



I CONGRESO INTERNACIONAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO JURÍDICO

MEMORIAS

I CONGRESO INTERNACIONAL
DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO JURIDICO

I CONGRESO INTERNACIONAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO JURÍDICO

© Universidad de Otavalo
Carrera de Derecho

**MEMORIAS PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO JURÍDICO**

Msc. Franklin Ponce
Compilador

Primera edición 2020
ISBN: 978-9942-772-24-4
© Universidad de Otavalo

Comité científico

Msc. Danny Cifuentes
PhD. Frank Mila
Msc. Elizabeth Maldonado
Msc. Andrea Subía
Msc. Pablo Mendoza

Director de Investigación - Universidad de Otavalo
Msc. Jorge Mantilla Salgado
investigación@uotavalo.edu.ec

© Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total o parcialmente, ni registrada ni transmitida por sistemas de recuperación de información de ninguna forma ni por medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito del editor.

ISBN: 978-9942-772-24-4



9789942772244

INDICE GENERAL

Visión plurisectorial del bloque de constitucionalidad (referencia especial al sistema mexicano de cláusula cerrada) Ricardo Tapia Vega.....	1
Complementariedad como sustituto del principio de igualdad: hacia otra teoría de la justicia Aquiles Hervas Parra	13
Pueblos indígenas, derecho constitucional y pluralismo jurídico El Estado de excepción en territorios indígenas ¿defensa o ataque? Marcelo Silva Cajas	39



**VISIÓN PLURISECTORIAL DEL
BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

**(REFERENCIA ESPECIAL AL SISTEMA MEXICANO
DE CLÁUSULA CERRADA)**

Ricardo Tapia Vega
Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Visión plurisectorial del bloque de constitucionalidad (referencia especial al sistema mexicano de cláusula cerrada)

Ricardo Tapia Vega¹

Introducción: Éste trabajo presenta una visión expandida del bloque de constitucionalidad, donde en los sistemas de bloques cerrados, se propone colocar junto a la Constitución y los instrumentos internacionales vinculantes, al *ius cogens* y a la jurisprudencia vinculante, basándose para ello en el estudio de casos tribunales.

Palabras clave: bloque, plurisectorial, constitucionalidad.

I. La Constitución y los derechos fundamentales

Para empezar, el artículo XVI de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, establecía que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”.

Por su parte, el diccionario de la *Real Academia Española* define a la Constitución como la “[l]ey fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política”².

¹ Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores en México. Profesor de tiempo completo en licenciatura y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la referida universidad. Especialista en Justicia constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución, en Contratación Pública y en Responsabilidad Civil, por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Autor en diversos artículos, revistas y libros en diversos países. Abogado litigante. Correo electrónico: ricardo.tapia@uaem.mx

² Visible en el siguiente sitio de internet: <https://dle.rae.es/?id=ARRnIn2> (consultado el 15 de enero de 2020).

Así, el contenido esencial de una Constitución se presenta en un plano dual: reconocimiento de derechos fundamentales y organización del poder³. Ahora, vale la pena

poner de relieve que algunos modelos agregan una tercera dimensión relativa a la inclusión de un proyecto de nación⁴.

En esas condiciones, desde su contextura, la Constitución no parece ser una zona monolítica sino más bien una parcela fraccionada (ya sea conteniendo reconocimiento de derechos fundamentales y organización del poder, o bien agregando a estos un proyecto de nación).

Ahora bien, en relación con la primera dimensión del contenido constitucional, referente al reconocimiento de los derechos fundamentales, que es la dimensión respecto a la que se desarrollará éste trabajo, es de destacarse que, los derechos fundamentales son derechos humanos⁵ positivizados en textos normativos, que conforman la llamada parte dogmática de la Constitución.

II. El bloque de constitucionalidad

Algunos textos constitucionales hacen reenvíos a otros textos normativos dando a éstos últimos, a virtud de ese reenvío, una jerarquía constitucional. Esto se

³ Véase, Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Ed. Olejnik, Chile, 2018.

⁴ Algunas constituciones se autodefinen como receptáculo de normas directivas fundamentales que postulan un proyecto de nación, que define los deberes del gobierno y los objetivos y valores a alcanzar mediante la actividad estatal. En esa línea, por ejemplo, la Constitución mexicana dispone en su artículo 26, apartado A, párrafo segundo, que “los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación”. Cfr. Fioravanti Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Ed. Trotta, ed. 6ª, España, 2009, pp. 64, 95 y 129 a 131.

⁵ La Comisión Nacional de Derechos Humanos, en México, considera que los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la idea de dignidad, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Cfr. en el sitio de internet: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos> (consultado el 15 de enero de 2020).

Para Herranz Gómez los derechos humanos “son exigencias éticas basadas en un determinado modo de entender la humanidad: el concepto de persona, y el de dignidad que la define”. Véase Herranz Gómez, Yolanda, *Igualdad bajo sospecha. El poder transformador de la Educación*, Narcea, España, 2006, p. 23.

denomina bloque de constitucionalidad. Así, se predicen constitucionales normas originadas en diversos textos siempre que la Constitución haga reenvío a ellas.

La idea de bloque de constitucionalidad, tuvo su origen en distintas sentencias dictadas por el Consejo Constitucional francés en la década de los setenta del siglo XX, en las que se tomó en cuenta el Preámbulo de la Constitución y el reenvío hecho por ésta a la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*⁶.

Pero, actualmente respecto a la parte dogmática de las constituciones, algunos sistemas presentan un bloque de constitucionalidad con cláusula cerrada, al estructurarse haciendo el reenvío a fuentes cerradas o explícitamente especificadas, en tanto otros sistemas hacen el reenvío hacia fuentes abiertas, enunciativas más no limitativas.

En la primera línea transita, por ejemplo, la Constitución mexicana, que en su artículo 1, párrafo primero, dispone un reenvío, con cláusula cerrada, hacia los derechos fundamentales reconocidos en las convenciones o tratados internacionales de los que México es parte, al indicar que:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

...

En la segunda línea se observa, por ejemplo, a la *Constitución de los Estados Unidos de América*, cuya IX enmienda dispone que “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others*

⁶ Cfr. Ospina Mejía, Laura, *Breve aproximación al “bloque de constitucionalidad” en Francia*, pp. 188-192, visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10252/9336> (consultado el 15 de enero de 2020).

*retained by the people*⁷; o la *Constitución de la República del Ecuador* que dispone en su artículo 11.7, que:

Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

...

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

...

Cabe recalcar, en la jurisprudencia mexicana el bloque de constitucionalidad se ha denominado “parámetro de control de regularidad constitucional”⁸, conceptuándose como la conformación de los derechos fundamentales contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte, utilizándose este bloque como parámetro de contraste para apreciar la regularidad constitucional.

En la práctica tribunalicia mexicana destaca la acción de inconstitucionalidad 155/2007, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde respecto de la posibilidad de imponer la sanción de trabajos forzados en sede administrativa en una ley secundaria, se apreció colisión entre el cuarto párrafo del artículo 21 de la Constitución mexicana, que posibilita dicha sanción, al disponer que: “Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad;...”, con lo dispuesto por los artículos 2.2, inciso c) del *Convenio Internacional del Trabajo No. 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio*, 8.3, incisos a), b) y c) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y 6 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que restringen esa sanción a sede jurisdiccional impidiéndola en sede administrativa.

⁷ “La enumeración en la Constitución, de ciertos derechos, no se interpretará en el sentido de negar o menospreciar a otros retenidos por el pueblo.” (traducción libre del autor).

⁸ Véase la tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), registro 2006224, emitida en la décima época por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”.

Siendo el caso que la Corte resolvió, aplicando el principio *pro persona*, que:

CONSIDERANDO

...

QUINTO

...

...dado que el estándar internacional establece una mayor protección a la persona humana que el contenido de la Constitución Federal respecto al derecho humano a la libertad de trabajo, esta Suprema Corte determina que el parámetro de validez las normas que integran el ordenamiento jurídico mexicano es el siguiente: sólo podrán imponerse como penas a los particulares la realización de trabajos forzados u obligatorios, mediante una condena que derive de una autoridad jurisdiccional.

...

Así las cosas, es bajo la óptica del bloque de constitucionalidad, en el que tanto la norma constitucional como la convencional están en un mismo plano, que se entiende mejor como en el caso antes expuesto pueden primar, bajo el principio *pro persona*, normas de tratados internacionales sobre un texto de la Constitución.

III. El *ius cogens* y la jurisprudencia vinculante como sectores expandidos del bloque de constitucionalidad: referencia especial al sistema mexicano (bloque de clausula cerrada).

En algunos sistemas jurídicos como el peruano⁹, el español¹⁰ o el mexicano¹¹, ciertos criterios jurisdiccionales emanados de la interpretación o integración de las normas respecto de casos concretos, adquieren obligatoriedad volviéndose vinculantes en cierta medida, convirtiendo así a la jurisprudencia en fuente de derecho positivo¹².

⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 204 de la *Constitución Política del Perú*, VII del *Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237)* y 22 de *Ley Orgánica del Poder Judicial* de ese país.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, los artículos 164.1 de la *Constitución Española*, 5.1 de la *Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial*, y “Cuarenta”, párrafo “Dos” de la *Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional* de ese país.

¹¹ Véanse, por ejemplo, los artículos 94, párrafo décimo, 105, fracción I, penúltimo y último párrafos, y fracción II, último párrafo, 107 fracción II, párrafo tercero, 109, párrafos séptimo y octavo, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; 217 de la *Ley de Amparo*, 232, 233, 235, 236 y 237 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, de ese país.

¹² Cfr. Smith, Juan Carlos, *Enciclopedia jurídica OMEBA*, vol. XVII, Ed. Driskill, Argentina, 1979, p. 621.

En ese sentido, se pone de relieve el siguiente precedente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:¹³

...la naturaleza de la jurisprudencia como fuente de derecho y como medio de control constitucional tendente a garantizar la supremacía constitucional, es claro que su inobservancia por parte de los órganos que realizan funciones materialmente jurisdiccionales actualiza el supuesto de importancia y trascendencia en virtud de que, por mandato expreso, tanto del Poder Reformador como del Constituyente Originario, tal obligatoriedad ha sido prevista para todos los tribunales - incluso los que no conforman el Poder Judicial de la Federación- a fin de hacer efectivo el principio de supremacía constitucional que implica que ninguna norma que ha sido declarada contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante criterio obligatorio de los órganos del Poder Judicial de la Federación, pueda tener eficacia jurídica por la omisión de un tribunal de aplicar la jurisprudencia que la consideró inconstitucional.

Comprendiéndose mejor, en mi opinión esa obligación de acato a la jurisprudencia, si se le visualiza como un sector expandido de la zona atinente a la Constitución, que se incrusta dentro del bloque de constitucionalidad.

En expansiones similares, es pertinente poner de relieve que la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado a su vez reconocimiento expreso a la fuerza vinculante de la jurisprudencia de todos los casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal... al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) atendiendo a la interpretación más favorable a la persona”.¹⁴

En esta tesitura, resulta interesante la sentencia del Amparo en Revisión 203/2017, relacionada con los amparos en revisión 204/2017, 205/2017 y 206/2017 (caso Ayotzinapa), resuelta el 31 de mayo de 2018, en Reynosa, Tamaulipas, por el Primer Tribunal Colegiado del Decimonoveno Circuito, que nos presenta un asunto

¹³ Véase la tesis jurisprudencial 2a./J. 139/2011 (9a.), registro 160647, emitida en la novena época, por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro José Fernando Franco González Salas, de rubro “REVISIÓN FISCAL. LA INOBSERVANCIA DE UNA JURISPRUDENCIA POR LA SALA FISCAL ACTUALIZA EL SUPUESTO DE IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA PREVISTO EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA LA PROCEDENCIA DE AQUEL RECURSO”.

¹⁴ Véase la tesis jurisprudencial P./J. 21/2014 (10a.), registro 2006225, emitida en la décima época, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”.

donde en seguimiento a la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵, se ordenó la creación de una Comisión de Investigación para la Verdad y la Justicia, que, en substitución del Ministerio Público Federal debería investigar hechos delictivos, ya que se consideró que en el caso en concreto dicho Ministerio Público no había sido independiente ni imparcial, lo anterior no obstante que la Constitución mexicana dispone categóricamente en los dos primeros párrafos de su artículo 21, y en el párrafo cuarto de su artículo 102, apartado A, que la corresponde a dicha autoridad ministerial la investigación y persecución de los delitos, y el ejercicio de la acción penal en general ante los tribunales.

Esto, desde mi punto de vista, se comprende mejor a partir de la visión de que la jurisprudencia interamericana forma parte del bloque de constitucionalidad, al ser un sector expandido de la zona atinente a los tratados internacionales (específicamente de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*).

Finalmente, es de destacar que en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, encontramos el reconocimiento a las normas consuetudinarias del denominado *ius cogens*¹⁶, que se encuentran en la cúspide del derecho internacional

¹⁵ Entre otros el *Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de febrero de 2017, Serie C, No. 333, párrafos. 185 y 186; y el *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C, No. 202, párrafos. 118, 119 y 179.

¹⁶ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se refiere al *ius cogens* como una “norma imperativa de derecho internacional general...aceptada y reconocida por la comunidad internacional...no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior...que tenga el mismo carácter”, sancionando con la nulidad a todo tratado celebrado en su contravención (ver también el artículos 64 y 71 de dicha convención). Ahora, Ian Brownlie, citado por Antonio Gómez, dice que las normas de *ius cogens* “...son normas de derecho consuetudinario...no pueden eludirse por un tratado o acuerdo, sino únicamente por la formación de una norma consuetudinaria subsecuente de efecto contrario. Los efectos menos controvertidos de esta clase son la prohibición de una guerra de agresión, la ley del genocidio (su prohibición), el principio de no discriminación racial, los crímenes contra la humanidad...”. Ver Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico*, Ed. UNAM-III, ed. 1a, México, 2003, p. 61.

Además, “las normas de *ius cogens* tienen como objetivo proteger los valores esenciales de la comunidad internacional como un todo. Son normas de importancia colosal en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana”. Ver Quispe Remón, Floribel, *Ius cogens en el sistema interamericano: su relación con el debido proceso*, en *Revista de Derecho*, No. 34, Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia), 2010, visible en el sitio de internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a04.pdf> (consultado el 15 de enero de 2020).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “en su evolución y por su

general¹⁷, y que conllevan una obligación de protección por parte de la comunidad internacional¹⁸, ya que su violación afecta valores básicos de dicha comunidad como un todo.¹⁹

Así, en mi concepto, el *ius cogens* debe considerarse también como un sector expandido de la zona atinente a los tratados internacionales, e incrustarse así dentro del bloque de constitucionalidad.

En esa tesitura, destaca el precedente del Segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Décimo Sexto Circuito, que dispuso que²⁰:

...el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas migrantes, entraña la correlativa obligación del Estado de respetar las garantías necesarias para su protección, entre ellas, la de *jus cogens* mencionada, como norma interpretativa de derecho internacional o garantía mínima de estándar convencional...

propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”. Véase Opinión Consultiva OC-18/03, emitida por dicha corte el 17 de septiembre de 2003, a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo 99.

¹⁷ Cuyo valor es superior a las demás normas porque recogen los valores esenciales de la comunidad internacional fundados en la idea de humanidad. *Cfr.* Quispe Remón, Florabel, *Ius cogens en el sistema interamericano: su relación con el debido proceso*, ob. cit., pp. 45 y 50.

¹⁸ Cabe señalar que la Comisión de Derecho Internacional, al realizar el comentario sobre el entonces artículo 50 (a la postre artículo 53) del Proyecto antecedente a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señaló:

“Cada día es más difícil para los Estados sostener que todas las normas pueden ser arbitrariamente discutidas o ignoradas en sus acuerdos, por el simple consentimiento de los Estados. De ahí que en la tarea de codificación del derecho de los tratados debía partirse de la existencia de ciertas normas de las cuales los Estados no pueden prescindir de modo alguno por arreglo convencional y que sólo pueden ser modificadas por otra norma del mismo carácter”.

(Véase Asamblea General de Naciones Unidas (A) 6309. Revisión 1. *Anuario de la CDI, 1966*, vol. II. Comentario al artículo 50).

¹⁹ *Cfr.* Quispe Remón, Florabel, *Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*, en *Anuario español de derecho internacional*, vol. 28, Universidad de Navarra (España), 2012, p. 183, visible en el sitio de internet: <http://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2534/2407> (consultado el 15 de enero de 2020).

²⁰ Véase la tesis aislada, XVI.2o.T.4 L (10a.), registro 2013014, emitida en la décima época, bajo la ponencia del magistrado Celestino Miranda Vázquez, de rubro “DEBIDO PROCESO EN MATERIA LABORAL PARA PERSONAS MIGRANTES. LAS GARANTÍAS MÍNIMAS QUE LO COMPONENTEN ENTRAÑAN LA OBLIGACIÓN PARA EL TRIBUNAL DE TRABAJO DE DESIGNAR UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE AL PATRÓN O TRABAJADOR QUE NO COMPRENDA O NO HABLE EL IDIOMA ESPAÑOL”.

V. Reflexiones finales: la conformación plurisectorial del bloque de constitucionalidad

Expuesto lo anterior, reitero sin desconocer que existen opiniones en contrario²¹, que me parece que el bloque de constitucionalidad, conceptualizado tradicionalmente en los sistemas de cláusula cerrada en una integración binomial: Constitución y tratados internacionales, en realidad presenta una conformación plurisectorial, pues como se ha mostrado, a partir de la observación de la casuística forense, existen sectores expandidos, como el *ius cogens* y la jurisprudencia supranacional respecto a la zona de los tratados y como la jurisprudencia respecto a la zona de la Constitución, que presentan un bloque plurisectorial que en la práctica sirve como parámetro de contraste en la apreciación de la regularidad constitucional de la parte dogmática de las constituciones de los sistemas de bloque con cláusula cerrada, siendo además este modelo particularmente útil, en mi concepción, en los sistemas que contemplan el control constitucional difuso, pues en ellos prácticamente todos los órganos jurisdiccionales son tribunales de constitucionalidad, que habrán de usar el referido parámetro de contraste.

VI. Referencias de investigación bibliográficas

1. Fioravanti Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Ed. Trotta, ed. 6ª, España, 2009
2. Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico*, Ed. UNAM-IIIJ, ed. 1a, México, 2003
3. Herranz Gómez, Yolanda, *Igualdad bajo sospecha. El poder transformador de la Educación*, Narcea, España, 2006
4. Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Ed. Olejnik, Chile, 2018
5. Pablo Luis Manili, en su obra *El bloque de constitucionalidad*, Ed. Astrea, ed. 2ª, 2017, Argentina.
6. Smith, Juan Carlos, *Enciclopedia jurídica OMEBA*, vol. XVII, Ed. Driskill, Argentina, 1979

Hemerográficas

²¹ Entre otras, la de Pablo Luis Manili, en su obra *El bloque de constitucionalidad*, Ed. Astrea, ed. 2ª, 2017, Argentina, pp. 353 a 359.

1. Asamblea General de Naciones Unidas (A) 6309. Revisión 1. *Anuario de la CDI, 1966*, vol. II.

Normativas

1. Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

2. Constitución de los Estados Unidos de América

3. Constitución Política del Perú

4. Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) del Perú

5. Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú

6. Constitución Española

7. Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España

8. Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional de España

Electrónicas

1. Sitio de internet: <https://dle.rae.es/?id=ARRnIn2> (consultado el 15 de enero de 2020). sitio de internet: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-derechos-humanos> (consultado el 15 de enero de 2020).

2. Ospina Mejía, Laura, *Breve aproximación al “bloque de constitucionalidad” en Francia*, pp. 188-192, visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10252/9336> (consultado el 15 de enero de 2020).

3. Quispe Remón, Floribel, *Ius cogens en el sistema interamericano: su relación con el debido proceso*, en *Revista de Derecho*, No. 34, Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia), 2010, visible en el sitio de internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a04.pdf> (consultado el 15 de enero de 2020).

4. *Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*, en *Anuario español de derecho internacional*, vol. 28, Universidad de Navarra (España), 2012, p. 183, visible en el sitio de internet: <http://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2534/2407> (consultado el 15 de enero de 2020).

5. Buscador de Tratados Internacionales celebrados por el estado mexicano, visible en el siguiente sitio de internet: https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php (consultado hasta el 15 de enero de 2020)

6. Buscador de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>
(consultado hasta el 15 de enero de 2020)

7. Buscador de tesis aisladas y jurisprudencia mexicana del Poder Judicial de la Federación, visible en el siguiente sitio de internet:
<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis> (consultado hasta el 15 de enero de 2020)

8. Buscador de leyes federales mexicanas, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultado hasta el 15 de enero de 2020)

9. Buscador de sentencias mexicanas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el siguiente sitio de internet:
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>
(consultado hasta el 15 de enero de 2020)

10. Buscador de sentencias mexicanas del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE) del Consejo de Judicatura Federal, visible en el siguiente sitio de internet: <http://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx>
(consultado hasta el 15 de enero de 2020)

**COMPLEMENTARIEDAD COMO SUSTITUTO DEL
PRINCIPIO DE IGUALDAD: HACIA OTRA TEORÍA
DE LA JUSTICIA**

Aquiles Hervas Parra

COMPLEMENTARIEDAD COMO SUSTITUTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD: HACIA OTRA TEORÍA DE LA JUSTICIA

Aquiles Hervas Parra

Introducción

Se han escrito densas obras y largos trabajos teóricos sobre los principios constitucionales, en particular el principio de igualdad, tanto en el plano teórico en general como en las teorías jurídicas específicas. Es, sin lugar a dudas, la discusión central de los últimos doscientos cincuenta años en Occidente¹.

Cuando se habla de constitucionalismo hay que empezar por aclarar que la expresión es ambigua ya que uno puede referirse tanto a un fenómeno como a la manera de conceptualizar ese fenómeno, tanto a un proceso de cambio que está teniendo lugar en el derecho, como a su plasmación en el ámbito del pensamiento jurídico².

Y dentro de esta afirmación es pertinente recalcar que el paradigma de la igualdad tal como lo concebimos hoy en día es precisamente una construcción paradigmática occidental. Nuestro concepto abstracto y los intentos concretos por llevarla a la práctica se erigen en función de la idea explicativa que tenemos de ésta, es decir un ángulo de la “adecuada comprensión de la moralidad política”³

En ese sentido vale detenernos por un momento a cuestionarnos si otro intento más por definir la igualdad y/o aplicarla de forma efectiva es más acertado que cuestionar(nos) el paradigma sobre el que se asienta, y revisar más bien las formas a trasluz que se han mantenido ocultas, clandestinas o difuminadas a la luz de las

¹ Establezco este marco cronológico referencial respecto de los debates y postulados previos a la Revolución Francesa que acuñaría el ideal de “Libertad, Igualdad y Fraternidad” como ideal de sus programas políticos y filosóficos.

² Atienza, Manuel. «Constitucionalismo, globalización y Derecho.» En El canon neoconstitucional, de , de Miguel Carbonell y Leonardo García, 571-589. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010

³ Dworkin, Ronald. «Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales».» En El canon neoconstitucional, de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 117-149. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

bases del pensamiento occidental. Allí, sin tener que rebuscar mucho, emerge el principio de complementariedad, que a criterio de esta humilde mirada, es una opción acertada para satisfacer los objetivos incompletos e insatisfechos del principio de igualdad.

La complementariedad concebida como paradigma alternativo no puede ser interpretada a la luz de las premisas lógico - formales o los silogismos occidentales de pretensión de verdad. Ésta compleja de asimilar debido a que nuestras cabezas y contextos aceptan como válido lo que nuestro paradigma asume como real, se debate en escenarios que resultarán complejos; pero, será la necesidad de principios frescos más eficientes con las crisis de la sociedad, y por consiguiente del Derecho, lo que permita su adecuación, adaptación y confrontación de estructuras.

El punto neurálgico que roza este principio, y que se desarrollará adelante es que la complementariedad no responde exclusivamente al conflicto de los iguales, sino que parte del reconocimiento de las diversidades. Sobre ellas se permite desmitificar la posibilidad de lo diferente como antagónico de lo igual, o viceversa. Anclan diversidades con igualdades en tejido común que permite las posibilidades del equilibrio, concepto real frente a la abstracción de la igualdad.

En el presente texto, se procurará esbozar las líneas generales con las cuales el principio de complementariedad puede incorporarse al problema de la justicia, y con ello redefinir la teoría de la justicia en cierta medida, hilo que sin lugar a dudas quedará pendiente de continuar hilvanando. Todo esto a la luz del debate contemporáneo de la interpretación y argumentación jurídica, debate y problema a ser resuelto por quienes conformamos la teoría y práctica del Derecho actuales.

Como todos los conceptos, más aún si se trata de categorías explicativas, el margen de interpretación en el crisol de las subjetividades humanas es amplio pero a la vez cercano. Se pretende decir que pueden existir márgenes extensos de significación relativa sobre los principios de igualdad y complementariedad, así como entre éstos el sentido común puede encontrar similitudes de percepción suficientemente consistentes.

Tampoco procuraremos interpretar estos dos principios como elementos dicotómicos y excluyentes; si bien se trata de categorías antagónicas en su forma paradigmática como lo habíamos mencionado, a su vez, responden a contextos de reproducción contemporáneos que obligatoriamente los acercan a una misma

matriz de necesidades sociales. El hecho de la opción de lo complementario nos lleva a la responsabilidad de encontrar puentes que suplementan una categoría o principio con los fundamentos explicativos de la otra.

Finalmente en esta breve introducción se expondrán los motivos que nos llevan a proponer hipotéticamente este ángulo de exposición sobre los principios de igualdad y complementariedad:

a) En este momento de la sociedad y sus instituciones que podríamos evaluar como crítico (estado de crisis perceptible y no), es, en parte una necesidad y por otra una obligación, plantear intentos de innovación en las respuestas teóricas y jurídicas a esa crisis. No hacerlo, y reproducir los mismos intentos del siglo XX para resolver la compleja situación de los Estados legales implicaría un aporte negativo a esa crisis y por consiguiente su extensión y caos.

b) No es solamente una reflexión jurídica en el seno de las discusiones sobre el Constitucionalismo, sino, constituye la revaloración general de la vida, la Filosofía, los saberes y la cultura. Se trata como hemos mencionado varias veces de la urgencia de replantear los paradigmas que instituyen la noción que tenemos sobre la verdad y el funcionamiento de las relaciones sociales.

El binarismo que explica hoy en día -lo igual- y -lo diferente- ha minado abstractamente la realidad y le resta a los sujetos en su dimensión individual o social la posibilidad armónica de equilibrio, llevando más bien por tendencia al conflicto. El binarismo de la igualdad y la diferencia obedece a la lógica del conflicto eliminador, lógica de guerra en su versión más aguda. El Derecho, sea o no sea la administración del conflicto, debe responder a la búsqueda de senderos que liberen a la sociedad del dolor, y la sitúen en espacios de equilibrio armónico, de paz. Con esta imperceptible hipótesis arrancamos un texto que pretende aportar humildemente a mirar lo jurídico en particular y las relaciones sociales en general desde otro ángulo, e intentar reestructurar esas relaciones sociales con el fin del bienestar de lo común.

Desarrollo

a) Mirada crítica del principio de igualdad

Nadie podría, bajo ningún concepto, estar en contra de la noción de igualdad, lamentablemente es enunciación formal y no la materialización que se ha pretendido históricamente con ella. Es ese el primer problema de la categoría de igualdad, su promesa incumplida en la historia contemporánea de la modernidad liberal y neoliberal.

El segundo problema que podríamos anunciar es que su abstracción, aunque resida en un plano ético de intención positiva, el cual sería un plano abstracto, no aterriza en el plano concreto de la práctica en sí.

¿Somos iguales o somos diferentes? Sin duda responder eligiendo una de estas dos opciones es caer en el juego de la lógica binaria y abstracta, en gran parte somos diferentes pero hemos logrado como parte de la modernidad declararnos como iguales. Lo uno no suprime a lo otro aunque sus límites no tienen clara determinación, al punto que la aplicación de la tensión igualdad diferencia se filtra mediante las circunstancias o los hechos, lo que en Derecho llamamos casuística.

No podríamos hacer una cavilación casuística en medio de reflexiones generales sobre principios, sin duda es un ejercicio metodológico importante y útil, pero inaplicable a la luz de reflexiones categoriales; en este caso no tenemos otro camino que asumir el reto de intentar establecer proposiciones narrativas amplias que traten de cubrir a la mayor parte de casos, finalmente la construcción legislativa opta por ese camino, sea por método consensual (menos frecuente) o por imposición de unas ideas sobre otras.

En ese mismo campo de análisis cabe comprender que la igualdad se bate por dos esferas, su versión abstracta de alcance ideal, es decir la igualdad como aspiración del modelo legal; y, su versión concreta de hechos elaborados, es decir sus aplicaciones triunfantes. La casuística que habíamos citado suele corporizar esta segunda esfera, mientras que el Constitucionalismo axiológico encarna las ideas y proyecciones de lo primero. Por ello la cavilación sobre el principio de igualdad es fundamentalmente una meditación sobre la Constitución como modelo.

Tanto en su versión casuística como en la constitucionalidad materializada del

principio y derecho de igualdad, se halla en déficit evidente su cumplimiento pragmático. Éste, como hemos mencionado, puede ser un problema de eficiencia o a su vez la inevitable limitación de su abstracta materialidad. Es decir, por un lado se puede tratar de la ausencia de configuración de herramientas jurídicas que permitan el cumplimiento de la promesa moderna de la igualdad, cosa que responsabilizaría a los Estados y sus agentes; o, por otro, se puede tratar de la aceptación sencilla de que el principio simplemente no existe, y que, iguales no podemos ser en términos efectivos, cosa que no justifica lo severamente diferenciados que nos encontramos y por lo que se

vuelven necesarias innovaciones a los principios o la combinación con otras fuentes deontológicas del Derecho y las relaciones sociales.

Sea como fuere, una combinación de los dos elementos, la igualdad como principio y derecho están en crisis, nada simple y tampoco complicada, quizás compleja, en el término profundo de la palabra complejidad. La igualdad no subsana, ni las expectativas sociales contemporáneas, ni las circunstancias fácticas de recurrentes problemas que en el terreno de los hechos llegan al terreno del Derecho.

La igualdad, al no existir en sí, ni para sí, nos impone un triple reto: no retornar a formas anteriores a sus buenas intenciones, no declararla muerta en favor de las diferencias extremas y lo más importante plantear formas concretas que perfeccionen su abstracción y en vez de sustituirla por completo en lo inmediato, provoquen mecanismos de transición armónica hacia su materialización futura.

Por ello no se puede hablar del fin del derecho a la igualdad o su colapso total, finalmente forma parte de la narrativa moderna-contemporánea y de las aspiraciones del sentido común social. Sería una irresponsabilidad declararla como nula o ineficiente absoluta. Ésta, más otros principios conforman un paradigma de estructuras estables, al menos en el campo prospectivo de la vida, de una gran parte de la sociedad. Es mejor hablar de una mirada crítica, para que, en las bases de esa estructura criticada podamos amarrar y atar otros elementos configurativos transitorios.

Se suele confundir la contradicción igualdad-desigualdad, con la de igualdad-discriminación, esta segunda ha sido el camino tendencial por el cual han transitado varias reflexiones en materia de los derechos fundamentales y de los derechos contemporáneos. Roberto Saba manifiesta:

El Estado tiene la obligación constitucional de proteger el derecho a la igualdad ante la ley de las personas en casos de actos o prácticas de particulares que, fundándose sobre el ejercicio de la autonomía personal, producen tratos desiguales irracionales -que no guardan relación entre medios y fines- o tratos cuyos efectos contribuyen a perpetuar situaciones de exclusión o de sometimiento de grupos⁴.

Aquella primera contradicción (igualdad- desigualdad) no menos trabajada, en términos de la igualdad estructural también refleja una situación dialéctica pero con la característica específica de que su tensión irradia respecto de su negación, es decir lo igual versus lo no igual (desigual). Esta negación que, si bien puede responder a expectativas ideológicas de la lucha por la igualdad, en virtud de combatir su problema fundante la desigualdad, tiene por déficit que no permite construir escenarios jurídicos reales, más allá de las subreglas o normas secundarias⁵ denominadas políticas públicas.

Vieja discusión de la libertad contradictoria con la igualdad

No es igual que la tensión entre igualdad y eficiencia, querella irresoluta en el escenario del mercado. Si bien tratar de resolver la misma, implicaría un reto aún más útil para la crisis de la modernidad, procuraremos dejarla para futuros análisis. En este caso se hablará de la necesaria cesión de grados de libertad⁶ para conseguir situaciones concretas de igualdad, o viceversa, la adquisición de libertad constriñe y perjudica las formas ideales de igualdad. Un derecho puede ir imbricado en el

⁴ Saba, Roberto. Más allá de la igualdad formal ante la Ley. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

⁵ Llamamos así arbitrariamente a la política pública por la ausencia de fuerza que la política pública tiene en su versión mandante. Podríamos leer los Planes de Gobierno de la República del Ecuador de los dos últimos regímenes: Plan Nacional del Buen Vivir y Plan Toda una Vida, y, constatar que lo declarado no se traduce en lo ejecutado porque la política pública fundada en los dos cuerpos subreglamentarios no tiene fuerza de mandato sin la voluntad política de los mandatarios. El lector se preguntará, qué diferencia tiene ello con la Constitución que también abunda en figuras normativas de derechos aun inexistentes o inmaterializados. Es cierto, sin embargo, al menos hay figuras jurídicas para su demanda.

⁶ Cosa que no deriva en una especie de medición sino exclusivamente la idea de existencia de relaciones proporcionales entre un derecho y otro. auto valora en exclusiva soledad o autoconcepción de absoluta suficiencia. Por ello la libertad descrita como patrimonio de un solo individuo es una ficción, película dramática y pro complaciente de la ideología liberal.

otro, empero, durante esa imbricación se ejecutan niveles de sacrificio de uno por lo otro, en los dos sentidos.

Aquí vale proponer otro principio, que si bien también lo ha desarrollado la Filosofía Liberal, no le ha dado el valor y ponderada prioridad que a nuestro criterio merece, la autonomía. A estas alturas, salvo las clases más privilegiadas de la sociedad, no sabemos qué es exactamente ese logro decimonónico al que llamamos libertad. Soy libre es una afirmación complicada y en la mayoría de los casos más referenciada, cuando Rousseau, génesis del liberalismo político occidental, afirmaba “el hombre ha nacido libre y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas” mostraba la duplicidad de la palabra libertad.

Amerita darle dos breves sentidos críticos: primero es imposible su veracidad si se conjuga en unipersonal o individual, nadie absolutamente nadie puede ser libre como sujeto aislado, y si es así, referiremos a su sensación exclusivamente existencial, más no a la materialidad de su vida, la vida se reproduce fuera u dentro del individuo, la comunidad alrededor del individuo pre existe al mismo.

Segundo, la libertad imaginada como el ejercicio de movimiento sin ninguna restricción es sin dudar otra falsedad, esto no lo decimos desde el pensamiento crítico, ha sido la misma axiología liberal la que ha colocado en su contraste el valor y principio de responsabilidad. Asumimos nuestros actos en la medida de los efectos que éstos puedan provocar sobre la libertad de los demás, “el Estado tiene la facultad de regular los derechos constitucionales de modo que su ejercicio por una persona no conduzca a afectar esos mismos derechos a un tercero”⁷, o la vieja frase de “la libertad de uno termina donde nace la libertad de otro”, esa demarcación difumina la idea de libertad contemporánea que hemos construida alrededor de las sociedades modernas.

Así, la intervención del tercero que regule esas relaciones o tensiones entre libertad y otros derechos no es efecto exclusivo de las tensiones ideológicas del siglo XX⁸. La idea de regulación surge también en el mismo seno de las sociedades liberales, lo que entre otros nombres se ha tipificado como la “regulación

⁷ Saba, Roberto. Más allá de la igualdad formal ante la Ley. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

⁸ Véase la trillada cita de la mirada al Socialismo como propietario simbólico de la idea de intervención estatal.

razonable”⁹. Los límites que se requieren surgen de las relaciones tensionadas a las cuales nominamos como conflictos, a pesar de que el Derecho en muchos casos procura establecer límites a modo de prevención, sin que eso signifique que históricamente no fueron conflictos de su momento. Como sea:

Todos tenemos derecho a ejercer nuestra autonomía y ello implica, en una aparente paradoja, que existe una justificación para que el Estado imponga límites a ese ejercicio con el objetivo de que el goce de la autonomía de unos no redunde en lesiones a la autonomía de otros.

El administrador del conflicto que hemos designado tradicionalmente ha sido el Estado, por lo que sería éste el que encarnaría la legitimidad de las limitaciones a la libertad. “La legitimidad de esas leyes depende de que se consideren una limitación justificada de los derechos fundamentales” En ese acometido el Estado recibe no solo la admisión a regular, sino que se convierte en mandato

Es fácil advertir la relevancia práctica de la cuestión. Clases enteras de derechos –gran parte de los derechos sociales, la casi totalidad de los derechos humanos internacionalmente establecidos- resultarían, según la definición que propongo, lo mismo que conforme a las tesis de Kelsen que crítico, excluidas del rango de derechos por carecer de garantías¹⁰.

Hay extendidos y no poco importantes debates sobre la justificación de los límites, la lo razonable, que finalmente componen la idea de lo legítimo e ilegítimo. Esta disposición social que se convierte en constitucional mediante los procesos constituyentes de la soberanía popular requiere clarificar los claroscuros que en medio del proceso y sobre todo en el ejercicio gubernamental preceden al acto regulatorio.

Sin dudas el Estado debe limitar las libertades con el objeto de precautelar los derechos, estos “no son absolutos, en el sentido de que su protección constitucional no es contradictoria, sino todo lo contrario, con las regulaciones que el Estado imponga para su ejercicio”, porque la misma idea de absoluto rompería con la lógica de un derecho en el marco de las relaciones sociales refundadas en el ideal de la libertad a la luz de la concepción de modernidad.

⁹ Saba, Roberto. Más allá de la igualdad formal ante la Ley. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2005.

La discusión de la libertad y la igualdad no se complejizara demasiado si diferenciáramos la no sinónima relación entre -lo individual- y -lo personal-. Personal no es lo mismo que individual. El tercero legítimo regulador de las relaciones sociales con el fin de que un derecho no afecte al derecho de otro u otros puede limitar lo individual sin que eso signifique que invade lo personal. Esto último antecede al proyecto de la autonomía, configuración que el Estado puede dislocar exclusivamente si el ejercicio autónomo reviste en daño verídico, constatado y demostrado con certezas jurídicas, cuestión típica del Derecho Penal, pero no la única.

No es materia de este texto explicar detalladamente la diferencia sociológica, psicológica y conceptual que queremos establecer entre estos dos conceptos. Lo personal autónomo se configura por la identidad y construcción permanente del interior subjetivo de cada ser que se puede expresar en sus emociones, personalidades, gustos, actividades, artes, habilidades, recurrentes manifestaciones del derecho a ser y existir en un tiempo y espacio.

Mientras que lo individual es construcción ideológica de justificación de actos, no necesariamente limitables, o con aspiración de convertirse en (i)regulables por otros terceros, así tengan la potestad de legítimos para hacerlo. Es lo individual una aspiración abstracta inmersa en la narrativa neoliberal a ultranza y sin medida responsable de sus efectos. Es en pocas palabras la individualización de la vida una alucinación moderna, sin base material y real en lo concreto: solos no somos nada, no respecto a la versión de la soledad en términos enajenables, sino en su versión imposible de supervivencia como especie.

Por lo tanto en la contradicción libertad e igualdad, el primer principio no cristaliza un derecho individual la palabra -libertad individual- queda vacua y sirve para complacer expectativas y aspiraciones, más que para realizarse en sí misma. Hay libertades personales, que no quepa duda, más aun cuando en las tensiones de modelos políticos y éticos se suele aprovechar estas críticas a la libertad para alertar monstruos y alarmar a las poblaciones.

La libertad personal entendida en su interpretación de autonomía personal es un derecho de reivindicación y construcción permanente, necesitamos sociedades donde las personas puedan *estar* y *ser*, en la medida de su convivencia armónica con el *estar* y *ser* de otros e incluido el nivel normal y sostenible (regulable) de conflicto que esta quimera implica.

La autonomía personal puede convivir con la lucha contra los niveles extremos y estructurales de desigualdad. Cerraremos el apartado afirmando, con derecho a que se compruebe lo contrario, que: dos abstracciones como libertad e igualdad presentan más tensiones inviables que dos concreciones como autonomía personal y lucha contra las desigualdades.

Igualdad como derecho versus complementariedad como principio

Este subtítulo podría a primera vista ser la solución fácil de la dialéctica entre estas dos categorías, más bien sabemos que no podemos simplemente declararlo de forma protocolaria, cual si de una clasificación se tratara. Las personas son titulares del

derecho de igualdad formalmente declarado, pero su materialización pasa por el progresivo desarrollo de la igualdad como principio. En el mismo sentido la complementariedad al ser reconocida como principio, mejor si lo es constitucionalmente, permite la aplicación de nuevos ámbitos de la práctica jurídica, sin embargo esto sería estéril sino ejercemos el derecho a la diversidad implícito en la categoría de los complementos.

Es así que la mejor manera de resolver esta infecunda tipificación es el atravesamiento incrustado de las potencialidades resolutorias de la complementariedad con las construcciones ideales de la igualdad. Esa condición permitiría, en planos supuestos, al intérprete jurídico, así como a la sociedad en general, la pertinente aplicación de estos elementos en la practicidad del conflicto particular y de la condición crítica del Derecho.

Para dilucidar con más detalle esto deberemos retornar a la fundamentación de lo que es un derecho y un principio en el esquema constitucional. Es frecuente la confusión en el caso de principios como la igualdad, libertad, dignidad confundir su aplicación en el campo de lo jurídico y las narrativas descriptivas de estos temas. Recordemos tres incógnitas que se cuestionaba H. L. A. Hart:

¿En qué se diferencia el Derecho de las órdenes respaldadas por amenazas?

¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral?

¿Qué son las reglas y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?¹¹

Pareciese en primera impresión que hay un abismo de distancia entre el Derecho como orden (Austin) y el Derecho como relación de principios morales externos o internos (Constitucionalismo Contemporáneo). Bien, esto es y no es así. Es así porque en el plano teórico la configuración de principios a modo de fuente jurídica de la justicia, o la idea de justicia que tengamos, esos principios contradicen la norma en tanto objeto positivado del Derecho, fuente y fin en sí misma. No es así porque si bien esa es una intención benevolente del teórico, el ejercicio práctico de los agentes del Derecho ha demostrado que no se puede brincar directo el río sin un puente de transición.

Siguiendo la contestación a las preguntas de Hart, podríamos tener un plan de ruta metodológico o al menos didáctico que nos permita diferenciar el mandato abstracto de la igualdad versus su versión aplicada que a nuestro criterio tendería más a la idea de complementariedad. Sabemos que el positivismo metodológico expresa “los fundamentos de un sistema jurídico no se deben buscar en ninguna teoría moral o justificativa sino en términos valorativamente neutros de un hábito general de obediencia a un legislador soberano”¹², a su vez sabemos que esto es absolutamente ineficiente en la práctica y no estuviéramos en las academias hablando de nuevas teorías si esto funcionara.

El punto central es que además de la deficiencia de la igualdad como vía concreta, sus intentos de aplicación como mandato han servido de manera incompleta. Los programas que combaten la discriminación¹³ son su mejor avance, pero la desigualdad en términos estructurales y la relacionalidad injusta se perpetúan a la luz de sus disposiciones. Ante ello la amenaza como respaldo del Derecho ha demostrado sus limitaciones, el miedo, la coerción o la posibilidad del castigo son poco eficaces en la arena de la vulneración sistemática del principio

¹¹ Rodríguez, César. La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

¹² Rodríguez, César. La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

¹³ Se podrían revisar como ejemplo simbólico las formas de aplicación de la discriminación positiva o las acciones afirmativas. Así como un buen número de sentencias progresivas que restituyen derechos y reparan violaciones expresas a los derechos derivados de la igualdad (expresión, no discriminación racial, no discriminación de género, entre otros).

de igualdad.

La relacionalidad que guarda la igualdad como derecho y la complementariedad como principio obedece a la misma relacionalidad de la igualdad como principio y como derecho, solo que, esto segundo es una reiteración innecesaria con límites del paradigma de la igualdad como ya hemos explicado. En ese acometido la complementariedad puede desarrollar varios de los derechos además de la igualdad ya que “en la medida en que únicamente los principios tienen una alta densidad de contenidos solo estos cumplen una función constitutiva del ordenamiento jurídico”¹⁴.

Tal posibilidad de progresión de derechos en la luz de un nuevo principio contra paradigmático, por qué no decirlo contra hegemónico enfrentará, sin duda, a los obvios atascos de la interpretación múltiple o sobre interpretación que se hiciese de este principio, empero es cuestión que ya hoy sucede con varios de los principios vigentes y que no le resta ni le suma posibilidades.

¿Se trata de un esencialismo?

Si dudas no, la idea de presentar una posibilidad contra paradigmática en el plano gramatical habla de una polémica. No obstante más adelante incorporaremos el término -giro paradigmático- que representa mejor la intención de contradecir la igualdad a partir de sus bases éticas pero con elementos de otro principio que funden posibilidades concretas de materialización de esas bases en otro asiento programático.

En la idea de la esencia hay dos elementos que requieren ser abordados: por un lado la idea esencialista de la cultura, que lo citamos porque precisamente el principio de complementariedad proviene de la cultura andina indígena y milenaria; y, por otro lado la concepción de la teoría del contenido esencial de los derechos que proviene de la autocrítica jurídica a la noción de los principios como panacea de la construcción de los derechos y la ley.

¹⁴ Escobar, Claudia. «El rol de las reglas en la era de los principios.» En Teoría y práctica de la justicia constitucional, de Claudia Escobar. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

Sobre lo primero brevemente desarrollaremos un par de ideas. Nada es absolutamente esencial y no existe manera de retorno total hacia formas del pasado. Por estas dos ideas es posible aseverar que la complementariedad no es defendida en esta propuesta como una forma pura de principio esencial que debería ser aplicado a modo de receta. La complementariedad en sí misma es un principio que propende al encuentro de diversos momentos del tiempo, sujetos, grupos, derechos, paradigmas, etc.; y, que en ese encuentro inevitable se sustrae lo mejor posible como intento de justicia.

En esa misma línea no es posible mirar nostálgicamente al pasado, somos lo que somos hoy en día, y en eso que somos está incluido el tiempo pasado a modo de memoria o prácticas inconscientes culturalmente reproducidas. En esa afirmación hay dos elementos, el de la existencia de un pasado incorporado en el presente y la de un presente inminente e innegable que a modo de abigarramiento se sitúa en el espacio y tiempo. Insistimos, estas dos aseveraciones muestran en sí mismas una realidad complementaria.

Es entonces que antes de tratarse de alguna forma esencial, de lo que hablamos en el principio o los principios milenarios como parte de un paradigma, es de las transformaciones que ha tenido esa concepción en el tiempo la sociedad. Sin vacilación aseguramos que se ha sometido tal sabiduría a continuos y variados procesos de adaptación abigarrada con las diversificaciones que la cultura americana ha tenido en territorio americano.

La resistencia que en las memorias sociales de los grupos culturales han mantenido varios principios, fruto de lo cual a través de la oralidad, narrativa o prácticas reproducidas, hoy podemos pasar revista minuciosa para procurar absorber lo mejor y más pertinente de ello para una condición de crisis como la que vivimos ahora en el Derecho y relaciones sociales contemporáneas.

Por otro lado se encuentra la teoría del contenido esencial de los derechos que atribuye ponderaciones especiales a derechos específicos que forman parte de un núcleo duro, “el contenido esencial es una parte del derecho fundamental, aquella parte que resulta definitoria o identificadora del concepto que un derecho tiene en nuestra cultura jurídica”¹⁸.

Es preciso observar que al hablar de derechos habremos expuesto que aunque sonasen sumamente nucleares algunos derechos (igualdad, libertad, dignidad), éstos presentarán contradicciones entre sí mismos o entre derechos. Es por ello

que la teoría y la práctica han procurado eliminar la tendencia de jerarquía de los derechos, que no significa que no existe la ponderación de los hechos a la luz de los derechos, indirectamente ponderación de derechos.

“De entrada la interpretación del contenido esencial plantea un problema relativo a la naturaleza misma del objeto protegido, es decir, de los derechos fundamentales”, por ello reiteramos la necesidad de establecer una reflexión a la luz de principios que progresivamente resuelvan las tensiones de los derechos. La idea de esencia en la concepción jurídica occidental de los derechos tampoco puede ser aceptada en forma de materia prima de los derechos.

Principio de Complementariedad

Este principio tiene varias fuentes de interpretación, sin duda la que principalmente ha inspirado este documento es la narrativa oral de los pueblos y nacionalidades indígenas, que a la par de las reflexiones sobre el Sumak Kawsay (Buen Vivir) suscitadas en el Ecuador a partir del levantamiento indígena de la década de 1990, han cuestionado el modelo de desarrollo y vida de las sociedades. Por ello insistimos en la necesidad del cambio de paradigma, no como retorno ni como algo nuevo sino como la transición a la memoria que complementada con otros valores sociales actuales persiste en nuestra memoria.

Es así que la definición de complementariedad como en general de la sabiduría ética y política de los pueblos indígenas se constituyó desde la posición de resistencia e insurgencia simbólica asumida por los el movimiento indígena levantado frente al esquema neoliberal (nuevas libertades asentadas en el tradicional paradigma). Lo complementario es la propuesta de convivencia y relación entre un mundo y otro, bajo la intención de armonía, superación del conflicto y mirada hacia otra idea de la justicia que emerge de la sabiduría milenaria en la memoria de las prácticas sociales reproducidas y precauteladas en el seno de la comunidad.

Otra fuente interesante es la planteada por investigaciones realizadas en las sociedades andinas, que si bien, han sido encabezadas por teóricos no indígenas, o que al menos no se adscriben como tal, plantean una respetuosa interpretación de los principios milenarios. En esa dirección tenemos como una interesante definición de complementariedad: “es la especificación de los principios de

correspondencia y relacionalidad. Ningún ente o ninguna acción existe monádicamente, sino siempre en coexistencia con su complemento específico”¹⁵.

De esta definición nos interesa rescatar que no existe forma de entendimiento de la complementariedad sin entendimiento del principio de relacionalidad, respuesta contundente a la paradoja ideológica del individualismo, o la construcción abstracta de la idea de individuo como proyecto falso. Las personas, los grupos, en fin las partes estamos relacionados, con tensiones y complementos, pero interactuando permanentemente, conformamos comunidad, reconocida o no en nuestras consciencias. Conformamos relaciones sociales, que se atraviesan por relaciones de poder, negar ello sería negar la realidad.

Continúa la definición teórica:

El principio de complementariedad es perfectamente compatible con la negación de la sustancialidad en el sentido de un “ente existente en y por sí mismo” (ens ex se et in se subsistens). Ningún “ente” o acontecimiento particular es una entidad completa, sino que sufre -para hablar en términos occidentales- de una “deficiencia ontológica”, es decir: es en el fondo un “no ente”, un “nada”. Para el runa/jaqi andino, el individuo autónomo y separado, en el fondo es “vano” (doxa o maya, como diría la tradición índica) e incompleto (un ente a medias).

Este extracto resume interesantemente la idea central crítica que hemos procurado ir desarrollando, además de darle duda a la noción de lo individual desde la misma enunciación del lenguaje y significado paradigmático que combate. Detracción con los mismos insumos de la teoría occidental y las palabras significantes que tenemos los hispanohablantes que somos indirectamente hablantes de lenguas de origen latino.

Los entes como los llama Estermann, expresados en personas, seres o grupos, comunidades no estamos completos en sí, vivir para nosotros significa complementarnos en otros, entes, seres, sujetos o comunidades. No hacerlo equivale a la nada o lo incompleto de la vida, es decir la muerte. Al conformar la complementariedad las estructuras de la vida, es éste mismo principio el que nos da pautas para la reproducción de esa vida, es decir la superación del conflicto.

¹⁵ Estermann, Josef. Filosofía Andina, sabiduría indígena para un nuevo mundo. La Paz, Bolivia: ISEAT, 2012.

La igualdad como noción pretende superar el conflicto, pero no lo logra, es ineficiente por la abstracción y límites de su paradigma, mientras que la complementariedad, que no sabemos si lo lograría hasta su puesta en práctica, al menos dispone de elementos de interpretación concreta que podrían funcionar útiles si se incorporasen a las relaciones sociales de justicia. Lo complementario abre una forma distinta de abordar el problema, sinónimo metafórico de lo injusto, este principio amalgama interpretaciones que permitirían aguzadas discusiones de la justicia en sí misma.

Giro paradigmático

Hemos insistido en varias ocasiones recurrentes al anotar esta crítica bajo la evaluación de paradigmas existentes sobre los que se asientan categorías de conocimiento y por lo tanto principios, derechos, valores. Es así que en este apartado brevemente procuraremos esquematizar el giro paradigmático que se pretende con las líneas esbozadas.

La linealidad binaria que sustenta el principio y derecho de igualdad preafirma que existen sujetos varios que pueden ser iguales en su condición de génesis, o a su vez sus variantes que aceptan a existencia de diferencias que hay que equidistar. De los miles de sujetos o grupos que pueden componer la sociedad resumiremos por motivos didácticos en la existencia de A y B.

Paradigma lineal:



Figura 1.1.- Igualdad general
oportunidades

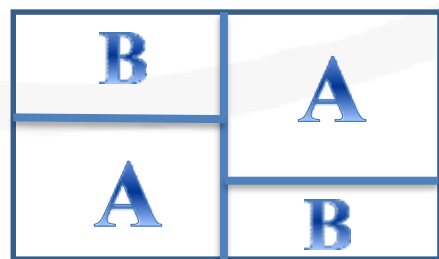


Figura 1.2.- Igualdad de

Giro paradigmático:

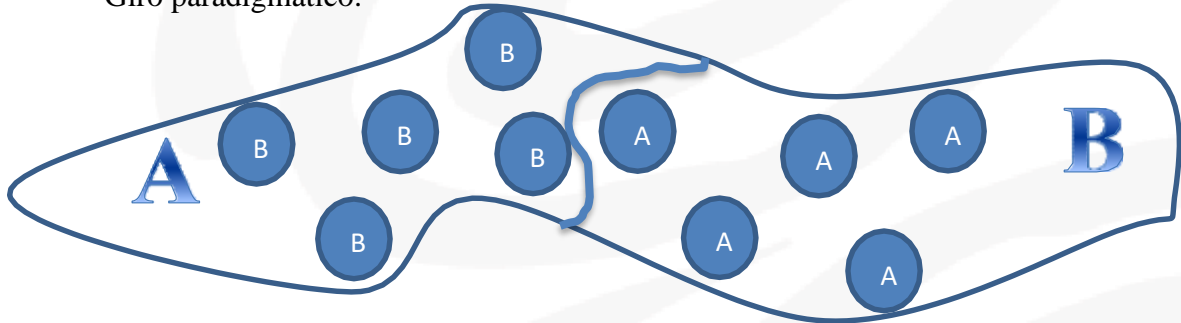


Figura 1.3.- Igualdad complementaria

Por lo general, respecto del paradigma lineal ha habido tensiones entre las dos formas de igualdad graficadas, la igualdad general que es mucho más abstracta que la igualdad de oportunidades corresponde a la igualdad formal o legalista. La igualdad general o formal se declara en la ley a la vez que en nuestras mentes se dibuja una idea similar al esquema propuesto, dos partes que no guardan diferencias y que estarían empatadas con las mismas condiciones y derechos.

La igualdad de oportunidades, que no deja de ser abstracta al menos cumple con el mérito de reconocer las desigualdades estructurales antes de proceder a intentar equivaler las diferencias. A y B tienen diferencias que pueden resultar además extremas, las mismas que no otorgan las mismas condiciones para acceder a los

derechos. Esto último es la disimilitud fundamental con la igualdad formal, que no reconoce las condiciones previas a las cuales teóricamente se ha llamado oportunidades.

El giro paradigmático por su cuenta plantea un esquema bastante más complejo. Primero porque reconoce la diversidad, no lo llamaremos diferencia porque con diversidad referimos más bien a un plano de los legítimos elementos que cada sujeto o grupo asume como parte de su identidad y especificidad, mientras que a las diferencias las remitiremos al plano de lo justo e injusto. La zona A no es igual a la zona B por dos elementos, por su previa diversidad legítima que no configura problemas de injusticia; y, por aquellas diferencias que si aportan

a esos problemas.

Lo segundo que procura el giro paradigmático que intentamos es que, dentro del plano A, no solo está lo que de B puedes sustraer para lograr igualdad estructural, sino que a priori ya coexisten elementos de B en A que no hemos sido capaces de observar y que pueden propiciar la posibilidad de complementar la injusticia o desigualdad existente. No son A y B dos planos ajenos y totalmente distantes, conviven en menor medida o al menos tienen elementos de afección similares aunque no sean los mismos. Esto puede entenderse a medias sino ejemplificamos.

Un grupo humano que padece de discriminación racial (A) a su vez puede ejecutar internamente actos de discriminación de género, a su vez un grupo humano (B) que lucha contra los problemas de violencia de género puede reproducir en su seno elementos racistas o de discriminación étnica. Así explicado en un plano de dos grupos, si a esto aumentamos un tercer grupo de tipo clasista con desigualdades sociales (C) en sus niveles de ingreso, la complejidad aumenta pero el principio de complementariedad es el mismo.

Los tres grupos mantienen problemas con matrices compartidas de desigualdad o digámoslo en términos más cercanos al paradigma buscado, problemas de desequilibrio¹⁶. Los tres grupos a su vez aportan con sus errores o matrices de reproducción de desigualdad en algunas de las áreas citadas que no son exactamente el área por la cual luchan. Si fuésemos moralistas diríamos que hay incoherencias en los grupos, las denunciaríamos y terminaría la reflexión, esa es una solución lineal y binaria. El problema es más complejo, y, la solución más profunda.

Los tres grupos presentan oportunidades de mirar no linealmente si es que

¹⁶ ¿Por qué habría de querer la sociedad dirigirse hacia un espacio de equilibrio? Porque desea alejarse del espacio de desequilibrio, debido a que lo uno no es directamente proporcional a lo otro, este movimiento o traslado socio-subjetivo no es ni sencillo, y peor aún breve. Implica períodos de tiempo que con disciplinada dedicación a la obtención de información pasada y presente podrían ser estimables con altos márgenes de error, pero como volvemos a insistir, aquello que nos interesa se localiza más bien en el terreno de la propuesta de principios antes que en la tarea de entregar respuestas exactas que permitan niveles de certidumbre. Los principios propuestos pueden significar la orientación de problemas diversos y específicos, ello dependerá de la forma en que cada sujeto diverso recepte tales principios, por eso estos se deben efectuar con rigurosidad y trabajo comprometido (Del Autor).

queremos mirar de manera distinta. En A, B y C, así como los N... casos existentes, conviven posibilidades de solución a los problemas en los mismos problemas, así como barreras en los tres o N espacios a pesar de ser espacios de proposición de soluciones. La óptica o ángulo paradigmático definirá determinantemente la probabilidad de encontrar nuevos caminos.

La igualdad general o de oportunidades como ya hemos expuesto tiene límites en esa empresa, es así que proponemos poner en escena la complementariedad como principio sustentable a estas limitaciones. Pero es posible la justicia con otra teoría de la justicia que a A, B, C, N partes del conflicto pueda otorgar proporcionalmente el resultado del discernimiento complejo que les corresponde o deberemos seguir con la lógica de ganadores y perdedores, de triunfo del bien sobre el mal, que tradicionalmente ha conformado varios siglos de la idea de justicia.

En el fondo de esta reflexión, no es la destrucción del principio y derecho de igualdad lo que buscamos, ya lo dijimos en pasadas líneas. Es otra teoría de la justicia la que planteamos, porque la que hoy opera no subsana el conflicto de la sociedad y no supera la crisis del Derecho contemporáneo. En lo penal, no supera los deseos de venganza que significan el poder punitivo moderno; en lo civil, no supera la eliminación de la propiedad del otro o el cuidado ciego de la propiedad de unos sobre la explotación de otros; en lo constitucional, no supera la eliminación del enemigo legítimo o ilegítimo en el campo de los intereses travestidos de intereses.

En todas las áreas no supera la eliminación de B o su inmediata supresión que es lo que finalmente constituye la desigualdad social. La lógica binaria de dicotomía excluyente promueve una dinámica de guerra, el Derecho contemporáneo, su constitucionalismo se basa y trasvasa en permanentes conflictos de abolición del otro, su muerte simbólica o real, su eliminación. Los derechos están pensados como el triunfo sobre los derechos del otro, he ahí la crisis del derecho a la igualdad, su limitación al campo de las buenas intenciones abstractas. Se hizo justicia en este sentido implica lograr acabar con el otro.

Está por demás agregar que el principio liberal de competencia es el que pedagógicamente alimenta de forma directa e indirecta, consciente e inconsciente esta dinámica de guerra y eliminación del otro. La competencia definida en estos términos, los que le ha dado el mercado moderno capitalista definen las relaciones

sociales, mismas que a su vez definen del Derecho. El Derecho no moldea conductas, a lo mucho interpone límites de miedo, son las relaciones sociales y sobre todo las relaciones de poder las que establecen normas que se agrupan en leyes y códigos., “es hora de evaluar críticamente el alcance y acceso de los mecanismos del discurso jurídico, en cuanto discurso del poder”¹⁷

Precisamente, de esa manera la teoría de la justicia, fruto de las relaciones sociales y de poder son fruto de las formas de competencias que se han elaborado con el mercado moderno capitalista, el derecho de igualdad es una caricatura simuladora de esas relaciones y formas de competencia. El paradigma mental de la sociedad se hereda de las relaciones materiales de esa sociedad, quienes tienen más posibilidad de determinación de ello son quienes impondrán más prescriptivamente elementos para esos paradigmas.

Por pedagogía dibujamos los A y B de los paradigmas lineales como proporcionales, pero en realidad se trata de desproporciones efecto de las diferencias sociales (clase) y de poder (etnia, género, generacional) o a su vez en términos complejos la combinación de todas a la vez.

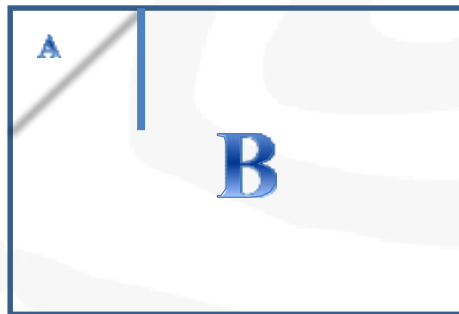


Figura 1.4.- Realidad de las diferencias

Esta descripción gráfica solo establece las diferencias en términos de magnitudes, más no las diversas combinaciones existentes de esas diferencias, para ello deberíamos realizar gráficas severamente complejas, como una de las obras de arte de Vasili Kandinski, cuestión que parecería más de arte que de

¹⁷ Wolkmer, Antonio. Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. Akal: Colombia, 2017.

análisis social, pero así es, un paradigma complejo el que describe, o debería describir la realidad, cual si se tratara del arte de la vida y sus relaciones imbricadas.

Hacia otra teoría de la justicia

¿Es la razón dada a una de las partes, el triunfo inminente de A sobre B o viceversa la realización plena de la justicia? Presumo, con riesgo a plantear esto en términos demasiado abstractos, que no. Esa lógica ambivalente, dicotómica y excluyente equivale a las lógicas de la guerra, del odio, la venganza y por ende la muerte. Muerte metafórica de las partes que en el conflicto no pueden dejar de pensar, a la luz del paradigma mental que nos ha forjado, que lo justo es el fin del otro, su eliminación.

Concebir un escenario de administración de justicia en el cual A y B, reciban proporcionalmente el complemento de sus aciertos o la respuesta a sus errores, es probablemente teatro imaginario y desnaturalizado de la sociedad. Empero, en este bosquejo de cuadro prospectivo, más que incompleto, se trata de adelantar elementos transitorios del paradigma que en quimeras pretendemos elaborar. Un puente que se construye de un solo lado, porque el otro lado, no sabemos qué tan próximo o lejano, es futuro intangible e idealizado por el momento, y, al cual de forma paralela pretendemos poner estructuras fruto de estas reflexiones.

Las ideas han sido históricamente el antecedente de la realidad, si puedes imaginarlo, puede existir. Lo real en términos dialécticos es la elaboración inicial de las conjeturas apriorísticas de aquello a lo cual nos dirigimos. La complementariedad es así, no solo fin en el tiempo, sino espacio real de materialización inconsciente. El principio es como lo manifiesta su gramática, principio de otra forma jurídica y social de la justicia, “esbozar a grandes rasgos las condiciones de una teoría del Derecho capaz de rebasar, y no solamente de conciliar como se esfuerzan varias teorías híbridas los puntos de conflicto”¹⁸.

No estamos seguros que sea forma ausente de relaciones de poder y conflicto, la humanidad ha probado que en sus soluciones siembra nuevos problemas,

¹⁸ Ost, F. y M. der Kerchove. Teoría Crítica del Derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

dominaciones, opresiones y dolor. De lo que podemos asegurarnos es que en el recambio fluido de la vida y sus ciclos la complementariedad es también instrumento de aplicación para configuraciones renovadas de esas relaciones de poder que vuelvan parte del sentido común de los pueblos la huida a retornos de las formas anteriores del dolor, tal como hoy en día nos resistiríamos a quemar brujas o aplicar métodos de la inquisición.

La complementariedad es la potencia posible de formas distintas a la solución del conflicto por eliminación del otro, a la búsqueda de la posibilidad de una relación complementaria en vez de la relación eliminatoria, que en el fondo no es relación. La justicia como palabra que disimula la venganza no tiene cabida en la complementariedad porque ese otro al que se quiere eliminar bajo la primera noción convive aceptado o no en el eliminador.

Sobra insistir en que la propuesta puede pecar de idealizada, y aunque lo sea insistiremos en ello porque la situación de no solución de la reproducción de la vida o la justicia pendiente nos convoca a hacerlo. El colofón del sistema de justicia tal como lo conocemos no se romperá drásticamente de un período de tiempo hacia otro, requiere que nos infiltremos en las grietas que va dejando, algunas de ellas convertidas ya en abismos, para sembrar semillas.

Replantear una teoría de la justicia, nueva o no, revitalizada o innovada involucra cuestionar los principios que la sustentan, no desmantelarlos, sino cuestionarlos para confrontarlos a las necesidades reales de la sociedad. Sustituirlos progresivamente, en ejercicios paralelos de aplicación de los vestigios acertados de esos principios actuales con las propuestas emergentes de paradigmas descolonizados. La igualdad, libertad, dignidad y todos sus derivados con ejemplo concreto de lo dicho, “no hay ley, sin ley de la ley, no hay ley sin un principio, una instancia de reflexión a través de la cual la ley se piense a sí misma”¹⁹.

La igualdad puede consolidar otra teoría de la justicia en la medida que se permita combinar con principios como la complementariedad, corresponsabilidad, relacionalidad, reciprocidad, entre otros, que en la actualidad no están incorporados en las constituciones de los países de los Andes. Cuestión curiosa porque justamente en estos países como Ecuador y Bolivia se incorporó la

¹⁹ Benente, Mauro. Derecho y poder. Buenos Aires: Didot, 2015.

propuesta simbólica del Sumak Kawsay, caso ecuatoriano; y, Sumaq Qamaña, caso boliviano.

¿Se puede decir al mismo tiempo -somos iguales- y -somos diferentes-? Gramaticalmente sí, pero, además de que lo uno implica una posible negación con lo otro, lo indudable es que su tensión es mayor que la posibilidad de afirmar en un solo tiempo –somos complementarios-. No significa que esto último no implica tensiones con espacios de negación, sino que lo complementario es el reconocimiento de lo diverso dentro de un proyecto de igualdad equilibrada no homogénea.

Entonces otra teoría de la justicia no implica eliminar todas las formas de diferencia, para ser más claros y que no se preste a confusión; no implica eliminar la diversidad legítima que nos caracteriza como sujetos y comunidades; no asume el rol de homologar a todos los sujetos y espacios en una matriz idéntica interpretada por morales impuestas desde una sola perspectiva. Eso sería el rancio igualitarismo violento que solo ha existido históricamente en nuestra imaginación o las versiones míticas de cuentos y ficciones.

Otra teoría de la justicia significa combatir la desigualdad estructural y extrema mediante instrumentos reelaborados a la luz de nuestras memorias culturales, donde lo justo sea la combinación de los derechos e intereses de dos espacios diversos pero comunes, complementados al albor de la noción del equilibrio. La noción del equilibrio que puede ser un cambio completo de la noción de la dignidad humana. Autonomía por libertad, complementariedad por igualdad, equilibrio por bienestar o desarrollo.

Imaginamos un juez dictando sentencia a dos bandos, es decir otorgando razones proporcionales en uno y otro lado. Afirmamos como imaginación esta escena porque es inconcebible tal posibilidad en el sistema de justicia actual, salvo que se tratara de soluciones previas al hecho de *litis trabada*, como en los casos de mediación o arreglos previos, elementos que no tienen significancia estadística en la actualidad.

Este escenario es inexistente, no solo porque los jueces no disponen de instrumentos para hacerlo, como por ejemplo el dominio del principio de complementariedad que motivó este escrito, sino porque la sociedad no demanda tal resolución, en el conflicto lo que deseamos saciar es nuestra razón y lo que

deseamos es ganar, en la disputa legal de un derecho, interés, sanción, inocencia, propiedad, etc. Es esa dinámica de la eliminación metafórica del otro, de la cual hablamos anteriormente y que se trasluce en el juicio, la contienda jurídica, la aplicación de los derechos individuales y sociales.

Nuestro paradigma social, mental y cultural está compacto alrededor de esa exigencia, por lo tanto nuestra justicia como sistema responderá a nuestra justicia como

idea. Esta no es una afirmación pesimista, más bien es una condición evaluativa hacia otra afirmación: las condiciones sociales y del conflicto actual, van a acelerar la cercanía a este escenario imaginario con más velocidad de la que imaginamos.

En circunstancias de caos y crisis hay altos márgenes de probabilidad para la inserción de paradigmas de transición o nuevos que reelaboren las formas y fondos de administración de la vida, en este caso de la teoría de la justicia que se dirigiera hacia otra práctica de la justicia. Por el momento nos corresponde teorizar, idealizar, elaborar andamiajes conceptuales de la justicia como la soñamos, para que en esos momentos del tiempo y espacio se pueda volver real el anclaje de la teoría con la rearticulación de los sistemas, o sus cambios drásticos, de aquellos que llamamos revoluciones

Bibliografía

Atienza, Manuel. «Constitucionalismo, globalización y Derecho.» En *El canon neoconstitucional, de* , de Miguel Carbonell y Leonardo García, 571-589. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Benente, Mauro. *Derecho y poder*. Buenos Aires: Didot, 2015.

Dworkin, Ronald. «Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”.» En *El canon neoconstitucional*, de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 117-149. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Escobar, Claudia. «El rol de las reglas en la era de los principios.» En *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, de Claudia Escobar. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

Estermann, Josef. *Filosofía Andina, sabiduría indígena para un nuevo mundo*. La Paz, Bolivia: ISEAT, 2012.

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005. Ost, F. , y M. der Kerchove. *Teoría Crítica del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. Rodríguez, César. *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997. Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la Ley*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

Wolkmer, Antonio. *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*. Akal: Colombia, 2017.

**PUEBLOS INDÍGENAS, DERECHO
CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO
JURÍDICO**

**El Estado de excepción en territorios indígenas
¿defensa o ataque?**

Gustavo Silva Cajas

PUEBLOS INDÍGENAS, DERECHO CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO JURÍDICO

Gustavo Silva Cajas

A veces no estoy tan seguro de que alguien aquí tenga derecho a decir quién está loco y quién no. A veces pienso que ninguno de nosotros está ni del todo loco ni del todo sano hasta que la mayoría de nosotros le dice que lo está. Es como si no importara mucho lo que uno hace, sino el modo en que nos ven los demás cuando lo hacemos.

WILLIAM FAULKNER, *Mientras agonizo*

Resumen

El día 03 de octubre de 2019 el Gobierno de la República del Ecuador expidió el decreto presidencial 884, mediante el cual se establecía en todo el territorio ecuatoriano, el estado de excepción como respuesta a las manifestaciones llevadas a cabo por varios gremios sociales, entre ellos la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador en adelante (CONAIE), quienes demandaban al Gobierno Nacional la derogatoria del decreto presidencial 883 de 2 de octubre de 2019, por el cual se establecía la eliminación del subsidio a los combustibles fósiles.

Ante el estado de excepción dictado por el Ejecutivo, la CONAIE, a través de un manifiesto expedido por su Consejo de Gobierno, invocando el principio de autodeterminación de los pueblos, declaró el estado de excepción en todos los territorios indígenas.

En ese sentido cabe reflexionar: ¿Por qué la CONAIE responde al Gobierno

con un estado de excepción?, ¿Constríñe el estado de excepción dictado por el Gobierno con el estado de excepción dictado por la CONAIE?, o ¿Cuáles son los límites que la Constitución y los tratados internacionales oponen a las actividades estatales como a las de los pueblos y nacionalidades indígenas? ¿Cómo entender la autodeterminación de los pueblos indígenas dentro de un estado plurinacional unitario?

Siendo el Ecuador un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico: ¿entra el pluralismo jurídico en conflicto?

Palabras clave: decreto presidencial, estado de excepción, CONAIE, pluralismo, autodeterminación, indígena.

Introducción

En el contexto de sociedades plurales, particularmente en Latinoamérica, se observa que los sistemas jurídicos monistas de matriz eurocéntrica sufren deterioro desde inicios del siglo XXI¹, lo que ha desembocado en crisis sociales y políticas violentas en las que el pueblo constantemente se acoge a ejercer el derecho a la resistencia ante los gobiernos y el estado como tal; algo que la epistemología y la sociología política y jurídica vienen expresando como crítica a los modelos jurídico políticos hegemónicos por ser concentradores de poder.

Explica Antonio Wolkmer que:

Al comienzo del nuevo milenio, el modelo clásico de la legalidad positivista occidental, generada por el absolutismo de las fuentes estatales, y basado en valores liberal – individualistas, sufre un profundo agotamiento que afecta a sus propios fundamentos, su objeto y sus fuentes de producción. El agotamiento de esa legalidad lógico – formal, que ha servido para regular y legitimar -desde el siglo XVII- los intereses de tradición jurídica burgués – capitalista, permite la

emergencia de un espacio de discusión crítica acerca de las condiciones de ruptura, así como un proyecto de liberación asentado, ya no más en idealizaciones formales y rigidez técnica, sino en presupuestos que parten de las condiciones históricas y de las prácticas reales comunitarias.¹

En tal sentido, ya en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, en adelante (CPE), se había incorporado un sistema plural de ordenamientos jurídicos en determinado espacio sociopolítico², en el cual no subyacía un principio de autonomía de los sistemas convivientes, sino de *compatibilidad*, lo cual resultó contradictorio – sociológicamente-³ en cuanto construcciones culturales de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Más adelante, la Constitución de la República del Ecuador promulgada en 2008, en adelante (CRE), atendiendo la crisis social de finales del siglo XX⁴,

¹ Antonio Wolkmer. Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. (Colombia: Akal, 2018), 201.

² Constitución Política de la República de Ecuador (1998), artículo 191. El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional. (énfasis agregado)

³ Si el estado admite el ejercicio de administración de justicia basada en costumbres propias de los pueblos y nacionalidades, resulta contrapuesto disponer compatibilizar (inviable) dichas prácticas normativas con el derecho predominante o hegemónico. En la Constitución de 2008 ya no se invoca la compatibilidad, sino la cooperación, lo cual brinda la elasticidad, naturalidad, estabilidad y autonomía a cada uno de los sistemas jurídicos convivientes en pluralidad.

⁴ La crisis que condujo a la inestabilidad política que entre la década de los 90 e inicios de los 2000, no permitió concluir el período presidencial de: Abdalá Bucaram (1997), Rosalía Arteaga (1997), Jamil Mahuad (1998 – 2000), Junta de Salvación Nacional / Consejo de Estado (Lucio Gutiérrez / Carlos Mendoza Poveda, Carlos Antonio Vargas, Carlos Solórzano) (2000) y Lucio Gutiérrez (2002 – 2005). Se encargó la presidencia a: Fabián Alarcón (1997 – 1998), Gustavo Noboa (2000 – 2002), y Alfredo Palacio (2005 – 2007). Es decir, entre 1997 y 2007, el Ecuador tuvo 9 gobiernos. En este período se produjo: el levantamiento indígena más grande del siglo XX, la convertibilidad monetaria, la crisis migratoria, la destitución ilegal de la Corte Suprema de Justicia, como hechos relevantes.

incorporó formalmente en su texto⁵, como paradigma de normatividad diferentes formas de ordenar el poder. En palabras de Wolkmer, “una propuesta de juridicidad descolonizadora”. Esta Constitución, a diferencia de la CPE entiende la autonomía de los sistemas jurídicos convivientes en forma de cooperación.

Por lo tanto, considerando que el pluralismo jurídico tiene como una de sus máximas:

“a cada individuo se le debe aplicar el derecho de su pueblo y de su comunidad local”⁶, es entonces consecuente que en un estado plurinacional (heterogéneo) deba posicionarse dentro del ordenamiento jurídico, la convivencia de los sistemas jurídicos propios de las nacionalidades habitantes del estado. En palabras de Michael Walzer: “la justicia es una construcción humana, y es dudoso que pueda ser realizada de una sola manera”⁷. Ergo, la autonomía de determinado sistema jurídico es esencial dentro de su existencia en las culturas, precisamente para que la justicia no sea “realizada” de una sola manera.

Ahora bien, es oportuno acotar que el pluralismo jurídico, en el Ecuador, encuentra “justificación” matriz en la plurinacionalidad⁸, lo que obliga a meditar sobre los gobiernos y múltiples formas de organización que las sociedades han adoptado para sí mismas en razón del principio de autodeterminación, y el nivel de legitimidad de cada una de las autoridades elegidas en sus comunidades y territorios ancestrales. A todo esto, en cuanto al ejercicio del pluralismo jurídico y las diferentes formas de ordenar el poder desde el principio de autodeterminación, el derecho internacional público y el derecho interno han ido perfilando normativamente el alcance de la jurisdicción y las competencias (dentro de la medida de sus posibilidades) que pueden llegar a ostentar los diversos sistemas

⁵ Constitución de la República del Ecuador (2008). Artículos 57. 9 {Organización social y Ejercicio de autoridad en territorios ancestrales y comunitarios.} y 171 (Justicia Indígena).

⁶ Antonio Wolkmer. Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. (Colombia: Akal, 2018), 203.

⁷ Michael Walzer. Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y la igualdad. (México: Fondo de Cultura Económica, 2015), 19.

⁸ Para Alberto Acosta, la plurinacionalidad e interculturalidad nos remiten a una noción de Estado conformado por naciones unidas por una identidad cultural, con un pasado histórico y sobre todo con una voluntad de integración a una Patria que ha marginalizado a los pueblos indígenas y a los afroecuatorianos. En. ACOSTA, Alberto y MARTINEZ, Esperanza (compiladores). Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad. (Ecuador: Abya Yala, 2019), 19.

jurídicos que coexisten en un estado; sin embargo, el positivismo jurídico expone las debilidades de las que adolece en cuanto un estado plurinacional en general y el pluralismo jurídico en particular, pues su construcción normativa sigue respondiendo a técnicas jurídicas de tradición formalista - burguesa, que se agotan antes de resolver problemas jurídicos entre dos esferas distintas en colisión no pacífica.

Este movimiento socio – jurídico agreste entre el monismo y el pluralismo no puede comprenderse sin volver al origen; al respecto el profesor Boaventura de Sousa Santos señala que el nacimiento del pluralismo legal reside en dos situaciones concretas con sus posibles desarrollos históricos: a) el origen colonial, y b) el origen no colonial⁹. Wolkmer explica a Santos y señala:

En el *primer caso*, el pluralismo jurídico se desarrolló en países que fueron dominados económica y políticamente, y que fueron obligados a aceptar los patrones jurídicos de las metrópolis (colonialismo inglés, portugués, etc.). Con esto se impuso a la fuerza la administración en la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del derecho del estado colonizador y de los derechos tradicionales, autóctonos; convivencia que se tornó, en algunos momentos, factor “de conflictos y de arreglos precarios”.

Para ir más allá del contexto colonial, Santos resalta que se deben considerar, en el ámbito del pluralismo jurídico de *origen no colonial*, tres situaciones distintas. En primer lugar, países con cultura y tradiciones normativas propias que acaban por adoptar el derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político (Turquía, Etiopía, etc.). En otro caso, se trata de los casos en que determinados países, después de sufrir el impacto de una revolución política, mantienen por algún tiempo su antiguo derecho, aunque haya sido abolido por el nuevo derecho revolucionario (repúblicas islámicas incorporadas por la antigua URSS, por ejemplo). Y por último, aquella situación en que poblaciones indígenas o nativas, sin estar enteramente diseminadas y sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de

⁹ Boaventura de Sousa Santos. O discurso e o poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retorica Juridica (Brasil: 1988), 73 – 74. En: Antonio Wolkmer. Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. (Colombia: Akal, 2018), 201.

mantener y conservar su derecho tradicional (población autóctona de América del Norte y de Oceanía, etc.).

Esta aproximación del pluralismo brinda claridad al momento de discernir la perspectiva en la que se debe analizar un conflicto social. Si el punto de partida del pluralismo jurídico, en Ecuador, se enmarca dentro del *primer caso* planteado por Santos, entonces veremos que precisamente el colonialismo viene siendo el fundamento de estructura del ordenamiento jurídico que se impone al sistema de ordenación del poder indígena; con lo cual el *derecho oficial estatal* considerará finalmente a los otros derechos como *complementarios o residuales*. Con respecto al “origen no colonial”, si consideramos que en el Ecuador se aplica el *tercer caso*, tenemos que el ejercicio del derecho tradicional nativo se ve supeditado a la condicionante “autorización” para pervivir. Ahí vemos una muestra clara del transitar del estado nacional al estado plurinacional, y específicamente un cambio en cuanto al pluralismo jurídico desde las constituciones de 1998 (compatibilidad) y la del 2008 (cooperación – autonomía).

Desde luego, estas aproximaciones no son concluyentes, pues el comportamiento del modelo pluralista constantemente fluctúa entre la interpretación que se pretende dar a una u otra normatividad; es por ello que precisamente en el caso que nos atañe, llama la atención que por primera vez en el Ecuador, la CONAIE invocando el principio de autodeterminación de los pueblos haya decretado un estado de excepción, como *efecto espejo* de un comportamiento jurídico (figura) que es de naturaleza propia del sistema monista de tradición formalista – burgués. Demostrando un claro ejemplo de lo que De Sousa Santos entiende como una relación jurídica de pluralismo de origen colonial.

Al año 2019, en el Ecuador, el desentendimiento de la autonomía de la que gozan los sistemas, y sobre todo su ejercicio/aplicación, ha traído varios conflictos entre el “sistema jurídico oficial estatal-tradicional” y los sistemas jurídicos de los diferentes pueblos y nacionalidades indígenas. Pero esto no es nuevo, antaño resaltan por ejemplo: los casos La Cocha I y La Cocha II.

El debate sobre la autonomía de los derechos, suscita interrogantes concernientes a la definición de la jurisdicción y competencia del ejercicio de la

autoridad¹⁰ del sistema jurídico indígena. Atendiendo a la actualidad, el último conflicto¹³, más que jurídico, sociopolítico que concierne a este análisis es el *estado de excepción en territorios indígenas* dictado por las autoridades de la CONAIE. Este último hecho nos demuestra que cuando hablamos de pluralismo jurídico en general, la justicia indígena (particularmente en Ecuador) es apenas una fracción del modelo normativo de determinado pueblo o nacionalidad, pues su convivencia demanda el ejercicio de actividades con consecuencias jurídicas, cuyo alcance puede friccionar con la normatividad dominante, cuando no obedece a la norma positivizada con condición jerárquica dentro del sistema jurídico estatal.

Al respecto, sabemos que el Ecuador es un Estado plurinacional, intercultural y multiétnico, entonces ¿por qué llama la atención que la CONAIE como representante de los pueblos y nacionalidades indígenas dicte un estado de excepción en sus territorios? Pues porque es un síntoma del deterioro de una democracia sostenida en una tradición jurídica exacerbadamente monista que ejerce gobierno sin amplia ni directa participación ciudadana, hablamos de un sistema jurídico hiperpresidencialista. He ahí un conflicto, cuyo problema radica en la reducida democratización de las decisiones del estado unitario

-avalada por la Constitución y la ley- tensionando la convivencia pacífica de los sistemas jurídicos coexistentes. Entonces, ¿Es jurídicamente válido y viable el estado de excepción dictado por la CONAIE? La respuesta se ve obligada a tratar seis cuestiones: 1. Origen de la medida de excepción: ética y sistema de necesidades vs. Gobierno central vs. Gobierno indígena; 2. El hiperpresidencialismo; 3. La secesión como efecto del ejercicio del principio de autodeterminación de los pueblos (i. soberanía, ii. Monopolios del Estado); 4. El efecto espejo. (Estados de Excepción)

¹ Según Luis Alberto Bonilla Bonilla, Presidente de la Comunidad Turucu, ubicada en el cantón Cotacachi, provincia de Imbabura, el ejercicio de la autoridad de las comunidades no se practica de manera vertical, sino horizontal, lo que significa que la actuación de dichas autoridades se enmarca dentro de una gestión de coordinación y cogobierno a través de las Asambleas Comunitarias. Por lo tanto, la autoridad en una comunidad indígena es la Asamblea comunitaria. BONILLA, Luis Alberto. Entrevista realizada personalmente el 03 de diciembre de 2019 en el cantón Otavalo, provincia de Imbabura.

Origen de la medida de excepción: ética y sistema de necesidades vs. Gobierno central vs. Gobierno indígena

Las desavenencias entre el gobierno central y el gobierno indígena, tienen su origen, no en una coyuntura o circunstancia en particular (eliminación del subsidio a los combustibles fósiles), sino en un sistema de identidad cultural. Razón por la cual los estados en América Latina¹¹ vienen presenciando desde la última década del siglo XX un declive y crisis de la “cultura homogénea” que es testigo de cómo han confluído identidades culturales heterogéneas dentro de territorios urbanos y rurales. Esto ha permitido la coexistencia de actores sociales, políticos y jurídicos nuevos. Esta coexistencia, no siempre es pacífica, por razones de índole filosófica, económica, política, en general: cultural.

De primera mano, considerando los mecanismos nacionalistas y soberanistas, entendemos que éstos al convertirse en instrumentos de dominación pueden llegar a tensionar el tejido social, alarmantemente. Esta tensión radica en una ética y sistema de necesidades contrapuestas, que cohesionan cuando los estándares redistributivos no alcanzan niveles elevados de democratización.

Así es como por la vía estatista de la homogenización cultural y los monopolios del derecho y la fuerza, llegamos al versus entre ética y sistema de necesidades. Operan tres versus en el origen de las medidas de excepción: por un lado tenemos al estado, representado por el Gobierno. De otra mano, la CONAIE como representante de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador. Entre ambas representaciones tenemos un sistema de necesidades y una ética de dos cosmovisiones diferentes. Explicaremos.

Wolkmer propone que, en la construcción de un pluralismo jurídico como proyecto de alteridad, se debe presuponer la existencia y articulación de los siguientes requisitos: a) la legitimidad de nuevos sujetos sociales; b) una fundamentación en la justa satisfacción de necesidades humanas; c) la democratización y descentralización de un espacio público participativo; d) la defensa pedagógica de una ética de la alteridad; y, e) la consolidación de procesos conducentes a una racionalidad liberadora¹². Todas conectadas estrechamente entre

¹¹ Según el Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD), en el continente americano existen aproximadamente 50 millones de personas indígenas.

¹² Antonio Wolkmer. Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. (Colombia: Akal, 2018), 211.

sí.

El autor interpela a una deconstrucción de la actividad estatal, para el reconocimiento y fortalecimiento democrático de postulados que reportan, sobre todo, una integración emancipadora de los grupos sociales excluidos, de tal forma que las tensiones jurídico políticas se oxigenen.

Señala Wolkmer que en lo relativo al primer requisito, no se trata de un sujeto social de la tradición liberal – individualista, que se adapta al statu quo político y jurídico, sino de uno que se autodetermina, goza de libertad e irrumpe en la mundialidad del proceso histórico social. Se trata de sujetos emancipados. Estos sujetos, provienen de movimientos sociales históricamente excluidos, en este caso hablamos del movimiento indígena. La legitimación de estos nuevos sujetos sociales no depende de un reconocimiento estatal sometido a determinado procedimiento legal, sino de un reconocimiento social aparejado del ejercicio del principio de autodeterminación. Por tanto, la participación activa de estos nuevos sujetos, es importante en cuanto se posicionan y configuran como fuentes de una nueva legitimidad. Una vez integrados en la participación política del estado, estos nuevos sujetos exponen y justifican en el acontecer nacional su ética y los diferentes sistemas de necesidades, los cuales se busca que sean satisfechos vía estatal y protegidos en tanto libertades individuales y colectivas - comunitarias.

En lo relativo al segundo requisito, vemos que el sistema de necesidades será tan diverso y plural como la cosmovisión de cada pueblo, y ahí tenemos la raíz del conflicto entre el Gobierno Nacional y el movimiento indígena. El pluralismo de matriz comunitarista, requiere un respeto irrestricto a la cosmovisión. El estado como instrumento de desarrollo, al sumirse en un sistema altamente capitalista reduce la satisfacción de las necesidades, las cuales nacen precisamente de esa forma de pensar, vivir y ver la vida que cada pueblo y nacionalidad tiene. Las necesidades humanas comunitarias responden a una identidad cultural. Las prácticas culturales se afincan en las costumbres. Esas costumbres se cubren además con bienes y servicios. Permitir el acceso a esos bienes y servicios es trabajo del Estado. Al normar determinado sector, el Estado tiene la obligación de profundizar en el estudio de las consecuencias directas que dicha decisión importará en la vida de la población en general y de determinado grupo social en

particular. Esto debe hacerse en atención a los índices de pobreza e ingreso per cápita, que permita medir el impacto de la norma. Pero esto es mucho más complejo en materia económica, y precisamente aquello es lo que generó el masivo ejercicio del derecho a la resistencia: la ausencia de datos a disposición pública respecto de la conveniencia de las medidas económicas relativas a la eliminación de los subsidios a los combustibles.

Cuando el Estado en lugar de fomentar la satisfacción de aquellas necesidades reduce o limita su ejercicio, tendrá una contra reacción/resistencia. Estas limitantes al desarrollo cultural y su sistema de necesidades abre camino al fortalecimiento del sistema capitalista respecto de su satisfacción, que a su vez opera generando un sistema de falsas necesidades según Wolkmer, que no pueden ser satisfechas¹³, tornándose esto en una secuencia circular que jamás termina. La responsabilidad del Estado es identificar con claridad cuáles son las necesidades y cuales las falsas necesidades¹⁴.

Aquello implica no perder de vista que el conjunto de las necesidades humanas, varía de una sociedad a otra, desde las cuáles se entenderá la existencia desde diferentes valores. En este caso, las instituciones estatales, deben encargarse de distinguir entre lo que Wolkmer señala como “la interpretación de necesidades como producto de carencias primarias, de luchas y conflictos generados por la división social del trabajo y por la exigencia de bienes y servicios vinculados a la vida productiva” con el surgimiento de las necesidades por derecho¹⁵.

Consecuentemente, al negar o limitar la satisfacción de las necesidades relacionadas con la subsistencia y la sobrevivencia, con seguridad se reivindicarán y exigirán derechos, en este caso, sustentados en la protesta social que a su vez se afina en la materialización de respuesta de éticas contrapuestas.

En lo relativo al tercer requisito, resaltan: i. Democratización, ii.

¹³ A. Heller. Teoría de las necesidades en Marx. (España: 1985) En: Antonio Wolkmer. Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. (Colombia: Akal, 2018), 213.

¹⁴ Ref: Pirámide de Maslow.

¹⁵ Antonio Wolkmer. Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. (Colombia: Akal, 2018), 212 - 213.

Descentralización, y iii. Participación. Como vemos, tras revisar los primeros dos requisitos, precisamente es la ausencia de estos tres caracteres, lo que lleva al Gobierno Central a tomar decisiones que carecieron de legitimidad. No de legalidad, pero sí de legitimidad. No existió aceptación social. Si bien, las posturas sociales se polarizaron, lo que llama la atención es que quienes estaban en contra de las medidas económicas en cuestión salieron a las calles, mientras que quienes se mostraron favorables no lo hicieron. Existió rechazo popular a las medidas, pero no defensa popular a las mismas.

El cuarto requisito necesariamente obliga a una revisión de las relaciones jurídicas desde el monismo y el pluralismo. Esta revisión convoca a la alteridad, la cual en el tema que nos ocupa, se sitúa dentro de la plurinacionalidad. Dentro del presente contexto, la plurinacionalidad como alteridad se enfrenta a la globalización como proceso homogeneizador. La defensa pedagógica de la alteridad tiene como reto sostener y proteger a las culturas de una inminente imposición, la cual postula una unificación del derecho. El derecho tiene un carácter pedagógico, y su incidencia cultural es elevada por su evidente pertenencia, los resultados de la educación serán los que permitan detectar la permeabilidad de la cultura y su alteridad frente a su ejercicio y conservación. Como queda señalado, las imposiciones provienen de la transformación jurídica y la regulación económica de los países centrales hacia los periféricos y semiperiféricos.

Boaventura de Sousa Santos lo plantea así:

Cuando hablo de globalización de la regulación jurídica del Estado – nación, me refiero a cualquier situación en la que se pueda establecer que los cambios en el derecho estatal de un país dado han sido influidos decisivamente por presiones internacionales, formales o informales, de otros Estados, agencias internacionales u otros actores internacionales. (...) Tampoco es nuevo que el contexto internacional tienda a ejercer una influencia particularmente fuerte en los campos de regulación jurídica y de la economía y la vida comercial, como lo confirman los muchos proyectos de unificación del derecho, las reformulaciones de las leyes y la propuesta de modelos jurídicos realizados por comparatistas del derecho y llevados a cabo por organizaciones internacionales y gobiernos nacionales. (...)

La presión proveniente del centro es relativamente monolítica, tal como emerge del Consenso de Washington, de acuerdo con el cual el modelo de desarrollo orientado hacia el mercado es el único factible para el logro de un nuevo régimen global de acumulación y, por tanto, el ajuste estructural que requiere debe llevarse a cabo en todo el mundo. (...)

La creación de los requisitos normativos e institucionales de operación del modelo centrado en el mercado implica, por tanto, una destrucción normativa e institucional tal que es posible que afecte no sólo a las estrategias de acumulación del Estado, sino también a su hegemonía y a sus estrategias de creación de confianza.

EL CONSENSO DE WASHINGTON □ (...) la liberación del comercio; la privatización de las industrias y de los servicios; la liberalización agrícola, el desmantelamiento de las agencias reguladoras y mecanismos de licencias; la desregulación del mercado laboral y la

“flexibilización” de la relación salarial; la reducción y comercialización de los servicios sociales (tales como los mecanismos para *compartir costes*, los criterios más estrictos para el otorgamiento de provisiones sociales, la exclusión social de los grupos más vulnerables, la competencia comercial entre instituciones estatales como los hospitales públicos); la menor preocupación por los asuntos ambientales; las reformas educativas dirigidas a la formación profesional y laboral más que a la construcción de ciudadanía; las políticas familiares que agravan

aún más la condición de las mujeres y los niños. Debido a que todos estos cambios tienen lugar al final de largos periodos de intervención estatal en la vida social y económica (a pesar de las diferencias considerables existentes a lo largo del sistema mundo), la reducción del estado no puede conseguirse sino a través de una profunda intervención estatal. El Estado debe intervenir para no intervenir. Por eso, la desregulación implica re-regulación

(...) La tendencia general consiste en el fortalecimiento del principio del mercado frente al principio del Estado (...).

(...) Las reformas que están siendo promovidas en todo el sistema mundo son soluciones locales institucionales que han sido exitosamente globalizadas, es decir, son localismos globalizados.¹⁶

El profesor De Sousa Santos concibe que este movimiento cultural desde lo jurídico y lo económico es el elemento que comporta las ecuaciones necesarias para imponer un sistema globalizado que devore la ética de la alteridad, a través de la instrumentalización del derecho y la economía. Las descripciones planteadas respecto del Consenso de Washington, vienen a enmarcarse dentro de lo sucedido en el Ecuador en el mes de octubre, pues fueron las instituciones internacionales las que a modo de recomendación impulsaron las reformas legales necesarias para acceder a un crédito que debía ser pagado con un alto coste sobre varios sistemas de necesidades y éticas no occidentalizadas. Pese a que lo que causó el estallido social se vincula con hidrocarburos, el descontento social no se ubicó únicamente en aquello, sino en la manera en la que las políticas planteadas y aplicadas vulneraban los fundamentos filosóficos de una Constitución que dogmáticamente rompe con los consensos hegemónicos.

Finalmente el último requisito, vendría a ser un resultado de la atención de los anteriores cuatro postulados. No podemos llegar a la consolidación de procesos conducentes a una racionalidad liberadora sin antes atender a la legitimidad de los nuevos sujetos sociales, la satisfacción de las necesidades humanas, la democratización de las decisiones, la descentralización del poder y la participación de la ciudadanía en la organización de su vida en el Estado, y la defensa de las culturas y su alteridad. Estas opciones se presentan como una contra respuesta a los fundamentos globalizadores sostenidos por agencias, gobiernos y corporaciones internacionales hegemónicas.

De lo señalado, veremos que estas jornadas de levantamiento indígena en el Ecuador, vislumbraron que se sacrificó al sistema de necesidades de los pueblos y nacionalidades indígenas¹⁷, por satisfacer las necesidades estatales de

¹⁶ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. (España: Editorial Trotta, 2009), 329 – 332.

¹⁷ Alberto Acosta señala: “La pobreza en el país tiene rostro indígena. En la Sierra, para mencionar apenas una de las regiones del Ecuador, un 90,3% de los indígenas y un 51,1% de los mestizos son

refinanciamiento que buscan, como queda demostrado la complacencia de los grupos de poder. La vía fue la eliminación del subsidio de combustibles como material de uso transversal en el transporte, comercialización y consumo de bienes y servicios. Las economías débiles no podrían resistir este incremento en el valor comercial del combustible sin medidas compensatorias o focalizadas, mientras que aquellas más sólidas no sufrirían mayor desgaste. La medida no contempló expresas compensaciones para los grupos sociales vulnerables ni garantizó una retribución que permita a estas economías sostener su sistema de necesidades en relación con su ética desde su alteridad. La desconfianza en el gobierno, no permitió asimilar la medida económica bajo el discurso redistributivo, considerando que tal medida no fue debidamente socializada y que previamente, hace menos de un año, ya se había efectuado una eliminación porcentual al subsidio de los combustibles y liberado el precio de venta al público de la gasolina súper, así como el incremento en la revisión de los precios de los combustibles extra, ecopaís y diésel ¹⁸, sin que en la sociedad exista una sensación de redistribución. Discutible en términos económicos, pero desde una perspectiva política, la sensación fue negativa, pues la anterior eliminación de cierto porcentaje del subsidio a los combustibles¹⁹ junto con las medidas propuestas por el Gobierno en el año 2019, como la reducción del Estado (eliminación y fusión de instituciones públicas), la reducción de salarios y vacaciones a servidores públicos) o la eliminación de aranceles e impuestos a la importación, entre otros, acrecentaron la desconfianza en el Gobierno Nacional por parte del movimiento indígena.

En tal sentido, vemos que las distensiones de carácter plural, se generan como respuesta precisamente, a la categoría residual - complementario que el derecho oficial otorga al indígena, tomando en cuenta que en ambos modelos subyace,

pobres, mientras que de los habitantes blancos, apenas un 32,5% están en esa situación. Adicionalmente, aquellos indígenas que se podría denominar de clase media, sufren segregación social, según lo demuestran los estudios. ACOSTA, Alberto y MARTINEZ, Esperanza (compiladores). Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad. (Ecuador: Abya Yala, 2019), 16.

¹⁸ DIARIO EL COMERCIO. Recuperado el 04 de diciembre de 2019, de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/super-diesel-nuevos-precios-gasolina.html>

¹⁹ (Fuentes: 1. Diario El Comercio, Recuperado el 04 de diciembre de 2019: <https://www.elcomercio.com/actualidad/super-diesel-nuevos-precios-gasolina.html>; 2. Registro Oficial Suplemento No. 394 de 26 de diciembre de 2018)

nuevamente: una traducción de *éticas* con un sistema de necesidades diferentes.

El hiperpresidencialismo

El sistema de necesidades que se presenta a través de éticas provenientes de diferentes cosmovisiones, demanda una acción de gobierno inclusiva, y rechaza aquellas prácticas excluyentes. La exclusión significa sacrificio. El sacrificio invierte la noción de dignidad de la persona, que pasa de ser un fin a convertirse en un medio.

Atender las demandas sociales, y al mismo tiempo equilibrar la balanza económica es tarea complicada pero no imposible. La plurinacionalidad obliga a la legitimación permanente del gobierno central y de sus decisiones. ¿Cómo lograr legitimación en las decisiones? A través del diálogo y la participación ciudadana.

En ese sentido, la contracara de la democratización permanente de los actos de gobierno es el hiperpresidencialismo.

Cuando pensamos en el Paro Nacional de octubre del año 2019, y las reacciones sociales a las medidas económicas del Gobierno Nacional, en atención a las condiciones planteadas por el Fondo Monetario Internacional, en adelante (FMI), para otorgarle al Ecuador un crédito por 4200 millones de dólares, vemos que la Carta de Intención²⁰ apela a una “regulación” estructural que responde a políticas económicas internacionales diseñadas en el Consenso de Washington años atrás, para lo cual acude a lo que en el Ecuador sería un problema antiguo: el hiperpresidencialismo.

El Ecuador, mantiene una tradición presidencialista desde su nacimiento republicano, lo que limita el ejercicio democrático pues la figura presidencial como función del estado concentra mucho poder. Tan es así que desde 1830 hasta

²⁰ Recuperado el 04 de diciembre de 2019, de: <https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/03/LOI-MEFP-Espa%C3%B1ol.pdf>

el año 2019 han existido 32 dictaduras²¹. Lo que demuestra, que a lo largo de la historia republicana, en el Ecuador ha pervivido un apego a la acumulación del poder en la función ejecutiva. Una tradición hiperpresidencialista.

Democracia es gobernar y cogobernar con todos los actores políticos, incluyendo a los nuevos actos a los que se refieren De Sousa Santos y Wolkmer. Dentro del contexto del pluralismo comunitario, ¿cómo materializamos este cogobierno? Por medio de los métodos: descentralización y participación.

Descentralizar el poder implica, como señala Wolkmer: políticas democráticas de base, participación y control popular, gestión descentralizadora, poder local o municipal, participación y poder comunitario, sistema de consejos²².

Es decir, la reorganización del espacio público demanda mayor participación de base y por lo tanto, la cesión del poder absoluto de toma de decisiones. En este caso, el Ejecutivo ejerció sus potestades conforme a la constitución y la ley, pero la ausencia de democratización de las medidas económicas las deslegitimaron inmediatamente.

El profesor Ramiro Ávila Santamaría explica que en la transición de un estado nacional y un derecho formal a un Estado plurinacional y a un derecho transformador, en cuanto distribución, podrían existir ciertas tensiones, de las que es oportuno destacar dos: 1. La representación, que se manifiesta en la desconfianza en la participación social y, en consecuencia, en el déficit democrático; y 2. Los efectos del hiperpresidencialismo que se sienten con fuerza en la aplicación de la Constitución²³.

Resulta incuestionable que el fundamento constitucional, es incompatible con el modelo institucional, ¿cómo? La respuesta está en la propia Constitución: los

²¹ Enrique Ayala Mora. Evolución Constitucional del Ecuador. Rasgos Históricos. (Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Corporación Editora Nacional, 2018) 147.

²² Antonio Wolkmer. Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. (Colombia: Akal, 2018), 213

²³ Ramiro Ávila Santamaría. El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008. (Ecuador: Abya Yala, 2011), 241 – 250.

derechos de participación. Aquello brinda la apertura de espacios para permitir el involucramiento de todos los actores sociales. Lo que se pretende es, como venimos insistiendo, la democratización en la toma de decisiones. Sin embargo, institucionalmente, la decisiones

“se toman en secreto, sin debate público y por parte de un grupo privilegiado que tiene acceso al presidente (buró político); las propuestas normativas en las que las personas, colectividades y nacionalidades tienen derecho a participar porque les concierne, han sido elaboradas a sus espaldas y sin recoger sus perspectivas (Ley de Aguas, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley de Minería; Ley de soberanía alimentaria, entre otras)”²⁴. Por el tiempo del texto citado, se demuestra que la crítica proferida por el profesor Ávila va dirigida al gobierno de Rafael Correa. Vemos ahora, que dicha crítica sigue siendo aplicable con el gobierno de Lenin Moreno. Por lo tanto, las razones de la convulsión social, repito, no subyacen en una decisión actual como la política económica relativa a hidrocarburos, sino a una tradición institucional e institucionalizada de concentración de poder en la figura presidencial.

Esta tradición es tan profunda, que en la CRE de 2008, la participación presidencial fue abrumante. Esta se debió a dos cuestiones: i) Líder del movimiento Alianza País, ii) Presidente de la República bajo la luz de la CPE de 1998 que también instituía un sistema hiperpresidencialista. Es decir tenía a su favor el control político a través del partido político con mayoría en la Asamblea y gozaba de la estructura constitucional.

A modo de ejemplo: cuando se repensaba el reconocimiento del idioma kichwa como oficial del estado al mismo nivel del castellano, en coherencia de la construcción del estado plurinacional, el asambleísta Paco Gómez Nadal propuso la incorporación del siguiente texto:

El castellano y el kichwa, como primeras lenguas de relación intercultural, son idiomas oficiales del país. Son de uso oficial los demás idiomas en las zonas

²⁴ Ídem. 244, 245.

donde habitan los otros pueblos y nacionalidades. Todas las lenguas del país son patrimonio cultural y como tales el Estado las respetará, conservará y estimulará²⁵.

Afirma Nadal que dicha propuesta se negó. Evidentemente es así porque el texto final establece:

Artículo 2.- La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.

El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.

La negativa a la propuesta de Nadal provino del expresidente Rafael Correa, quien afirmó que “no se podía obligar a un niño que no es del mundo quechua a aprender castellano y quechua, en lugar de castellano e inglés”²⁶. Esto logró afincar dicha visión en el partido político de mayoría y en la Asamblea Constituyente de 2008.

Vemos entonces, como la figura presidencial abarca el poder, no lo democratiza, lo centraliza y lo reduce al ejercicio de pocas personas. Perdiendo así, legitimidad en sus actuaciones y decisiones, las cuales se contraponen, precisamente a los antes mencionados derechos de participación. Aquello genera, como queda demostrado, rupturas en las estructuras del pluralismo jurídico como forma de transformación social de un estado plurinacional, “en cuanto multiplicidad de manifestaciones y de prácticas normativas existentes en un mismo espacio sociopolítico, que interactúan a través de conflictos o consensos y que pueden ser o no oficiales y tienen su razón de ser en las necesidades

²⁵ Paco Gómez Nadal. Indios, negros y otros indeseables. Capitalismo, racismo y exclusión en América Latina y el Caribe. Ecuador: Abya Yala, 2017) 17.

²⁶ Ídem

existenciales, materiales y culturales”²⁷.

Por tanto, pues la transferencia de poder a los gobiernos locales en general, y los indígenas en particular, les es retirada al punto de no poder ejercer decisión o participación en los asuntos que directamente son de su interés, cuando el hiperpresidencialismo se sitúa como sistema jurídico y político, más que como institución democrática.

El efecto espejo. (Estados de Excepción)

En psicología se conoce al efecto espejo, como aquel acto mediante el cual una persona ve en los demás, actitudes o condiciones propias.

El Paro Nacional de octubre de 2019 presenta un símil: el estado de excepción declarado por la CONAIE y vigente en los territorios indígenas. Bajo esta perspectiva, veremos grosso modo, qué es el estado de excepción como potestad exclusiva del presidente de la república y cómo este “efecto espejo” se reprodujo entre Gobierno Nacional y CONAIE.

Explica Hernán Salgado que: en un estado de excepción se concentra el poder en el Presidente de la República, quien al asumir facultades extraordinarias puede producir la limitación o suspensión de derechos fundamentales. Aquello implicaría alterar el telos del constitucionalismo²⁸.

En ese sentido, tenemos que la CRE en su artículo 164 señala que la Presidenta o Presidente podrán decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en los siguientes casos: 1. agresión; 2. conflicto armado internacional o interno; 3. grave conmoción interna; 4. calamidad pública o desastre natural; y, indica además que la declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El texto constitucional continúa señalando que:

²⁷ Antonio Wolkmer. Teoría Crítica del Derecho desde América Latina. (Colombia: Akal, 2018), 205

²⁸ Hernán Salgado. Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador. (Ecuador: IL – DIS, 1987). En Rafael Oyarte. Derecho Constitucional. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 541.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.

El Gobierno indicó que se había configurado una grave conmoción interna en el Ecuador, por ello, mediante Decreto 884, declaró el estado de excepción en razón de la circunstancia de *grave conmoción interna* en virtud de las paralizaciones en diferentes lugares del país, a las cuales se atribuyó la alteración del orden público al impedir la normal circulación vehicular y situaciones de “manifiesta” violencia, así como la alerta de una posible radicalización de la medida en todo el territorio nacional.

Rafael Oyarte explica que, dictar el estado de excepción sin que se presente objetivamente la causal, implicaría desviación de poder; pero mientras exista la causal, si no se dicta el estado de excepción, aquello se traduciría como un abandono de deberes, por cuanto la de la nación y los derechos de las personas estarían en juego²⁹. Lo que olvida Oyarte, es que el Ecuador es un estado plurinacional, por ello la *institucionalidad de la nación* expone una concepción de corte monista y nacionalista. La plurinacionalidad también goza de una organización institucionalizada, no similar a la estatal, pero si legitimada y estructurada como modelo de ordenación del poder.

Continuando con el autor, éste explica que:

Una conmoción es un acontecimiento que altera la normalidad, aunque estas circunstancias pueden ocurrir sin que sea razonable decretar un estado de excepción. La conmoción debe ser grave para que se justifique una declaración de este carácter, evento que se produce cuando, para enfrentar la contingencia, los mecanismos normales se hacen insuficientes o se ven superados.

Vemos aquí una expresión clara de la tradición del monismo jurídico. La

²⁹ Rafael Oyarte. Derecho Constitucional. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 542.

pregunta, al caso que nos atañe sería: ¿la normalidad alterada es la de la nación o la de las nacionalidades? La pregunta es compleja cuando hablamos de estado plurinacional. En todo caso, el texto constitucional otorga las facultades excepcionales, exclusivamente al Presidente de la República, quien es el encargado de verificar la alteración de la “normalidad” o medir las consecuencias de sus dictámenes con una perspectiva plurinacional. Lo que no ocurrió en el pasado y tampoco ahora.

En cuanto, facultades extraordinarias, el decreto de excepción tiene una finalidad básica según Oyarte: “enfrentar la contingencia a través de mecanismos extraordinarios, toda vez que los regulares resultan ineficaces”³⁰, a lo que nace la siguiente pregunta: ¿para qué? Aquí la respuesta es más sencilla, hablamos de: restaurar el “orden” democrático.

Los medios de restauración del “orden” provienen de las facultades extraordinarias del Presidente, al caso específico resaltaremos seis : i) la supresión de los derechos de libertad de asociación y reunión; ii) limitar el derecho a la libertad de tránsito; iii) disponer las requisiciones a las que haya lugar para mantener los servicios que garanticen los derechos de las personas y el orden y la seguridad íntima; iv) establecer como zona de seguridad todo el territorio nacional; v) situará los recursos suficientes para atender la situación de excepción; vi) regirá durante sesenta días.

El control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional, determinó únicamente un cambio: la regencia del decreto de 60 a 30 días.

Esto demuestra que para la restauración del orden democrático, el sistema jurídico monista acude a una tradición contemplada en lo que se conoce como el Antiguo Régimen, es decir un acaparamiento del poder en una sola persona. Si bien, la Constitución obliga a justificar la medida, cuando ésta supera los controles constitucionales, opera en la medida en que se tenga que hacer lo necesario para volver al estado de “normalidad”.

Entonces, si la norma que goza de validez formal, otorga facultades extraordinarias al presidente, para restaurar el orden, a costa de la supresión de derechos fundamentales, entre otras, ¿No es acaso, una medida antidemocrática ilegítima? O es que en el sistema jurídico monista subyace una idea de que la legitimación radica únicamente en la norma con validez formal. La respuesta es

³⁰ Ídem

no. La validez formal de una norma no otorga plena legitimidad a los medios jurídicos estatales, a través de los cuales se busca “restaurar el orden”. Lo que reviste precisamente de legitimidad al Estado de excepción es su finalidad. Pero lo importante es cómo el estado consigue dicha finalidad, pues si el caos y la violación de derechos fundamentales e incluso humanos residen en su negligencia, entonces el estado de excepción por temporalidad no habría estado legitimado. Para evitar esto, el Gobierno Nacional debe atender tres cuestiones: 1. La participación/democratización; 2. La fidelidad al plan de gobierno electoralmente ganador; 3. Fuerzas entrenadas para proteger, no violar derechos.

Al contrariar estar tres cuestiones acotadas en el párrafo que antecede, el Gobierno corre alto riesgo de desestabilización, por no ceñirse a las demandas y es cuando frecuentemente recurren a esta medida “de hecho”.

Las circunstancias sociales de octubre de 2019, responden a esto. El movimiento social con mayor presencia en la protesta social era el indígena. La acción militar y policial se ejercía mayoritariamente contra este movimiento social. Ante esto, la violencia fue recrudeciendo y elevando las estadísticas de violaciones graves a los derechos humanos.

El 05 de octubre de 2019, en asamblea, las comunidades indígenas reunidas en la Casa de la Cultura, y los líderes y lideresas del movimiento resolvieron declarar el estado de excepción en los territorios indígenas. Esta medida, se fundamentaba en 3 puntos: 1. La brutalidad empleada por la fuerza pública y falta de conciencia para comprender el carácter popular de las demandas del Paro; 2. La insistencia del Gobierno Nacional en la explotación minera, petrolera y de bienes naturales en territorios comunitarios; y, 3. El derecho a la autodeterminación y autoridad para el ejercicio de la justicia en la jurisdicción y territorios de los pueblos y nacionalidades.

En declaraciones públicas el presidente de la CONAIE manifestó que todo aquel policía, militar o miembro del gobierno que intente ingresar en territorios indígenas, será sometido a justicia indígena.

El día 06 de octubre, se dio un fuerte enfrentamiento entre las fuerzas públicas y las comunidades indígenas, en el sector La Esperanza, ubicado en la provincia de Imbabura. No existieron registros de sometimiento a justicia indígena en aquel encuentro.

Según Luis Alberto Bonilla Bonilla, Presidente de la Comunidad Turucu, ubicada en el cantón Cotacachi, provincia de Imbabura, el estado de excepción declarado por la CONAIE únicamente buscaba que la fuerza pública no ingrese en sus territorios, pero no pretendía suspender el ejercicio de derechos ni limitar la libertad de tránsito. Tampoco disponer la movilización de fuerzas armadas (fuerzas armadas que no existen). El líder indica que simplemente respondían con lo mismo³¹. Pero ese entendimiento, dentro de la comprensión *hammurabiana*, no define ni comprende los efectos jurídicos que plantea, en su caso, el estado de expresión del presidente de la república.

Formalmente y materialmente es imposible comparar al estado de excepción dictado por el gobierno central con aquel dictado por la CONAIE. Si nos fijamos un poco más, este estado de excepción “paralelo” limita únicamente la circulación de las fuerzas públicas en sus territorios, entendiéndose que en ese momento la fuerza pública no ejerce la movilidad como ciudadanía, ya que justamente la fuerza pública es el Estado. A su vez, el cierre de vías no se comprende como medida del estado de excepción de la CONAIE, sino como materialización del derecho a la resistencia.

Para poner en perspectiva tenemos:

Indicadores	Estado de excepción Gobierno Nacional	Estado de excepción CONAIE
Fecha	03 de octubre de 2019	04 de octubre de 2019
Derechos Limitados (L)	Asociación y Reunión (S)	X
	Libertad de Tránsito (L)	
Mede	Movilización de fuerza pública para restablecer y mantener el orden	Ejercer el derechos a la

³¹ Entrevista realizada personalmente el 03 de diciembre de 2019 en el cantón Otavalo, provincia de Imbabura.

Limitar la conformación de aglomeraciones en espacios públicos	autodeterminación de los pueblos
Requisiciones para mantener los servicios que garanticen los derechos de las personas	Miembros de la fuerza pública que se acerquen o ingresen a territorios indígenas, serán retenidos y sometidos a justicia indígena
Establecer como zona de seguridad a todo el territorio nacional	
Situar los recursos públicos suficientes para atender la excepción.	
Duración de 60 días.	

En cuanto la finalidad de los estados de excepción:

Estado de excepción Gobierno Nacional	Estado de excepción CONAIE
Finalidades Ulteriores	
Precautelar la seguridad	Protección y seguridad de Comunidades
Integridad y convivencia pacífica de los ciudadanos	Ejercicio del derecho a la resistencia
Restablecer el orden	Elemento político de legitimación de la defensa ante la brutalidad policial y militar
Precautelar los derechos de las personas	
Evitar actos vandálicos	
Proteger derecho a la vida	Elemento político de legitimación de la defensa ante la brutalidad policial y militar
Proteger derecho a la propiedad	

De lo demostrado, vemos que el efecto espejo, resulta proyectar el ejercicio, como se mencionó anteriormente, de una comprensión humanitaria (limitada) de una decisión del gobierno central. En ese sentido, la pregunta es: ¿La COANIE buscaba atacar, contra atacar o defenderse? La respuesta es simple: defensa.

4.- La secesión como consecuencia del ejercicio del principio de autodeterminación de los pueblos (i. soberanía - nacionalidad, ii. Monopolios del Estado)

En el ejercicio de los derechos políticos y colectivos, existen elementos que en situaciones de alta tensión constriñen y permiten notar las debilidades de una democracia. Nuestro contexto es la existencia de dos estados de excepción, uno que goza de validez formal y otro que no. Sin embargo, cuando pensamos en Estado plurinacional, entonces el replanteo de las competencias de las autoridades es imperante. Esto se debe a que son las autoridades como representantes del pueblo, las que ejecutan la voluntad popular. Al menos en una democracia, el principio general es este.

Puntualmente, la voluntad de los sectores sociales, muchas veces responde a éticas y sistemas de necesidades contrapuestas, como quedo explicado anteriormente. No obstante, al manifestar su voluntad, el pueblo busca obtener resultados. Entendemos como resultados también, a las consecuencias y efectos jurídicos derivados de las acciones sociales, y lo que los demás sectores perciben de determinada demanda social. Las percepciones juegan un papel importante, porque entran en el inconsciente colectivo, y trasciende a su grupo social.

Las protestas de octubre, lograron una elevada sensación de división “nacional”. Los elementos a revisar son: 1. Soberanía, 2. Monopolios del Estado.

Soberanía – Nacionalidad y Monopolios del Estado

Dice Ramiro Ávila Santamaría que “ la nacionalidad se construyó sobre la base de mucha violencia y sangre”, como método de afincamiento de la soberanía territorial. Según el autor, este afincamiento en la soberanía buscaba una ficticia unidad, la pertenencia a un solo estado³².

³² Ramiro Ávila Santamaría. El Neoconstitucionalismo Andino. (Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar / Huaponi Ediciones, 2016), 27.

Para ampliar:

(...) La identificación de un grupo humano con una nacionalidad no debió ser fácil y tomó tiempo. Sin Embargo, esa nacionalidad se hizo a costa de desconocer la diversidad y, en muchos casos, hasta desaparecerla. En otras palabras, se construyó una cultura nacional a la medida de quienes gobernaban el estado a costa de desconocer otras culturas. Los mecanismos utilizados fueron varios, uno de ellos por ejemplo, la educación pública y la implementación de un sistema jurídica estatal.

(...) La plurinacionalidad desafía la comprensión de la noción de nacionalidad, que en sí misma fue una categoría que tuvo un origen excluyente y hasta opresor. (...) En primer lugar, la plurinacionalidad no niega la existencia de un estado que la abarca, que es un gran paraguas, solo que ser ciudadano de un país no significa ya, por ejemplo, una sola lengua o un solo sistema jurídico. En segundo lugar, la plurinacionalidad significa la convivencia de varias culturas que merecen igual reconocimiento y representación. En tercer lugar, dado que cada nacionalidad conforma el Ecuador, es un deber del estado respetar y promover el desarrollo de cada nacionalidad. (...)

Por su parte, explica el profesor Ávila Santamaría que Julio Cesar Trujillo sugiere tres acepciones para clarificar el concepto de nación:

(...) (1) Nación política, que tiene que ver con el conjunto de personas que habitan en un territorio sometido a una autoridad; (2) nación jurídica, que se relaciona con los habitantes de un territorio sometido a un sistema jurídico; (3) nación cultural, que tiene relación con un conjunto de personas que comparten una herencia y pasado cultural (idioma, organización social, derecho propio, costumbres), que las distingue de otras naciones.³³

³³ Ramiro Ávila Santamaría. El neoconstitucionalismo transformados. El estado y el derecho en la Constitución de 2008. (Ecuador: Abya Yala, 2011) 193.

Lo que nos invita a considerar las consecuencias de la fórmula nacionalidad – soberanía, como mecanismo de reducción multicultural a mono cultural, y plurinacional a nacional.

En teoría constitucional, tradicionalmente se viene señalando que los elementos constitutivos del estado son: poder, territorio y pueblo³⁴. Aquí tenemos dos elementos a considerar: pueblo y las nociones de nacionalidad, y territorio con soberanía. En cuanto al poder, no abundaremos demasiado; sin embargo, la perspectiva se dinamizará entre derecho y arbitrariedad, libertad y coerción, opresión y construcción. Revisaremos pues, si lo ocurrido en el Ecuador está generando una dispersión estructural del poder.³⁵

Respecto de la nacionalidad, explica Edwar Vargas que: “bajo la idea liberal del Estado

– Nación, (...) se entiende a la nación como el conjunto de individuos que pertenecen al espacio geopolítico del estado y por eso en los estados modernos se llaman Estados – Nación: a una nación, un Estado”³⁶.

De lo postulado por autor, cabe preguntarse ¿cuál nación era el nuevo estado?, y vemos que dicha nacionalidad, en el Ecuador fue construyéndose a partir del modelo europeo, hasta forjarse como un mestizaje de corte eurocéntrico. Vargas hace una reflexión interesante respecto de la condición de superioridad cultural que subyace en el modelo nacional de matriz europea. Observa que Hegel, como exponente de la filosofía, había manifestado “la historia universal va del Oriente hacia Occidente. Europa es absolutamente el fin de la historia universal (...). La historia universal es la disciplina de la indómita voluntad natural dirigida hacia la universalidad y la libertad subjetiva” lo cual perfiló la superioridad cultural como motivo de la hegemonía a través de los valores y principios de la ilustración por medio de la razón y el idealismo. Los estados nacientes en Latinoamérica, si bien consiguieron la ruptura política con Europa, reprodujeron la colonialidad del poder

³⁴ Javier Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional. (España: Marcial Pons, 2017), 123.

³⁵ Byung Chul Han. Sobre el poder. (España: Herder, 2016) 9, 17.

³⁶ Edwar Vargas. Plurinacionalidad, democracia en la diversidad. (Ecuador: Abya Yala, 2009), 101.

al interior de sus sociedades³⁷.

Al respecto, tenemos que en la Constitución ecuatoriana de 1830, en el artículo 68 se había establecido lo siguiente:

Este congreso Constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable.

Lo que pone en perspectiva, cuál fue de origen la cultura con categoría de “superioridad”. A través de la norma se instituyó la condición de “inferior” de un grupo social, con identidad cultural propia. Esto buscaba homogenizar a los habitantes del estado utilizando al derecho que goza de validez formal como herramienta. En eso consiste y consistió la nacionalización de los habitantes de un estado.

En cuanto soberanía, en el caso particular, el discurso del Gobierno se posiciona respecto del acaparamiento del monopolio de la producción normativa, así como del monopolio del uso de la fuerza “legítima”. Esos monopolios, son precisamente los que ha activado el estado para contener la respuesta social a la producción normativa de matriz monista, buscando evitar precisamente la mencionada dispersión estructural del poder. El problema del ejercicio monopólico de la fuerza y la normatividad, es que muchas veces no se encuentra legitimación en determinadas actuaciones, por diversos motivos que usualmente no responden a razones netamente jurídicas³⁸.

En ese sentido, Javier Pérez Royo explica que “la soberanía del Estado, la unidad del poder estatal que no admite competidores, es algo que se afirma de manera inequívoca y que deja de ser una cuestión debatida en cuanto el estado constitucional se impone como forma política”³⁹.

³⁷ Ídem

³⁸ Por ejemplo, cabe analizar el nivel de popularidad de los gobernantes y sus partidos políticos. Otro medidos es el cumplimiento de las ofertas de campaña electoral, en cuanto el cumplimiento del plan de gobierno.

³⁹ Javier Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional, (Decimoquinta edición). (España: Marcial Pons, 2016), 139.

De tal manera que el ejercicio monopólico del derecho y de la fuerza debe responder a estándares altos de democratización, porque lo contrario podría generar una ruptura del orden democrático constitucional, en tanto aparezcan competidores no constitucionales o legales respecto de producción normativa y uso de la fuerza, aunque puedan o no estar legitimados o en pleno proceso de legitimación. El riesgo es alto.

De lo señalado, tenemos entonces un estado unitario construido sobre la base de una idea eurocéntrica de estado - nación que se reconoce como plurinacional. Extraño, pero real. El Ecuador, indudablemente ostenta los monopolios del uso legítimo de la fuerza y la producción normativa. El competidor en estas protestas de octubre, se encuentra en la CONAIE. Este competidor, desde una comprensión de resistencia – defensa, no buscaba arrebatarse los monopolios al Estado, pero generó una sensación de secesión.

¿Quería la CONAIE, como representante de los pueblos y nacionalidades indígenas crear un nuevo estado? La respuesta es no. Territorialmente, el Ecuador es pequeño y aquello precisamente no invita al fraccionamiento geográfico. Los pueblos y nacionalidades indígenas se encuentran difuminados a lo largo y ancho del territorio nacional, lo cual dificultaría una idea secesionista porque inclusive – en el supuesto- tendrían que considerar dos elementos adicionales: 1. la plurinacionalidad de su estado, 2. La institucionalidad, y 3. La economía.

La ubicación geográfica limitaría el acceso al mar por ejemplo, o a ciertas zonas en la serranía o la Amazonía que resultan estratégicas, tanto para el Ecuador, como para un supuesto nuevo Estado. Aquello a breves rasgos demuestra que la economía estaría sumamente debilitada de inicio.

En cuanto a la institucionalidad. En el año 2007 la CONAIE elaboró un proyecto de constitución, en la que se observa una idea de estado eurocéntrico. Con instituciones derivadas del planteamiento de Montesquieu, respecto de la división de poderes. Es decir, la institucionalidad de tal estado, sería una réplica de la institucionalidad del Ecuador.

Por último, y no menos importante: la plurinacionalidad. En un estado plurinacional, los pueblos y nacionalidades no pueden invocar el ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos desde una perspectiva secesionista. Resulta incongruente e incompatible con el principio plurinacional. El accionar político de los pueblos y nacionalidades debe corresponder, justamente a tres

conceptos: (1) la interculturalidad, que sostiene la existencia de diversas culturas que conviven y se reconocen en igualdad de derechos; (2) la pluriculturalidad, que se refiere a la existencia de diversas culturas en un mismo espacio territorial o geográfico, y (3) la multiculturalidad, que plantea justamente la existencia de varias culturas.

Esto obliga a que en un estado plurinacional, se transfieran (como en la teoría contractualista de Hobbes, Locke y Rousseau) parte de los derechos y libertades al Estado. Esa transferencia se consolida en los monopolios del estado. El estado, es el llamado a actuar en observancia de la plurinacionalidad, coadyuvando a que el principio de autodeterminación de los pueblos goce de una protección estatal. Es ahí cuando, parte de los monopolios ceden (no se transfieren ni se entregan) y permiten el la organización del poder y organización de las culturas convivientes, además de protegerlas e incentivar su desarrollo y conservación.

Como queda demostrado, esta sensación de separación, división territorial o secesión que surgió, tras las protestas de octubre de 2019, es apenas eso: una sensación. No es una opción conveniente para los pueblos y nacionalidades indígenas, y tampoco para el Ecuador.

Conclusiones

Explica Byung Chul Han:

Alexander Rustöw, quien acuñó el concepto de “neoliberalismo”, constató que si la sociedad se encomienda únicamente a la ley mercantil neoliberal se deshumaniza cada vez más y genera convulsiones sociales. Por eso señala que hay que completar el neoliberalismo con una política “vital” que siembre solidaridad y civismo. Sin esta rectificación del neoliberalismo a cargo de la “política vital” surgen unas masas inseguras, que actúan movidas por el miedo y que se dejan captar fácilmente por fuerzas nacionalistas étnicas.

El miedo por el futuro propio se trueca aquí en xenofobia. El miedo por sí mismo no solo se manifiesta como xenofobia, sino también como odio a sí mismo. La sociedad del miedo y la sociedad del odio se promueven mutuamente.

Las inseguridades sociales, unidas a la desesperación y a un futuro sin perspectivas, constituyen el caldo de cultivo para las fuerzas terroristas. El sistema neoliberal cultiva directamente estos elementos destructivos, que solo a primera vista parecen opuestos a él. En realidad el terrorista islámico y el nacionalista étnico no son enemigos, están hermanados, pues comparten una genealogía común.

En las protestas lideradas por el movimiento indígena, quedo claro el problema sociopolítico planteado: La desigualdad y las ausencias del Estado frente a la plurinacionalidad. Esta desigualdad se manifiesta a través de la exclusión. Si el modelo neoliberal busca perpetuarse “pacíficamente” en la sociedad requiere de aquellos componentes de solidaridad y civismo, pero lo que no se pregunta Rustöw es ¿qué ocurre cuando el nacionalismo étnico es aquel que no ha sido definido dentro del marco de la “superioridad cultural”?

Una respuesta fuerte subyace en el estado plurinacional. Cuando un estado plurinacional actúa como estado – nación, es que implanta la idea en la sociedad, de una superioridad cultural. Aquello es perjudicial a todas luces para el Estado plurinacional, y los conceptos de interculturalidad, multiculturalidad y pluriculturalidad, que es donde radica la riqueza de los países en general, y del Ecuador en particular. No cuidar esta riqueza, conlleva deslegitimación, y resistencia.

Es por ello que, cuando pensamos en el estado de excepción dictado por la CONAIE, éste no trasciende en cuanto lo jurídico, pero sí en lo político. Este medidor de la robustez o flaqueza de la democracia revela que el Estado plurinacional, existe en lo formal, pero aún no se concreta en lo material.

El poco entendimiento de la plurinacionalidad, conlleva a la escasa comprensión de una ética de la alteridad y un sistema de necesidades diferente al de la “cultura dominante” que a través del estado antepone su dinámica por sobre las demás, de una forma neocolonialista.

En ese sentido, el estado de excepción dictado por la CONAIE, no fue más que el ejercicio del legítimo derecho a la resistencia.



UNIVERSIDAD DE
OTAVALO
Libres y unidos en la diversidad

ISBN: 978-9942-772-24-4



9789942772244

www.uotavalo.edu.ec