad. Resistencia indígena y neocolonialismo*. Guadalajara: UACI y UCIZONI, 2012.
- Mignolo, Walter. *De la hermenéutica y la semiosis colonial al pensar descolonial*. Quito: Editorial Abya Yala, 2011.
- . *Historias locales/diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*. Madrid: Editorial Akal, 2003.
- Mouffe, Chantal. *Agonística. Pensar el mundo políticamente*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Negri, Antonio. *El poder constituyente*. Madrid: Editorial Libertarias-Prodhufi, 1994.
- Negri, Antonio, y Michael Hardt. *Multitud*. Barcelona: Editorial Debate, 2004.
- Onfray, Michel. *Decadencia. Vida y muerte de occidente*. Bogotá: Editorial Paidós, 2018.
- Palacio, Germán. *Pluralismo jurídico*. Bogotá: IDEA, universidad Nacional, 1993.
- Pérez Guartambel, Yaku. *Justicia Indígena*. Cuenca: Universidad de Cuenca - Colegio de Abogados del Azuay, 2006.

- Pérez, Rolando. “Apuntes sobre la economía transatlántica del siglo XVI y la modernidad transnacional actual”. *Revista Cronopio* 61 (2015). https://www.academia.edu/13598682/_Apuntes_sobre_la_econom%C3%ADa_transatl%C3%A1ntica_del_siglo_XVI_y_la_modernidad_transnacional_actual._
- Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- Rabotnikof, Nora. *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2011.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1979.
- Samanamud Ávila, Jiovanny. “Interculturalidad, educación y descolonización”. En *Integra educativa. Interculturalidad y descolonización*, 67–82. La Paz: Instituto Internacional de Integración Convenio Andrés Bello, 2010.
- Sartre, Jean-Paul. *El ser y la nada: ensayo de ontología y fenomenología*. Losada/Argentina, 2004.
- Shapiro, Scott. *Legalidad*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, 2014.
- Sousa Santos, Boaventura. “Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”. En *En justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 15–50. Quito: Ediciones Abya Yala, 2013.
- . *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes. Bogotá, 1998.
- . *Derecho y emancipación*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
- . *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- Storini, Claudia. “Pluralismo y buen vivir: un camino hacia otro constitucionalismo posible”. En *Refundación del constitucionalismo social*, 427–38. Estudios Jurídicos 45. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2019.
- Torres, Víctor Hugo. *La acción pública intercultural*. Quito: Universidad Politécnica Salesiana, 2010.
- Touraine, Alain. *Crítica de la modernidad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

Vattimo, Gianni. *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1987.

Wallerstein, Immanuel. *El moderno sistema mundial*. Madrid: Editorial Siglo XXI, 2010.

Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico, fundamentos de una nova cultura no direito*. Sao Paulo: Ediciones Alfa- Omega, 1994.

———. *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. Bogotá: Ediciones Akal, 2017.

Zagrebelsky, Gustavo. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2014.

Zehr, Howard. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Estados Unidos: Good Books, 2007.