

# Cámano

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 3 / Julio 2015



FACULTAD DE  
DERECHO

## REFORMA CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN POPULAR

- Popular sovereignty and constitutional conventions
- Reforma constitucional, límites y deliberación
- Nuevo constitucionalismo, democracia e independencia judicial
- Ideas para un debate. el proceso de reforma constitucional en Argentina y Ecuador

# CRÉDITOS

## RECTOR

Carlos Larreátegui

## VICERRECTOR ACADÉMICO

Gonzalo Mendieta

## DECANA

Alexandra Vela

## DIRECTORA ACADÉMICA

Lorena Naranjo

## DIRECTOR CÁLAMO

Santiago M. Zarria

## COORDINADORA EDITORIAL

Liliam Fiallo

## COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- Juan Carlos Prado, PhD Universidad de Roma “Tor Vergata”
- Richard Ortiz, PhD Universidad Heidelberg
- Pamela Jijón, PhD Universidad de Paris 8 “Vicennes Saint-Denis”
- Wladimir Sierra, PhD Universidad de Berlin
- Santiago Zarria, PhD (c) Universidad de Oporto
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad Católica del Ecuador
- Liliam Fiallo, Msc. FLACSO-Ecuador

## COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Italia
- Juan Antón, PhD Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD Universidad Complutense de Madrid, España
- Blanca Rodríguez, PhD Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD Universidad Católica del Perú
- Mónica Gonzáles Contró, PhD Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD Universidad de la Habana, Cuba
- Julio Antonio Fernández, PhD Universidad de la Habana-Cuba
- Patricia Reyes, PhD Universidad de Valparaíso, Chile
- Nayibe Chacón Gómez, PhD Universidad Central de Venezuela
- Martín Aldao, PhD Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Ricardo Rabinovich-Berkman, PhD Universidad de Buenos Aires, Argentina

## TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

María Dolores Miño, LL.M.

María Helena Carbonell, Mg.

## TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD (c)

Sandra Lima Alves Montenegro, PhD (c)

## COLABORACIÓN EDITORIAL

Emilio Cerezo, Mg. Universidad Católica del Ecuador

Jorge Benavides, Mg. Universidad de Las Américas

Dunia Martínez Mg. Universidad de Las Américas

## DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

V&M Gráficas

Telfs.: 3201 171

## PERIODICIDAD

Semestral

## DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Norte, instalaciones José Queri. Bloque 6. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000 Ext 859

Envío de artículos, información y suscripción:

calamo@udla.edu.ec

## DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

## ISSN

1390-8863

**Cálamo 3:** Los artículos que conforman el número 3 de Cálamo han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares previos a su publicación.

Fecha: Julio de 2015

Me complace poner a consideración de la comunidad académica nacional e internacional el tercer número de *Cálamo*, Revista de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas UDLA, que aborda como tema central uno de los aspectos clásicos de la Teoría de Constitución y que tiene una actualidad extraordinaria: el poder de reforma constitucional.

Este número en su sección central (*dossier*) desarrolla algunos aspectos de la discusión en torno a las modificaciones a la Constitución. Tema de trascendental importancia para el Ecuador, que en estos momentos se encuentra envuelto en un proceso de reforma a través de enmiendas constitucionales que se tramitan en sede legislativa. Las reflexiones que se exponen en las diversas contribuciones no se agotan en el abordaje clásico que hace el Derecho Constitucional de la reforma –que acostumbraba centrarse en el análisis casi exclusivo de las disposiciones normativas que regulan asuntos de procedimiento–, sino más bien se privilegia una comprensión de la reforma constitucional que se articula con la dogmática y la ciencia política.

De ahí que, en el artículo de Roberto Gargarella, se destaca la importancia de la participación popular en los procesos de reforma constitucional. Condición que a su entender, además de brindar legitimidad democrática, hace posible la identificación de filiación existente entre soberanía popular y Constitución. En la siguiente contribución, Jorge Benavides Ordóñez aporta elementos para el debate sobre los límites a las enmiendas constitucionales en Ecuador. En su análisis, la importancia de la deliberación democrática es crucial, en la medida en que los límites a la reforma como la supremacía constitucional, sólo pueden ser entendidos como una expresión del principio democrático.

Por su lado, Agustín Grijalva hace discurrir su análisis a través de la relación existente entre democracia e independencia judicial, a partir de procesos de reforma constitucional en el ámbito de la judicatura, acaecidos en Ecuador y Argentina. Finalmente, para cerrar el tema central de la Revista, Miren To-

rrontegui, vuelve sobre el enfoque comparado entre Ecuador y Argentina, desarrollando un análisis de los procedimientos de reforma constitucional en ambos países, con énfasis en los mecanismos de control constitucional contemplados por sus respectivas Constituciones.

En la sección *ensayos*, Jacqueline Guerrero nos habla del gran potencial que encierra la tecnología para el fomento de procesos democráticos que tengan como eje una ciudadanía activa y dialógica. Jorge Baeza, por su parte, aborda la importancia del respeto de los derechos de identidad y expresión de género, consagrados en las Constituciones nacionales de Ecuador y Argentina, así como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la sección *entrevistas*, Dunia Martínez, profesora de Derecho Constitucional de nuestra facultad, entrevista a Richard Ortiz Ortiz sobre la posibilidad y los límites de considerar a los procedimientos de reforma constitucional como garantías de supremacía constitucional, en el caso ecuatoriano.

Además, en este número se incluyen resúmenes de obras a cargo de Jorge Daniel Vásquez y Emilio Cerezo; la reseña de Efrén Guerrero sobre el libro “Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo” de Álvaro Mejía; y, a nuestro escritor invitado Efrén Catalán, quien comparte un fragmento de sus reflexiones en la obra inédita “Ética de la verdad y de la mentira”.

Este tercer número, en definitiva, pretende contribuir desde distintas perspectivas al debate nacional sobre el tema de reforma constitucional y participación popular, con el fin de abrir un espacio de reflexión académica democrático y multidisciplinar. Esperamos que cumpla este objetivo.

Alexandra Vela Puga  
Decana Escuela de Derecho  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

## Dossier

- POPULAR SOVEREIGNTY AND CONSTITUTIONAL CONVENTIONS ..... 6  
Roberto Gargarella
- REFORMA CONSTITUCIONAL, LÍMITES Y DELIBERACIÓN ..... 16  
Jorge Benavides Ordóñez
- NUEVO CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E  
INDEPENDENCIA JUDICIAL ..... 27  
Agustín Grijalva
- IDEAS PARA UN DEBATE. EL PROCESO DE REFORMA  
CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA Y ECUADOR ..... 39  
Miren Torrontegui

## Ensayos

- DEMOCRACIA DELIBERATIVA, TECNOLOGÍA Y COMPETENCIAS  
CIUDADANAS ..... 56  
Jacqueline Guerrero
- IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA DISFORIA DE GÉNERO ..... 66  
Jorge Hernán Baeza
- VOLVER SOBRE LA HEGEMONÍA: GRAMSCI EN *LOS LÍMITES  
DE LA CULTURA*..... 81  
Jorge Daniel Vásquez

## Entrevistas

- LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL,  
¿GARANTÍAS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL? EL CASO  
ECUATORIANO. ENTREVISTA A RICHARD ORTIZ ..... 92  
Dunia Martínez

## Resumen de obras

- CARLOS ESCUDÉ. LA GUERRA JUSTA Y EL FIN DE LA HISTORIETA ..... 100  
Emilio Cerezo

## Reseña

- LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN ANTE EL PROCESO Y EL  
PROCEDIMIENTO CONTEMPORÁNEO ..... 116  
Efrén Guerrero

## Escritor invitado

- ÉTICA DE LA VERDAD Y DE LA MENTIRA ..... 120  
Miguel Catalán

**DOSSIER**

*ndb.*

# POPULAR SOVEREIGNTY AND CONSTITUTIONAL CONVENTIONS

## SOBERANÍA POPULAR Y CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

### SOBERANIA POPULAR E CONVENÇÃO CONSTITUCIONAL

*Roberto Gargarella\**  
*Universidad de Buenos Aires*

Recibido: 20/03/2015

Aceptado: 8/05/2015

#### Summary

This article provides an insight about the constitutional conventions and their connection with the concept of popular sovereignty. The author states that the constitutional conventions require a high degree of legitimacy in order to make institutional changes possible, and thereof constitute as a tool that can transform the institutional capacities of the State. On this regard, he defends the conception of democracy and argues that it is crucial to promote debate and impartiality, and to achieve decisions that will affect everyone's interest. He starts by highlighting the importance of social struggles and its impact in constitutional reforms, arguing that they have a high potential of transforming particular social structures and entrenched injustices. He explains then the debate about mixing different constitutional visions by the importation-reception of institutions and jurisprudence from other countries, as well as the inherent value of these types of operations. Finally, he addresses the topic of pluralism and how constitutions should accommodate the claims of different groups and individuals; for this purpose he provides some detail about the historical responses considered by constitutionalism such as: *synthesis, accumulation, inaction and imposition*.

**Key words:** Constitutional Conventions; Pluralism; Sovereignty; Democracy, Reform.

#### Resumen:

Este artículo proporciona una visión sobre las convenciones constitucionales y su conexión con la noción de la soberanía popular. Señalo que las convenciones constitucionales requieren un alto grado de legitimidad para hacer posibles cambios institucionales y así constituirse en una herramienta que pueda transformar las capacidades institucionales. Para ello, defiende la concepción de la democracia y sostengo

que es indispensable promover el debate y la imparcialidad para la toma de decisiones que afectan al interés de todos. Empiezo poniendo de relieve la importancia de las luchas y su impacto en las reformas constitucionales, argumentando que tienen un alto potencial de transformar determinadas estructuras sociales e injusticias arraigadas. Posteriormente, explico brevemente el debate acerca de la mezcla de diferentes visiones constitucionales ya sea mediante la importación-recepción de instituciones y las decisiones judiciales de otros países, y el valor inherente que este tipo de operaciones implica. Por último, hablo de pluralismo y cómo las constituciones deben adaptarse a las demandas de los diferentes grupos e individuos; para este fin proporciono algunos detalles sobre las respuestas históricas provenientes del constitucionalismo tales como: la síntesis, la acumulación, la inacción y la imposición.

**Palabras clave:** Convenciones constitucionales; Pluralismo; Soberanía; Democracia; Reforma.

#### Resumo

Este artigo proporciona uma visão sobre as convenções constitucionais e sua conexão com a noção de soberania popular. Ressalto que as convenções constitucionais exigem um alto grau de legitimidade para fazer possíveis mudanças institucionais e, assim, tornar-se uma ferramenta que pode transformar as capacidades institucionais. Para este fim, apoio a concepção de democracia e sustento que é indispensável promover o debate e a imparcialidade para a toma de decisões que afetam o interesse de todos. Início destacando a importância das lutas e seu impacto nas reformas constitucionais, argumentando que têm um alto potencial de transformar certas estruturas sociais e injustiças arraigadas. Posteriormente, explico brevemente o debate sobre a mistura de diferentes visões constitucionais, quer seja por importação-receção de instituições e

\* Abogado y sociólogo por la Universidad de Buenos Aires; Máster en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Argentina); Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires; Master of Laws (LL.M.) y Doctor en Jurisprudencia (J.S.D.), ambos por la University of Chicago Law School. Cursó sus estudios postdoctorales en el Balliol College, Oxford. Actualmente es Profesor en la Universidad Torcuato Di Tella y en la Universidad de Buenos Aires. Además, es director de la Revista Argentina de Teoría Jurídica.

decisões judiciais de outros países, e o valor inerente que tais operações implicam. Finalmente, falo sobre pluralismo e como as Constituições devem adaptar-se às demandas dos diferentes grupos e indivíduos; para este fim proporciono alguns detalhes sobre as respostas históricas provenientes

do constitucionalismo, tais como: a síntese, a acumulação, a inação e a imposição.

**Palavras chaves:** Convenções constitucionais; Pluralismo; Soberania; Democracia; Reforma.

I shall take, as my starting point, the claim that there should be an intimate connection between the notion of popular sovereignty and Constitutional Conventions. The assumption is that we, as members of a community, use Constitutional Conventions in order to define the fundamental institutional aspects of our life in common. As a consequence, it is absolutely necessary that we take a decisive part in those events, under the assumption that “what affects all should be decided by all.” More precisely, and as result of the particular conception of democracy that it is here defended, I assume that a broad and inclusive debate is a crucial condition for obtaining decisions that are properly respectful of every person’s fundamental interests. Similar decisions may, eventually, be obtained through other means, and broad and inclusive debates may, occasionally, be conducive to improperly biased decisions. However, the assumption is, first, that there is no better way to maximize the chances of deciding impartially than through a broad and inclusive debate, and second, that impartiality is simply indispensable if we talk about a Constitution understood as a “compact among equals.”

In the study of Constitutional Conventions, I would first stress two main features that I associate with them. First, Constitutional Conventions need to have a *very special legitimacy* in order to be able to carry out fundamental institutional changes. So, that special legitimacy provides the ‘key’ that is necessary to make fundamental institutional changes possible. That special legitimacy, then, provides Conventions with *very special* -actually unique, unmatched -*institutional-transformative-capacities*.

The presence of these elements helps explain the conflicts that tend to arise in connection to Constitutional Conventions: Conventions that declare themselves “sovereign”; Conventions that

claim to have more powers than the incumbent government and act in consequence; governments or political groups that try to coopt the Convention; assaults upon Conventions; the use of force (even military force) against Conventions; etc. etc.

The extraordinary transformative capacities of Constitutional Conventions have also provoked a common and undesirable result: in many occasions, the two mentioned elements are decoupled in ways that we get extraordinary powers without extraordinary legitimacy. To state it more precisely, we get Conventions that claim to have extraordinary capacities for promoting institutional changes, but at the same time lack the extraordinary legitimacy needed to get the key to institutional changes.

This rupture between legitimacy and powers seems a typical fact of contemporary political life, given the way in which people have lost their republican capacities to “decide and control” in issues that are of utmost public importance. There is an assault upon representative institutions that also –if not mainly– tends to affect the most relevant representative bodies. Members of Constitutional Conventions, which are in need of a special legitimacy (given their public ambitions), usually obtain their legitimacy from common general elections. In this way, the actual legitimacy of members of Constitutional Conventions does not seem to be different, less superior, to the legitimacy of public officers, elected after general elections. In spite of this, elected representatives in a Convention claim to have superior attributes and dare to take, or threaten to take, extraordinary measures from their public posts.

The point makes it necessary to recall Bruce Ackerman’s precise intuition about the distinction between *constitutional moments* and *normal politics*. Ackerman calls our attention about the special

legitimacy of constitutional moments (Ackerman 1991). What is special about those constitutional moments is not the fact that they are the product of certain formal procedures, but rather that they are the product of and express a broad, intense process of popular mobilization and political activism. This is what makes constitutional moments so different from normal politics, and what gives them special legitimacy and special powers. This view about legitimacy is particularly appealing for those of us who defend a strong conception of democracy: legitimacy becomes thus connected with processes of inclusive public discussion and intense popular

mobilization, rather than with formal amendment procedures. This approach restores rationality and reasonability to the discussion around constitutional reforms.

For these reasons, those of us who favor large and profound constitutional reforms need to advocate for different kind of Constitutional Conventions, this is to say Conventions whose legitimacy is not merely based on formal legal procedures, but rather on their representative character, their diversity, their inclusiveness, their tight links with civil society, and the intensity and transparency of their public debates.

## DIFFICULTY AND IMPORTANCE OF CONSTITUTIONAL REFORMS

Herein, I shall defend the importance of constitutional reforms, as a means for favoring certain social changes and prevent the institutional system to work in favor of the preservation of entrenched injustices. To state this does not commit us to assume a simplistic view about the transformative capacity of legal reforms: it is not that by merely changing the law, we change reality. The point is rather the opposite: we should not neglect or misuse the limited transformative capacities of legal reforms.

Reforms are particularly important in contexts characterized by profound injustices: they may ensure legal protections to seriously disadvantaged groups and provide them with tools that may help them fight for their rights. In a recent work, Jon Elster has established that the majority of constitutional reforms emerge in times of crisis, which we may associate with the existence of profound social injustices and distress (Elster 2014). But, it should be added, precisely in those situations it seems particularly difficult to promote a meaningful reform, this is to say one with the capacity of challenging and modifying the prevalent injustices. And this is so for some rather obvious reasons.

The main reason I am thinking about is that, very frequently, reform-processes become in charge of the same people/group/class that are benefiting from the existent injustices. Obviously, if the reform has to be designed by the same individuals that may be affected by them, one should expect either improper

blockages or a biased reform that left some of the prevalent injustices unaffected. Presumably, those difficulties would become larger the more those injustices are entrenched -the more the institutional system is contaminated by them. Those biases and obstructions may appear during the drafting of the Constitution, but also during its implementation process.

Similar problems appear when the desired reform is directed to modify exactly part of the same institutional system that needs to get involved in the reform process. Typically, this is what has happened in Europe, after the numerous initiatives directed at remedying the so-called "democratic deficit" that affected the regional political organization. And this is also what happened in Latin America, after the numerous initiatives that appeared in the 1980s, directed at drastically reducing the powers of the President: those reforms were, in the end, blocked or diluted by the same Executive Powers under attack.

Of course, nothing that I said so far should be taken as an argument against constitutional reforms. Just the opposite: being aware of the level of the existing difficulties should make us also conscious about both the dimension of the required changes, and the amount of energies required by a serious process of constitutional reform. Clearly, the enormous motivations needed for carrying out a significant process of change do not appear magically -they cannot emerge from nowhere. Perhaps, the

perspective of substantive constitutional changes is only reserved to extreme social situations. In the history of Latin American constitutionalism, the more radical initiatives for constitutional reform appeared and were developed in situations of dramatic social distress: think about the Constitutional Conventions

of Ayala 1911 and Aguascalientes 1914, in Revolutionary Mexico (which would finally adopt its National Constitution in 1917); or -contemporarily- the different initiatives for constitutional reform in Bolivia, under the aboriginal leader Evo Morales.

## CONSTITUTIONAL MIXTURES, TRANSPLANTS AND GRAFTS

The discussions about ‘transplants’ in juridical material -referring to the possibility of ‘grafting’ ‘foreign’ institutions onto an existing constitutional body- calls our attention about the possibility of mixing different constitutional visions, and suggests the presence of strong tensions susceptible to being unleashed at the moment that the ‘graft’ or the ‘reception’ of the ‘foreign’ ideas or initiatives occurs.

The concept of ‘transplants’ has been studied from different perspectives in all of its variations. In any event, the discussion has basically tended to focus on two aspects of the issue: the importation of institutions or reception of judicial decisions from other countries, and the inherent value of these types of operations.<sup>1</sup>

The discussion about legal transplants and grafts has sometimes been improperly contaminated, with arguments that I shall not consider but mention, given their historical importance: very frequently, debates on the issue centered on the defense of nationalist values and the wrongness of ‘importing’ institutions from other countries.

The noted independence leader Simon Bolívar, like many others, repudiated the opposition’s fascination with the “exaggerated maxims of the rights of man,” maxims that he discredited because of their importation from France (Bolívar 1976, 12). Nevertheless, his insistence on localism did not get very far; all of the Bolivian constitutional projects were based either on English conservative constitutionalism or on Napoleonic authoritarian constitutionalism. Similarly, in Colombia, Miguel Antonio Caro and Ospina Rodríguez also rejected the importation of French ideas in the name of

nationalism. However, their claims for localism appear to be based, instead, on reactionary Hispanicism and Catholicism (Gargarella 2014). In the end, it was less a theoretical dispute than a politically opportunistic one, destined to disqualify, rather than discuss, the proposals of the opposition.

That said, nevertheless, it is necessary to add that at least one version of the discussion about ‘transplants’ and ‘grafts’ holds attractions for the purpose of considering the strengths and limitations of regional constitutionalism. This discussion is premised on the following general hypothesis: regardless of their origin, some grafts tend to be innocuous while others are not, depending on the bonds of kinship (the ‘genetic links’) that exist between the grafted material, the institutions, and the receiving constitutional ‘body’.

In order not to transform the aforesaid into a tautological statement, we can imagine the following situation. Imagine three very different kinds of constitutional projects faced off, one conservative (politically elitist and morally perfectionist), another liberal (anti-statist, defending checks and balances and moral neutrality), and the third radical (politically majoritarian and morally populist). Then, one might expect that many of the imaginable ‘interfaces’ between one project and another would be destined to failure or require that one of the projects yield to another. Historically speaking, liberals and conservatives, for example, were able to come to terms and collaborate on the drafting of many constitutions, due to the fact that the projects coincided greatly on many issues (both repudiated political majoritarianism, both proposed a firm defense of property rights, both

<sup>1</sup> Good discussions about the ‘value’ of importation, can be found in the *International Journal of Constitutional Law* (2003, vol. 1, n. 2); Tushnet (1999); Ackerman (1997); Kennedy (1997); Rosenfeld (1997); Ferejohn (1997); Balkin & Levinson (1998).

agreed, with little difficulty, on the implementation of anti-statist political economies) but, nevertheless, in everything related to religion, they were largely forced to smooth over their differences.

In many occasions, however, the combination between different constitutional models failed, or went through serious problems. And these difficulties were facilitated by at least two main factors: first, the importance of the differences between the projects at stake, and second, the fact that one of those models was already entrenched, and the other (or, more properly, institutions related to the latter model) were irresponsibly incorporated to the former, as 'grafts'. By 'irresponsibly' I mean incorporated without any serious consideration regarding the prevalent, existing institutions, and the 'resistance' they could offer before the incorporated 'novelties'.

In my opinion, this second case explains one otherwise inexplicable event in the history of constitutionalism, namely the apparition of 'social rights' and the difficulty they faced to become enforced by judicial authorities. The fact is the following: since the beginning of the 20<sup>th</sup> Century, numerous Western countries began to (sometimes massively) incorporate social rights into their Constitutions. However, during more than five decades, those rights became almost 'dormant clauses' and were treated as non-enforceable, second-class rights. Surprisingly or not, this fact took place in different countries, under different circumstances, at different times, and in spite of the important place that those rights occupied in the reformed Constitutions. How could this generalized phenomenon be explained? How could it be possible in countries that modified their Constitutions once and again and always insisted on their choice of social rights, and expanded the list of adopted social rights? One possibility to start explaining this phenomenon is through the idea of a 'failed' or improper 'graft'.

Take, for instance, the case of Latin America, this is to say a region that became noted because of the force of its constitutional commitment to social rights. Social rights arrived to the region early (since the Mexican 1917 Constitution) and since then they expanded in all countries, in all different Constitutions, during years. Those rights, however, were usually incorporated into 'hostile' constitutional bodies, modeled under the influence of liberal and conservative ideas, which seemed to be well-prepared to resist the 'arrival' of 'foreign', strange, alien 'grafts'. The 'receiving body', genetically linked to the liberal-conservative project, proved well prepared to rebuff the 'importation' of these foreign entities, leaving them in the hands of judges and courts. As expected, these latter did not recognize the significance of these new rights, to which they habitually ascribed the status of programmatic rights or secondary rights.<sup>2</sup> A similar story can be told regarding the introduction of 'participative clauses', above all during the prominent *second wave* of constitutional reforms in the 20th century.<sup>3</sup> To simplify a long story, if mechanisms 'promoting civic participation', like the plebiscite and referendum, are able to undermine the authority of existing parliaments, and these, in turn, remain (constitutionally) in charge of defining or promoting these very same participatory mechanisms, then there is small hope for the fate that shortly awaits these clauses.

What is being claimed here is that the 'insertion' of new rights or new institutions into strong, well-established 'bodies' requires a very special attention, so as to avoid the 'rejection' of the 'grafts'. One has to expect resistance and hostility from the institutions at place, particularly when those institutions and the elements that are going to be 'inserted' belong to different bodies or constitutional models. One cannot simply 'implant' cells from one body into a different one, assuming the compatibility between the two, or neglecting the capacity of the prevalent body to resist the incorporation of 'strange' cells.

2 How could one expect that judges, especially, would have any particular sensitivity to the interests of the most disadvantaged [classes], given the gulf -geographic, economic, and social- that isolates them and the close-knit bonds that the judges develop with the most powerful sectors of society? Judges and [legal] theorists, for their part, created special categories in order to directly render ineffective and drain these reforms of all vitality, assuring their relegation to the waste-bin. But, are these results in any way surprising? Could one expect any other reaction from the Judicial System? Its select members selected, endowed with the gift of stability, and characterized by the homogeneous background which is their trademark?

3 Beginning with the second wave, there were reforms in Ecuador, in 1978; in Chile and Brazil, in 1989; in Colombia, in 1991; in Paraguay, in 1992; in Peru and Bolivia, in 1993; in Argentina, Guatemala and Nicaragua, in 1994.

## HOW SHOULD THE CONSTITUTION DEAL WITH THE FACT OF PLURALISM?

In his book *Political Liberalism*, John Rawls called our attention about the fact that modern societies have become so complex that we can no longer expect everyone to share the same values and ideals. People tend to disagree -and to disagree profoundly- concerning their “conceptions of the good,” this is to say their more or less comprehensive religious, philosophical and moral beliefs. In his words, modern democracies are characterized by the *fact of pluralism*, where pluralism is a reasonable one, meaning that even though people disagreements are serious, they are very often based on genuine convictions. We then have profound disagreements among reasonable persons (Rawls 1991, 22-9). From a different perspective, and more concerned with legal issues, Jeremy Waldron has also been referring to -what he considers being- a fundamental characteristic of modern societies, namely the *fact of disagreement*, meaning that is a crucial fact that we profoundly and reasonably disagree about significant moral issues (i.e., about abortion, the personal consumption of drugs, etc.), and at the same time we want to continue living together (Waldron 1999).

The fact of pluralism is not something new, but rather something that has been characterizing our societies for a very long time. Perhaps, we became aware of this fact in the last decades, through the growing political importance of multicultural claims and multicultural studies. But the recognition of profound political and philosophical disagreements seems to be a distinctive fact of modern constitutionalism. This is, for example, how James Madison presented the issue in his famous *Federalist Paper* No. 10, when he examined the problem of factions:

The latent causes of faction are thus sown in the nature of man; and we see them everywhere brought into different degrees of activity, according to the different circumstances of civil society. A zeal for different opinions concerning religion, concerning government, and many other points, as well of speculation as of practice; an attachment to different leaders ambitiously contending for pre-eminence and

power; or to persons of other descriptions whose fortunes have been interesting to the human passions, have, in turn, divided mankind into parties, inflamed them with mutual animosity, and rendered them much more disposed to vex and oppress each other than to co-operate for their common good.

The problem, for Madison, for Rawls, and for all those in our times still interested in constitutional issues, has been the same, namely how to deal with such profound and still reasonable differences. How to accommodate the reasonable although in some cases opposite claims of different groups and individuals? The responses varied, in the history of constitutionalism, in some occasions depending on the relative political strength of the different groups (a fact that in numerous cases sufficed to explain the legal responses that were then adopted), but also in relation to the imagination and the different understanding and legal conceptions of the different groups. In what follows I shall mention four different responses to the problem of pluralism that we find in legal history, namely *synthesis*, *accumulation*, *inaction* and *imposition*.

The first response, *synthesis*, is related to the Rawlsian idea of an *overlapping consensus*, where different groups support a common solution for different reasons (reasons that are internal to their own favored comprehensive views). To find a synthetic agreement that all can share requires from each part an effort to leave aside or put between brackets some relevant aspects of its own claims. The second response, *accumulation*, appears when the different parts -finding it too difficult to reach a common agreement- decide to simply sum or put together (one on the top of the other) their different claims, leaving these claims totally or almost totally intact. The third response, *inaction*, appears when the different groups in charge of the reform cannot find a way out to their disagreements, so they decide to “leave things undecided” (Sunstein 1999, 3). The final response that I shall explore, namely *imposition*, implies that one of the involved groups manages to

enforce its own will thus displacing the demands of the rest.

- i. We find an interesting example of the first response -synthesis- in the U.S. initial constitutional debates concerning religion. The issue of religion was one of the most divisive matters among different groups, during the “founding period.” Previous to the Constitution, the prevailing looked like one of dire imposition: there was religious establishment in New England with the Congregational church, and in the South with the Anglican Church. Different sects, who had suffered from religious persecution in England, were now making pressure for the advancement of their own views, through the use of the State coercive powers. In the end, however, most social groups accepted a non-establishment clause (that was first accepted in Virginia and then incorporated into the Constitution),<sup>4</sup> because of entirely different reasons, including self-protection; reciprocity; tolerance; secularism; etc. not surprisingly, the case of the First Amendment represents perhaps the main example guiding Rawls’ reflections on public reason, state coercion and the overlapping consensus.
- ii. A good example of the second response -accumulation- appears in Argentina’s influential 1853 Constitution -which represents a typical case of how numerous Latin American countries dealt with the claims of opposite groups. At the time, in Argentina, as in many other Latin American countries, liberal and conservative groups confronted each other violently, over a number of issues. Two of these issues were then particularly important: religion and the powers of the Executive. Concerning the first issue, liberals favored religious tolerance, while conservatives proposed religious imposition. Concerning the second issue, liberals proposed a system of checks and balance, while conservatives preferred the creation of an overtly powerful Executive.

In the face of those conflicts, Argentina’s 1853 Constitution (which was the result of a compact between the two groups) decided, first, to provide a special status to the Catholic Church, through article 2 of the Constitution (“The Federal Government supports the Roman Catholic Apostolic religion”), and at the same time to declare religious tolerance, through article 14 of the Constitution (“All the inhabitants of the Nation are entitled... to profess freely their religion”). Second, and concerning the organization of powers, the Constitution established a system of checks and balances, which closely followed the U.S. model, and at the same time ensured special prerogatives to the President (related to the declaration of a *stage of site*, or the intervention into the affairs of local states), following the authoritarian Chilean Constitution of 1833. Even though the solutions implemented by Argentina’s 1853 Constitution were, in those respects, rather awkward, the fact is that they represented well the strategy of accumulation that most Latin American Constitutions adopted at that time.

- iii. There is an example of the third kind of response -inaction- in the Mexican constitutional debates of 1857. The two longer and more heated debates, during that Convention, referred to two issues: the adoption of a jury system; and religious tolerance. And it was in the second of those cases, where the delegates decided to go for inaction. The issue of religion was particularly pressing in the light of the enormous privileges enjoyed by the Church and the time, which moved many liberals to reject any initiative aimed at ratifying the unfair advantages that it had acquired during so many years. For instance, the delegate Zarco, one of the most important figures of the Convention, rejected the establishment of Catholic religion asserting -in contrast with his personal beliefs- that the role assumed by the Mexican church during all those years had been unacceptable. “[I]t has denaturalized Christ’s religion because

<sup>4</sup> The First Amendment of the Constitution reads as follows: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

it has declared itself the enemy of freedom; it has accumulated wealth impoverishing the country; it has deceived the people...it has defended privileges and money, disregarding the truths of Catholicism” (Zevada 1972, 38-9). In the end, however, liberals did not manage to ensure religious tolerance through the Constitution, given the differences that appeared not only with conservative representatives, but even within the liberal group. What the delegates decided to do, in the end -making it manifest the transactional character of the Constitution- was to *make silence* on the religious question, preventing, at least, the Constitution to become an *intolerant* document in this respect. They simply succeeded, in the end, in preventing the establishment of religious *intolerance*.

- iv. The response based on legal imposition was the most common among Latin American conservatives, during the 19<sup>th</sup> Century. During that Century, and particularly during the first half, numerous conservative groups managed to gain control over politics and enact their favored Constitutions, which unmistakably reflected their main concern: the decay of morals in the region. One of the most extreme examples in that respect was the 1823 Chilean Constitution, written by the conservative jurist Juan Egaña. Egaña and his Constitution were enormously influential in Chile and, most generally, in the region, in spite of the fact that the peculiar Constitution of 1823 was short-lived<sup>5</sup> Egaña’s Constitution included a strong executive which, in Egaña’s opinion, controlled “the entire administration, without the interference of the legislature, which has to enact only a few general and permanent laws and which will meet only after long intervals and during a very short time” (Silva Castro 1969, 86-7).

One of the president’s main functions was that of enforcing Catholic religion, which was established

as the country’s official religion. Also, and in order to ensure the imposition of the official religion, the Constitution created a “conservative Senate” in charge of controlling the “national morality and habits” and, more radically, accompanied its text with a substantive “Moral Code,” directed at regulating the moral life of Chile’s inhabitants even in its smallest details: in Egaña’s opinion, the “Moral Code” represented the highest and most meditated expression of his life-long theoretical reflections on morality.

The first part of the code was dedicated to religion and the need for protecting it (it regulated, for example, the way in which to celebrate the church’s public festivities as well as the relationships between the individuals and their confessors). In its second part, the code analyzed the family, its composition and the relationship among its members (it made reference to personal attitudes and behaviors including ingratitude, vanity, denigration, or the abandonment of ones’ parents). Its third part was related to education, which played a central role within Egaña’s project.

The code regulated the use of alcohol; provided for strict parameters to follow during private and public ceremonies; and established the prohibition of circulating pamphlets and leaflets without the previous authorization of a group of censors. The code also included strict sanctions against those citizens who “created political parties and frankly displayed their opinions, or those who gathered in public places”<sup>6</sup> Extreme as it was, the Code was very influential among Latin American conservatives: Simon Bolívar proposed a similar institution (he called it the “Moral Power”) in his famous *Letter from Jamaica* and in the Angostura Congress of 1819, without much luck.<sup>7</sup> Ecuador’s autocratic (for many, ‘theocratic’) president Gabriel García Moreno also advanced -but this time, successfully- a ‘moralizing’ plan, enforced by the State’s coercive powers, including a vast web of spies, who were in charge of controlling even the most private aspects of each

5 For instance, the Constitution became the main antecedent of the 1833 Chilean Constitution (in whose writing played a crucial role Egaña’s son, Mariano Egaña, and through him, the same Juan Egaña). The 1833 Constitution would become the most durable Constitution in Latin America’s 19th Century.

6 *Ibid.*, pp. 637-38.

7 In a letter to José Rafael Arboleda, from June 15th, 1823, Bolívar thanked Arboleda for his (rather isolated) defense of this new branch of power. See Bolívar (1937), vol. 1, p. 382.

person's life. The president was proud of the system that he enforced, because it allowed him to control all possible excesses. "I am alert, -he maintained- I have a system of spies and inspire fear [to my enemies]."<sup>8</sup> García Moreno imposed strict penalties to those

denounced by his agents, without much attention to the rights of the accused and to questions of due process, in general. The Constitution he promoted in 1869 came to legitimize his view and, thus, the consecration of the Ecuadorian State to Catholicism.

## FINAL WORDS

In the former pages, we examined some basic issues related to Constitutional Conventions, which may help us reflect on their possibilities and limits.

Still, however, we need to know and think much more, about an issue of primary importance in the life of our constitutional democracies.

---

<sup>8</sup> Carrión (1959), p. 437.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce. 1991. *We the People. Foundation, I*. Cambridge: Belknap Press
- Carrión, Benjamín. 1959. *El santo del patíbulo*. Quito: FCE
- Elster, Jon. 2014. *The Political Psychology of Constitution-Making*. Princeton, inédito.
- Gargarella, Roberto. 2014. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*. Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, John. 1991. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Sunstein, Cass. 1999. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tushnet, Mark. 1999. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.

## REFORMA CONSTITUCIONAL, LÍMITES Y DELIBERACIÓN

## CONSTITUTIONAL REFORM, LIMITS AND DELIBERATION

## REFORMA CONSTITUCIONAL, LIMITES E DELIBERAÇÃO

*Jorge Benavides Ordóñez\**  
*Universidad de las Américas*

Recibido: 14/02/2015

Aceptado: 14/04/2015

### Resumen:

En el presente escrito el análisis discurre en torno a las relaciones existentes entre la reforma constitucional, sus límites y la deliberación democrática como expresión de la unicidad de la Constitución. Se pone el acento en los límites como garantía de los derechos constitucionales y en la esfera de la legitimidad democrática que comportan las reformas constitucionales, a partir del ideal de la democracia deliberativa aplicado a la enmienda constitucional, específicamente sobre la eliminación de la reelección indefinida para los cargos de origen popular, con particular referencia al cargo del presidente de la República en el marco de la reforma que se tramita actualmente en la Asamblea Nacional del Ecuador.

**Palabras clave:** Rigidez; Poder Constituyente; Democracia Deliberativa; Información.

### Summary

In this paper, the analysis runs in the relationship between the constitutional reform, limits and democratic deliberation as an expression of the uniqueness of the Constitution. Emphasis is placed on the limits to guarantee constitutional rights and in the field of democratic legitimacy that involve constitutional reforms, from the ideal of deliberative democracy applied to constitutional amendment eliminating term limits for the offices grassroots, which is currently before the National Assembly of Ecuador.

**Key words:** Constitutional Amendment; Rigid; Limits; Constitutional Making Power; Deliberative Democracy; Information.

### Resumo

Neste trabalho a análise gira em torno da relação entre a reforma constitucional, seus limites e a deliberação democrática como uma expressão da unicidade da Constituição. O acento é colocado sobre os limites para garantir os direitos constitucionais e no campo da legitimidade democrática que envolvem reformas constitucionais, a partir do ideal de democracia deliberativa aplicado à emenda constitucional, especificamente sobre a eliminação da reeleição indefinida para os cargos de origem popular, com particular referência ao cargo de Presidente da República no âmbito da reforma que tramita atualmente perante a Assembleia Nacional do Equador.

**Palavras chave:** Rigidez; Poder Constituinte; Democracia Deliberativa; Informação.

\* Abogado, Universidad Católica de Quito, diploma superior en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, máster en Derecho Constitucional, máster en Filosofía y Cultura Moderna y doctorando en Derecho Constitucional Universidad de Sevilla. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de las Américas, e invitado a los programas de maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar-Quito, Universidad Católica de Guayaquil y Universidad del Azuay.

## INTRODUCCIÓN

Si sostenemos que la Constitución del Estado constitucional presupone la limitación del poder ante el supuesto de su modificación, podemos colegir que hay asuntos mínimos como los derechos fundamentales y la separación de funciones -ambos elementos esenciales que regula dicha norma- que no se podrán inobservar por parte de las mayorías políticas de turno.

Debemos decir que dichos asuntos mínimos no surgen de la nada; al contrario, aparecen en momentos extraordinarios de discusión, en donde los ciudadanos se ponen de acuerdo y deciden cómo organizarse políticamente, señalando los derechos y garantías que en lo posterior serán protegidos. Pero, ¿qué ocurre si la extraordinariedad del instante de discusión no se produce necesariamente, o si los ciudadanos llamados a ponerse de acuerdo son los menos, y con ello la idea de democracia como 'autogobierno del pueblo' no es plenamente cumplida?

Estos y otros temas se ponen de manifiesto en uno de los ejercicios más comunes de la vida jurídico-política de un Estado como lo es la reforma constitucional, por lo tanto, en el presente escrito, pretendo poner de manifiesto la articulación existente entre la reforma constitucional, sus límites y la deliberación, a partir del ideal regulatorio que supone la democracia deliberativa la misma que, en la búsqueda de mejorar el sistema representativo, precautela los derechos a la participación libre, razonada e informada de

todos los posiblemente afectados con una decisión política. De ahí, sostengo que los límites y la rigidez son legítimos en la medida en que se fundamenten en la soberanía popular. Por ello, cuando esta última es menguada de alguna manera, la justificación en términos de legitimidad de las decisiones puede ser seriamente cuestionada.

Dejo así constancia de que la dimensión democrática a la que me refiero se expresa a través de la participación dialógica e informada de la ciudadanía, aunque ello no implique necesariamente, en la práctica, la eliminación de una potencial manipulación ante la cual podría estar expuesto el pueblo; por ejemplo, con motivo de las reformas constitucionales en la modalidad de referéndum.

Dicho esto, en un primer momento pasaré revista a los aspectos generales de la reforma constitucional, para luego situarme en la clasificación teórica de sus límites. Seguiré de ahí con la función de garantía que desempeña la rigidez en cuanto a la protección de los límites y, finalmente, me circunscribiré a las implicaciones de la reforma constitucional con la deliberación, tomando como punto de análisis la modificación constitucional que emprende en estos momentos la Asamblea Nacional del Ecuador en relación a la eliminación de la prohibición de reelección sin límite para los funcionarios electos popularmente, con especial interés en el presidente de la República.

## ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El apareamiento de las garantías jurídicas de la Constitución es señalado como el elemento que da inicio al tránsito del Derecho Político al Derecho Constitucional; y esto, a su vez, responde a la idea de Constitución como norma jurídica. De dicha concepción, se desprenden dos instituciones claves para el aseguramiento de la Constitución como norma fundamental y suprema: la reforma de la Constitución y la justicia constitucional (Pérez Royo 1992, 233).

Ambos institutos tuvieron su origen en el constitucionalismo norteamericano, por un lado, con el artículo V de la Constitución Federal de 1787 que regulaba su reforma, institucionalizando así el poder constituyente. Por otro, con el control judicial de constitucionalidad, con el famoso fallo *Marbury Vs. Madison*, acaecido en 1803. Lo dicho supone que fueron los estadounidenses y no los europeos, los pioneros en la idea de la Constitución como norma jurídica en el siglo XVIII.

Ahora bien, existen dos funciones principales atribuidas a la reforma constitucional: se la muestra como un tipo de mecanismo de adecuación o conformidad de la realidad jurídica con la realidad social y política, al tiempo que debe garantizar que esa conciliación se produzca sin que se ponga fin a la continuidad jurídica. La primera función apunta a los denominados conflictos entre normalidad y normatividad. En este sentido su intención es evitar que la Constitución vaya detrás de los cambios sociales y políticos o, lo que es lo mismo, que la realidad no supere a la norma. De tal suerte, es imprescindible que exista un medio que permita armonizar los aspectos normativos con los supuestos fácticos de una realidad que los circunda,<sup>1</sup> entendiendo así a la función de actualización como un elemento democratizador de la dinámica social.<sup>2</sup> Con relación a la segunda función, la reforma implica la posibilidad de operar cambios en la Norma Fundamental sin que se quebrante la continuidad jurídica, es decir,

se establecen de forma reglada los medios para su modificación y, con ello, se logra que ésta perviva en el tiempo por ser fruto del poder constituyente del pueblo, viabilizando en consecuencia el valor de la certeza y seguridad en el Derecho.

Es pertinente decir que cuando me refiero a la reforma constitucional, lo hago pensando en ésta como poder constituido, lo que supone la clásica distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, que señala al primero dotado de carácter originario; esto es, que nace de las entrañas del propio pueblo y que debe su origen a la voluntad política de la comunidad, de ahí que se trata de un poder creador del texto fundamental. Por tanto, mal podría sujetarse a formas jurídicas previamente regladas y a limitaciones impuestas por la Constitución: es en esa medida en que los límites son impuestos al poder reformador. Seguidamente pasaré revisión a los límites que hace mención en la doctrina.

## LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Hablar de límites a la reforma alude a las restricciones o asuntos sobre los que no podrá discutir el poder constituyente derivado, en la medida en que dichos temas serán de competencia exclusiva del poder constituyente originario, como bien lo anota De Vega.

Negar o afirmar la existencia de límites, presupone una definición y una opción clara sobre el entendimiento y la naturaleza del poder constituyente y del poder de revisión. (De Vega 1985, 220)

existencia de límites a la reforma constitucional<sup>3</sup> a partir de la distinción entre Constitución material y Constitución formal o ley constitucional.<sup>4</sup> En este sentido se preguntan, en relación al artículo 76 de la Constitución de Weimar, si el legislador alemán podría por medio de dicho artículo cambiar sus elementos esenciales señalando enfáticamente que: “pueden reformarse las leyes constitucionales pero no la Constitución como totalidad” (Schmitt 2011, 63). Para el profesor alemán, existían restricciones constitucionales a la reforma por tratarse de un poder constituido, y por tanto, un poder sometido a la decisión fundamental del poder constituyente.<sup>5</sup>

En la teoría se señala la originalidad de Schmitt al vincular a su concepto positivo de Constitución, la

En nuestros días, la clásica distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, a decir

- 1 En los actuales momentos es la interpretación constitucional a cargo de los tribunales constitucionales el medio común encargado de llevar a cabo dicha tarea armonizadora.
- 2 De Cabo considera que si bien cuando apareció la reforma, implicó un gran avance frente al viejo orden, en los nuevos contextos esta debe ser interpretada como un instrumento idóneo para llevar adelante los cambios sociales necesarios, de modo que no se conforme con ser un simple mecanismo de preservación del *statu quo*, y por tanto, como elemento que reacciona frente al cambio (de Cabo Martín 2003, 53).
- 3 Así Javier Pérez Royo sostiene que dentro de las distintas formulaciones referentes a los límites a la reforma de la Constitución se destaca la de Carl Schmitt por la originalidad de vincular los límites a la reforma con su concepto político de Constitución, de modo que, su aporte observa a los límites no como algo tomado del exterior, sino que son deducidos desde el interior, apareciendo en tal virtud como consecuencia lógica de su concepto de Constitución (Pérez Royo 1986, 38).
- 4 Carl Schmitt considera que la Constitución formal alberga normas que no son consideradas fundamentales a pesar de estar incluidas en esta, y que por ello gozan de una rigidez que las distingue de las normas inferiores, frente a la Constitución material que envuelve la decisión política de conjunto que otorga unidad, llegando a afirmar que “la distinción entre Constitución y ley constitucional es el comienzo de toda discusión ulterior” (Schmitt 2011, 58ss).
- 5 Carl Schmitt considera que la Constitución formal alberga normas que no son consideradas fundamentales a pesar de estar incluidas en esta, y que por ello gozan de una rigidez que las distingue de las normas inferiores, frente a la Constitución material que envuelve la decisión política de conjunto que otorga unidad, llegando a afirmar que “la distinción entre Constitución y ley constitucional es el comienzo de toda discusión ulterior” (Schmitt 2011, 58ss).

de Ackerman, podría ser entendida como la diferenciación entre momentos extraordinarios y momentos ordinarios, es decir, que cuando implique la modificación de un elemento esencial del texto constitucional como son los derechos y la forma de gobierno, estaríamos frente a un momento extraordinario, y como tal, su modificación supone la participación del poder constituyente originario, expresión máxima de la soberanía; en tanto las modificaciones menores podrían ser llevadas a cabo sin cuestionamientos de legitimidad por parte del poder constituido, en la medida en que apuntarían a modificar cuestiones de menor relevancia de la Constitución (Ackerman 1991, 16).

En suma, la imposición de unos límites al poder reformador, implica la negación de un cambio profundo de la Constitución por este mecanismo, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de una modificación que altere los elementos esenciales del texto constitucional, ya que, en caso de ser así, se deberá acudir al constituyente originario.

En lo que sigue acogeremos la afamada formulación de Jellinek<sup>6</sup> sobre los límites a la reforma, que los clasifica en: a) autónomos y b) heterónomos; c) explícitos; d) implícitos; e) absolutos y f) relativos.

Son límites autónomos los que se encuentran enmarcados dentro de un ordenamiento jurídico estatal específico, de ahí que sean internos; en tanto, los límites heterónomos, tal cual su nombre lo indica, provienen de otros ordenamientos, como por ejemplo, las obligaciones que se desprenden de los tratados internacionales.

A su vez, los límites autónomos pueden ser: a) explícitos o expresos y b) implícitos o tácitos. A los primeros son aquellos que se encuentran explícitamente recogidos en la Constitución.

Ejemplo de estos son las cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas -artículo 89 de la Constitución de Francia- en tanto que los segundos son aquellos que no se hallan expresamente positivizados en la Constitución, pero son inferidos de la lógica del ordenamiento constitucional,<sup>7</sup> o nos llegan desde posiciones metajurídicas de carácter axiológico iusnaturalista, debiendo señalarse que su aceptación en el debate no es una cuestión pacífica.<sup>8</sup>

Los límites autónomos explícitos también pueden ser subdivididos en temporales y atemporales, entendiendo por límites temporales los que impiden la reforma por un plazo determinado o hasta que se produzca una situación especial. En plazo determinado se inscriben aquellas regulaciones que vedan la tarea constituyente de reforma por un período de tiempo (p. ej. la Constitución de Francia de 1791 que establecía un período de cuatro años, la de Cádiz de 1812 que señalaba un tiempo de al menos ocho años para proceder a su reforma siempre y cuando hubieran entrado en vigencia todas sus disposiciones, o la del Ecuador de 1929 promulgada en el gobierno de Isidro Ayora que establecía un plazo de cuatro años).

En situación especial, se inscriben aquellas prohibiciones que impiden la reforma de normas constitucionales en tanto se encuentren vigentes unas específicas circunstancias contempladas en el ordenamiento y que revistan una seria situación de gravedad, tal como hallarse el territorio en estado de emergencia, o que se encuentre ocupado por una fuerza militar extranjera. Así, tenemos cómo la Constitución francesa de 1958 que inaugura la V República, prohíbe la reforma constitucional “mientras sufra menoscabo la integridad del territorio”, regulación compartida por las Constitución belga de 1994 en el artículo 196.<sup>9</sup>

6 Esta clasificación es acogida entre otros por de Vega (1985).

7 Como lo señala de Vega: “los límites implícitos (no textuales), cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, bien como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, bien como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución” (de Vega 1985, 242).

8 Por ejemplo, Manuel Aragón Reyes no comparte la posibilidad de unos límites implícitos que perjudiquen a la voluntad popular en el proceso de reforma constitucional (Aragón Reyes 1989).

9 En este sentido, la Constitución española de 1978 contempla los dos presupuestos referidos anteriormente, esto es, la imposibilidad de operar modificaciones en el texto constitucional cuando estén de por medio un estado de excepción o un conflicto armado. Su artículo 169 sostiene que: “No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116” -relativos a estados de alarma, excepción, y sitio. Sin embargo, como lo señala Javier Pérez Royo, hubiera sido mejor no solamente prohibir la iniciativa, sino cualquier operación de modificación constitucional, iniciada o no (Pérez Royo 2007, 155).

Debemos decir que a nuestra comprensión, los últimos no se tratan de límites a la reforma constitucional en sentido estricto, siendo más bien circunstancias de facto que en caso de presentarse impedirían el normal transcurso de la actividad constituyente, en la medida en que aparece como un criterio razonable el impedir que se acometan reformas a la norma fundamental de una comunidad en tiempos de gran incertidumbre e inestabilidad, en donde no se podrían garantizar las exigencias del sistema democrático, como acontece en los estados de excepción o con motivo de la ocupación del territorio nacional por tropas extranjeras. Por ello, debemos diferenciar estos límites por circunstancias especiales de las cláusulas de intangibilidad.

Los límites atemporales, por su parte, son los que implican una pretensión de perpetuidad; es decir, que no están sujetos a un plazo determinado. Por ello, dichos límites estarían constituidos por las

cláusulas de intangibilidad, siendo entonces límites autónomos, explícitos y atemporales.

Finalmente, los límites autónomos pueden ser relativos y absolutos, comprendiendo por límites relativos a los que por medio de un procedimiento agravado de reforma podrían ser superados (en el caso por ejemplo, de “la reforma de doble grado” de Cicconetti), esto es, que se modifique primero la cláusula de intangibilidad para seguidamente proceder a modificar la Constitución (Cicconetti 1972, 220); en tanto que, los límites absolutos son aquellos que ya sea por voluntad del constituyente -límite expreso-, o bien por deducción implícita del ordenamiento constitucional, en su conjunto no pueden ser superados (de Vega 1985, 243). Asimismo, su quebrantamiento, implicaría una asunción de corte revolucionario que modificaría la esencia del Estado.

## LA RIGIDEZ COMO GARANTÍA DE LOS LÍMITES

Como es bien sabido, la rigidez alude a los procedimientos dificultosos, agravados que establece el poder constituyente dirigido a los poderes constituidos, para que estos no puedan modificar la Constitución como lo harían en relación al cambio de la normativa infra constitucional. Ahora bien, existen tres formas de comprender la rigidez constitucional: desde la perspectiva procedimental, desde la fundamental o esencial y desde la que la ve como una suerte de pre-compromiso.

Así, tenemos la perspectiva que contempla a la rigidez como un asunto procedimental, que a decir de Ely, garantiza que los poderes constituidos no puedan inobservar los derechos de participación que hacen posible la democracia, considerando en tal virtud legítima la intervención del control judicial de constitucionalidad, solamente en contra de las decisiones legislativas que no hayan garantizado el derecho a la igualdad en la participación política de las minorías y grupos desaventajados.<sup>10</sup>

Por su lado, la tesis fundamentalista o esencialista sostiene que la rigidez sobre algunos contenidos de la Constitución debe ser absoluta, en la medida en que precautela unas partes mínimas, entendidas como derechos naturales, las mismos que no pueden ser tocados por el procedimiento democrático y, en caso de hacerlo, se estaría actuando de modo moralmente incorrecto (Martí 2006, 289). Otras tesis en esta línea son las defendidas por Ferrajoli y su esfera de ‘lo no decidible’ (Ferrajoli 1999, 24).

Finalmente, la perspectiva de la rigidez entendida como un pre-compromiso adoptado por la comunidad, es asumida por Elster, en cuanto a la idea de que las decisiones constitucionales son producto de reflexiones pausadas y por tanto, deben ser protegidas de los momentos de irracionalidad. Así, el profesor noruego, por medio de la metáfora de Ulises y las sirenas, sostiene que es necesario que una comunidad se contenga hoy en aras de preservar para el futuro sus bienes jurídicos más preciados, que podrían potencialmente ser puestos en peligro en momentos de irracionalidad (Elster 2014, 150ss).

<sup>10</sup> Esta idea ha sido desarrollada por el teórico norteamericano J. H. Ely en su libro *Democracia y desconfianza*, aparecido en 1980. Sobre el particular puede verse el capítulo dos *La constitución procedimental* en Ferreres Comella (1997, 53-75).

## REFORMA CONSTITUCIONAL Y DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA

De lo dicho en el apartado precedente, podemos ver que la idea del establecimiento de unos límites a la actividad del poder de reforma, garantizados por la rigidez constitucional supone, en últimas cuentas, la protección de los grandes acuerdos alcanzados por el poder constituyente en momentos extraordinarios de gran consenso y participación popular, ya sea de modo directo, o por medio de sus representantes; acuerdos que tienen como fin el preservar los derechos fundamentales y la soberanía popular.

No obstante, ¿qué pasaría si cuestionamos su validez, ya sea porque sostenemos que dichos grandes consensos fueron producto de unas élites que no tomaron en cuenta necesariamente la voluntad de las mayorías (Gargarella 2008, 26; Bayón 2003, 218-219) o porque la calidad de la discusión de los momentos constituyentes no fue la esperada a partir de un 'ideal regulativo' como lo es la democracia deliberativa?<sup>11</sup> (Martí 2006, 90-92).

Para explicar los cuestionamientos formulados, comenzaré señalando qué entiendo por élites que no necesariamente ven por los intereses populares. Es harto conocido que el constitucionalismo democrático hizo recién su aparición en la segunda década del siglo XX con la eliminación del sufragio censitario. Es en esa medida en que los primeros textos constitucionales de las nacientes Repúblicas latinoamericanas, cifrados a mediados del siglo XIX, fueron concebidos a partir de un ideal liberal identificado con los intereses de la burguesía, dejando de lado a grandes capas de la población en la construcción de la voluntad pública.<sup>12</sup> La

deliberación, por tanto, en esos contextos históricos era un asunto vinculado a los propietarios, a los mejor posicionados en la escala social.<sup>13</sup>

Si bien lo expuesto hace alusión a una etapa fundadora de nuestras Repúblicas, son innegables los avances que afortunadamente se han producido desde aquellos orígenes, gracias, entre otros hechos, a las luchas de las diferentes reivindicaciones populares, que han conducido a la implantación definitiva del constitucionalismo social y democrático de derecho. Sin embargo, el miedo a que los representantes traicionen el mandato de las mayorías sigue y seguirá latente. Muestra de ello son los distintos medios de participación y control popular establecidos en los actuales marcos constitucionales, tales como la necesidad de que las constituciones que sean aprobadas por las asambleas representativas sean ratificadas en referéndum por el pueblo,<sup>14</sup> o que redunde en términos de legitimidad, a favor de los textos constitucionales que entren en vigencia por estos medios.

En relación al segundo cuestionamiento, relativo a la calidad de deliberación de esos instantes constituyentes, la discusión se pone más compleja, ya por la dificultad de medir en la práctica la riqueza del debate en términos participativos, es decir, si los incontables grupos que coexisten en la comunidad expresaron sus intereses en condiciones de igualdad en la deliberación y fueron, por tanto, atendidos con igual consideración por parte de los representantes y, luego, en cuanto a si la calidad de sus intervenciones fueron lo suficiente justificadas a partir del interés

11 Como antecedente del modelo deliberativo se señala a Habermas y su teoría de la acción comunicativa. Según el autor alemán: "conforme al principio de discurso pueden pretender validez precisamente aquellas normas que pudiesen encontrar el asentimiento de todos los potencialmente afectados si éstos participasen en discursos racionales" (Habermas 2010, 193). Entonces, la idea de la participación informada de los posibles afectados, más la riqueza de la discusión en un proceso libre y abierto sería compartida por los deliberativistas. Sin embargo, en este trabajo nos concentramos en el enfoque deliberativo defendido por Nino, de cuño liberal, para quien, a diferencia de Habermas, los derechos son anteriores al proceso democrático y en esa medida actuarían por utilizar la expresión de Dworkin, como cartas de triunfo frente a las mayorías políticas. En tanto, para Habermas, sostener la existencia de unos derechos anteriores al consenso democrático supone recurrir a un argumento metafísico impropio de la modernidad política, por ello, se decanta por una comprensión de "cooriginalidad" entre los derechos y la democracia, esto es, los primeros actuando como condiciones que permiten la segunda.

12 Por ejemplo, el artículo 12 de la Constitución ecuatoriana de 1830 sostenía que para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía, se requiere: 1. Ser casado, o mayor de veintidós años; 2. Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero; 3. Saber leer y escribir.

13 Se debe señalar que la justificación de aquello tiene raíces en posiciones liberales que precautelaban la independencia que brindaba el ser propietario frente al Estado y al señor feudal, cuestión que no ocurría en el antiguo régimen donde existía dependencia de los no propietarios frente a los propietarios y con ello, no se podía hablar de participación en la vida pública en condiciones de libertad. Incluso republicanistas como Harrington abogaban por la idea de que los ciudadanos debían poseer propiedades, porque en esa medida podían defender mejor los intereses públicos (Benavides 2012, 73).

14 Por ejemplo, el artículo 444 de la Constitución ecuatoriana, prevé dicho requerimiento para que entre en vigencia la Constitución elaborada por una Asamblea Constituyente.

general preservando la imparcialidad, como para ser tenidas en cuenta y ser incorporadas al texto constitucional.

Lo dicho supone que reflexionaré a partir del ideal de la democracia deliberativa, entendiendo por esta al modelo político normativo cuya principal tesis consiste en que las decisiones políticas sean adoptadas mediante un procedimiento de deliberación democrática. Esta es, al mismo tiempo, normativa, en la medida en que no describe la realidad, sino que apela a cómo debería ser la adopción de decisiones en nuestras democracias (Martí 2006, 22). En ese sentido, intentaré en lo que sigue concentrar mi atención en los presupuestos del modelo deliberativo, esto es, la participación de los potencialmente afectados por la decisión y en la calidad de la deliberación.

Para esta finalidad, tomo como ejemplo la enmienda que lleva adelante la Asamblea Nacional del Ecuador,<sup>15</sup> relativa a la modificación constitucional que elimina la prohibición de la reelección indefinida para los cargos de elección popular, incluido el de presidente de la República, modificando los artículos 114<sup>16</sup> y 144<sup>17</sup> de la Constitución. La petición de enmienda la realizaron los asambleístas aduciendo su calidad de legítimos representantes de la soberanía popular, fundamentados en el criterio que dicho cambio debe operar de conformidad a los requisitos y procedimientos establecidos en el artículo 441, que regula la enmienda de la Constitución.<sup>18</sup> Así sostiene que:

Uno de los derechos garantizados a las y los ecuatorianos es elegir y ser elegido, como estipula el artículo 66 numeral 1 de la Carta Suprema. La elección y posterior reelección es el derecho que le asiste a la ciudadanía para volver a elegir a través del sufragio a quien ha ejercido alguna función pública con anterioridad. La reelección asegura la continuidad de políticas públicas y una mayor responsabilidad y compromiso de la gestión gubernamental, contribuyendo a una mayor estabilidad económica, política y social. Asimismo, promueve que en un ejercicio democrático, sea el pueblo el que decida con toda libertad los mandatarios idóneos para cumplir las funciones determinadas en la Carta Suprema (Dictamen 001-14-DRC-CC, considerando n.4, 3).<sup>19</sup>

Como se puede observar, los argumentos expuestos por los asambleístas son escuetos y no dan buenas razones para sostener la importancia del cambio que están proponiendo, debido a que no se trata de una tesis producto de un amplio acuerdo nacional, a favor de la eliminación de la prohibición de la reelección indefinida para todos los cargos de elección popular, incluido el presidente de la República. No se debe olvidar en el marco de esta reflexión que el ideal deliberativo supone no sólo la toma de una decisión como tal, sino también la riqueza de la discusión que precede a dicha toma de decisión. En tal sentido, se acude a un rebuscado argumento que precautela el

15 El cambio en cuestión se inscribe dentro de un paquete amplio de modificaciones a la Constitución, impulsado por la Asamblea Nacional; modificaciones que apuntan a cambiar asuntos relativos a las garantías y derechos constitucionales, a las funciones de las Fuerzas Armadas y al régimen de competencias de los gobiernos seccionales.

16 Señala: "Las autoridades de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo. Las autoridades de elección popular que se postulen para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan".

17 Señala: "El período de gobierno de la Presidenta o Presidente de la República se iniciará dentro de los diez días posteriores a la instalación de la Asamblea Nacional, ante la cual prestará juramento. En caso de que la Asamblea Nacional se encuentre instalada, el período de gobierno se iniciará dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la proclamación de los resultados electorales. La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto por una sola vez..."

18 El artículo 441 establece: "La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional". Esta pretensión de la legislatura fue validada por la Corte Constitucional, la misma que, según el artículo 443 de la Constitución, es el órgano encargado de determinar cuál de los procedimientos -enmienda, reforma parcial, Asamblea Constituyente- es el que se debe seguir para su modificación. De ahí que el dictamen emitido por el órgano de control constitucional que da luz verde para modificar por enmienda la eliminación de la reelección sin límite, no contribuye a la deliberación previa a la decisión reformativa.

19 Asimismo es pertinente señalar que en este dictamen la pretensión legislativa fue aceptada por la Corte Constitucional ecuatoriana. Si bien el análisis de la decisión constitucional referida nos tomaría la realización de otro escrito, en consonancia a la línea deliberativa expuesta en este trabajo, podemos decir con Gerardo Pisarello que, la Corte, al fallar como lo hizo, no observó una justificación lo suficientemente razonable en términos de una ética comunicativa que supone la incorporación de criterios de imparcialidad, universalidad, de la mejor argumentación en relación a los principios constitucionales; medidas que en últimas cuentas pretenden evitar la discrecionalidad en sus actuaciones judiciales (Pisarello 2001).

derecho de elegir y ser elegido, olvidando con ello el modelo por el cual el constituyente en su momento se decantó, esto es, la prohibición de dicha posibilidad.

Lo expuesto da la impresión de que el órgano legislativo al sostener el mecanismo para llevar adelante la eliminación de la prohibición de reelección, por más de una ocasión, pasa por alto lo dispuesto en el artículo 427 de la Constitución, relativo a su interpretación sistemática, parece obviar lo señalado en los artículos 1 y 95 de dicha Norma Fundamental, los mimos que son alusivos al carácter de Estado constitucional, en donde la soberanía radica en el pueblo y es ejercida de modo compartido por los órganos del poder público y por las formas de participación directa y sus principios establecidos en la Constitución.

Por lo tanto, el hecho de tramitar la modificación de modo exclusivo a través de la Legislatura como poder constituido, supone un gran déficit en términos de legitimidad democrática, en la medida en que los posiblemente afectados con la decisión -la comunidad ecuatoriana en su conjunto- no tendrán la última palabra sobre la conveniencia o no de tal resolución, yendo en tal virtud, más allá de un simple cambio que podría procesarse por una enmienda constitucional contemplada en el artículo 441 del texto fundamental.

En consecuencia, sostengo que el mecanismo más apropiado hubiera sido el establecido seguidamente en el artículo 442,<sup>20</sup> que regula la reforma parcial, que entre sus características cuenta con la capacidad de sintetizar la opinión de los representantes, ya que siempre debe mediar el tratamiento de la Asamblea Nacional y luego la ratificación popular a través de referéndum.

Es importante enfatizar que la prohibición de la reelección aparece como una limitación autoimpuesta

por el pueblo, por medio del referéndum aprobatorio de la Constitución del año 2008. Sin embargo, se puede discutir también si aquella ocasión fue un proceso deliberativo o tan solo una mera agregación de preferencias ya constituidas. No se debe olvidar que la deliberación apunta precisamente a la constitución de las preferencias como fruto del diálogo en condiciones de igualdad, libertad y libre información que deben existir en una sociedad plural y democrática, por lo cual me inclino a pensar que fue más agregativo que deliberativo.<sup>21</sup> De tal suerte, si bien se hizo un importante esfuerzo socializador sobre la importancia de los cambios constitucionales que traía aparejada la nueva Constitución, dicha socialización respondió más a una suerte de agregación de preferencias individuales y grupales -muchas de ellas legítimas por demás- que a la idea de un amplio diálogo que habría permitido generarlas.

Por otro lado, está la objeción al hecho de si la población conocía la Constitución que estaba votando. De ahí, algunas de las críticas que se hacen al modelo deliberativo apuntan a su raigambre elitista que determina la idea de un específico tipo de discurso fundamentado en una razón universal y neutral, la cual si bien logra eliminar la influencia política y económica, olvida el aspecto social y cultural, lo que potencialmente excluye de la participación a sectores de la población que no conocen las premisas sobre las que se edifica la discusión. Así, se silencian otros discursos a partir de “la fuerza del mejor argumento” (Young 2000, 44).

Sin embargo, creo que ese defecto de origen, es decir, la carencia de calidad en la deliberación, podía ser subsanado, por ejemplo, en posteriores procesos de modificación constitucional como el de 2011 o el que se tramita actualmente, siempre y cuando se parta de la premisa de alimentar el diálogo público sustentado en la participación informada de todos los miembros de la comunidad, y con ello que los intereses

20 El artículo 442 señala: “La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.”

21 Los oponentes a las lógicas participativas directas sostienen que muchas de las veces se trata de la intervención de ciudadanos comunes que no están lo suficientemente informados e intelectualmente preparados para entender los temas complejos que involucran esas decisiones; por tanto sus opiniones son frecuentemente manipuladas por grupos con acceso a medios y recursos económicos a través de campañas de propaganda (Nino 1996, 206-207).

expresados en dicha discusión sean tomados en cuenta a la hora de decidir.

Entonces, si la falta de deliberación nos puede conducir a cuestionar la legitimidad de unas decisiones del constituyente originario, dicha carencia se encontrará también en relación al poder constituido de reforma, toda vez que en este caso, la modificación en cuestión no ha respondido a una preocupación que haya movilizadado a una ciudadanía informada, ni tampoco pasará por su refrendación para entrar en vigencia.

Debemos tener presente que la legitimidad, tanto de los límites de la reforma constitucional como de la rigidez que los resguarda, radica en el consenso popular que exista sobre ellos, siendo la manera más idónea de llegar a dichos consensos la justificación motivada e imparcial que hagan los participantes en esos procesos de discusión colectiva o, lo que es lo mismo, que los límites constitucionales obligan su observación por encontrarse edificados sobre el principio democrático; principio que solamente puede ser entendido desde la perspectiva dialógica como auténticamente democrático si cuenta con la participación de los posibles afectados, exponiendo en condiciones de igualdad sus mejores razones del porqué de una decisión desde su fase de formación.

En suma, recogiendo la clasificación de los límites a la reforma que expusimos más arriba, sostengo que la prohibición de la reelección indefinida supone un límite autónomo, explícito y no absoluto, como consecuencia de ser interno; esto es, establecido por el constituyente originario y contenido taxativamente en los artículos 114 y 144 de la Constitución, y no un límite absoluto, en la medida en que no constituye una cláusula pétreas, puesto que puede ser modificado por el procedimiento de reforma parcial del artículo 442.

De lo dicho se puede inferir que la propuesta de enmienda constitucional de iniciativa del Legislativo se aleja de los postulados contemplados en los artículos 1 y 95 de la Constitución ecuatoriana,

relativos a los principios del modelo democrático participativo, que promueven una ciudadanía deliberante, comprometida con los asuntos políticos de la comunidad. En consecuencia, el cambio propuesto no persigue mejorar la calidad de nuestras instituciones de gobierno, mejorar la calidad de nuestra democracia o ampliar el catálogo de derechos.<sup>22</sup>

Lo afirmado tampoco supone que consideremos que las mayorías no se equivocan. Como lo señala Nino, sería un absurdo sostener el *vox populi, vox dei*.<sup>23</sup> Es más, es posible que en la mayoría de las veces en que se han utilizado este tipo de instrumentos directos, la voluntad popular haya sido manipulada, alejándose de la premisa normativa que señala la imparcialidad en la toma de decisiones, precautelando en consecuencia que no existan grupos que se beneficien en detrimento de otros. Aun así, el pueblo como soberano tiene el derecho a equivocarse y a desligarse de cualquier posición protectora que vaya en detrimento de su autonomía pública (Martí 2006, 290). O dicho de otro modo, es preferible o es el mal menor en términos de legitimidad, que el soberano se equivoque directamente a que lo haga con la intermediación de un pequeño grupo de legisladores o jueces, lo que como lo ha demostrado la experiencia, ha ocurrido con frecuencia.

No obstante, es necesario buscar nuevas formas de potenciar los instrumentos de democracia directa, acercándolos al ideal regulativo que supone la democracia deliberativa. En ese sentido, de entre las ideas que se esgrimen, aparecen las precursoras en la utilización de nuevas tecnologías interactivas como las redes virtuales para incrementar el intercambio entre los líderes políticos y los ‘ciudadanos de a pie’, pero su efectividad a gran escala aparece como un asunto discutible (Nino 1996, 211).

Ante ese estado de cosas, comparto la idea de Nino de caminar hacia un proceso de descentralización política que geste unidades políticas lo suficientemente pequeñas para viabilizar la deliberación colectiva cara a cara, señalando incluso que temas complejos de la

<sup>22</sup> Como excepción podríamos señalar el cambio que abre la posibilidad de que las personas de 30 años puedan competir por la presidencia de la República.

<sup>23</sup> La voz del pueblo es la voz de Dios (Nino 1996, 181). En relación a como los procesos de democracia directa en América Latina han redundado en beneficio del *statu quo* y de lógicas conservadoras, véase Grijalva (2012, 57).

agenda nacional, tales como los servicios sociales y educativos, los impuestos, las leyes penales, o las reformas constitucionales puedan ser trasladados a

estas pequeñas unidades, de modo que los afectados puedan discutirlos (Nino 1996, 212).

## CONCLUSIÓN

Como ha sido expuesto, la vinculación entre reforma constitucional, límites y deliberación posibilita comprender a la Constitución en su unicidad; en consecuencia, la reforma constitucional adecúa la norma suprema con la realidad, precautelando en todo momento que en dicha adecuación se respeten los derechos fundamentales de las personas, que actúan como límites al poder político.

Los derechos, en este sentido, no son comprendidos como un límite de estirpe iusnaturalista, sino que son el resultado de los grandes momentos de deliberación pública, expresión de la soberanía popular; en ello radica precisamente su legitimidad y obligatoriedad.

Ahora bien, la deliberación entendida como democracia deliberativa consiste en un ideal

regulativo que persigue el perfeccionamiento del sistema representativo; pero al ser un ideal, requiere de una serie de condiciones como la pluralidad, la información y discusión pública, la igualdad y la libertad para poder efectivizarse en la práctica; de ahí que dependerá de los esfuerzos que haga cada comunidad el acercarse o no a las condiciones ideales.<sup>24</sup> Por ello, el ideal regulativo se trataría de un asunto gradual.

En consecuencia, en Ecuador la eliminación de la prohibición de reelección indefinida para las autoridades de elección popular, incluido el presidente de la República, a través de la enmienda constitucional que actualmente se tramita en sede legislativa, no hace más que alejarnos del modelo ideal deliberativo.

<sup>24</sup> En ese sentido Mauro Barberis sostiene que la democracia deliberativa es proclive a echar raíces en lugares donde las instituciones constitucionales y democráticas se encuentren sólidas, lo que implica entonces, que se pondría en tela de duda su operatividad en contextos como los latinoamericanos en donde no existe una tradición de respeto a las instituciones (Barberis 2003, 269).

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce. 1991. *We the people: I. Foundation*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press.
- Alález Corral, Benito. 2000. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Madrid: CEPC.
- Aragón, Manuel. 1989. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos.
- Barberis, Mauro. 2003. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. En *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (ed). Madrid: Trotta.
- Bayón, Juan Carlos. 2003. Constitución, derechos y democracia. En *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta.
- Benavides Ordóñez, Jorge. 2012. *Los derechos humanos como norma y decisión*. Quito: Centro de Estudios/Corte Constitucional del Ecuador.
- Cicconetti, Stéfano María. 1972. *La revisione della costituzione*. Padova: CEDAM.
- De Cabo, Carlos. 2003. *La reforma de la Constitución desde la perspectiva de las fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta.
- De Vega, Pedro. 1985. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Elster, Jon. 2014. *Ulises y las sirenas*, 4ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, Luigi. 2003. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferreres Comella, Víctor. 1997. *Justicia Constitucional y democracia*. Madrid: CEPC.
- Gargarella, Roberto. 2008. Constitucionalismo vs. Democracia. En *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I Democracia, Roberto Gargarella (coord.). Buenos Aires: Abeledo Perrott.
- Grijalva, Agustín. 2012. Derechos humanos y democracia: tensiones y complementariedades. En *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Cedec/ Corte Constitucional del Ecuador.
- Habermas, Jürgen. 2010. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Martí, José Luis. 2006. *La república deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, Carlos Santiago. 1996. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Pérez Royo, Javier. 2007. *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª edición. Madrid: Marcial Pons.
- , 1992. Del Derecho Político al Derecho Constitucional: Las Garantías Constitucionales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 12.
- , 1986. La reforma de la Constitución. *Revista del Departamento de Derecho Político*, 22.
- Pisarello, Gerardo. 2001. Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 4. Disponible en: <http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>. Consultado el 22 de septiembre de 2014.
- Schmitt, Carl. 2011. *Teoría de la Constitución*, versión española Francisco Ayala. Madrid: Alianza.
- Young, Iris Mary. 2000. La democracia y 'el otro': más allá de la democracia deliberativa. *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, 1. Disponible en [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n5N1-2000/051Juridica03.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica03.pdf). Consultado el 20 de noviembre de 2014.

### Sentencias.

Corte Constitucional Ecuador, Dictamen No. 001-14-RC.

# NUEVO CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL

## NEW CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY AND JUDICIAL INDEPENDENCE

### NOVO CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

*Agustín Grijalva\**

*Universidad Andina Simón Bolívar*

Recibido: 02/04/2015

Aceptado: 15/05/2015

#### **Resumen:**

En el presente ensayo se articulan reflexiones relativas a la democracia y la independencia judicial en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. La primera parte este análisis es principalmente conceptual y busca alentar una discusión académica que apoye la reflexión sobre las relaciones entre democracia e independencia judicial. En una segunda parte, y en base a estos postulados conceptuales, hago referencia a la experiencia política reciente en los casos de Ecuador y Argentina en relación a reformas constitucionales o legales a los procedimientos de integración de los Consejos de la Judicatura, como ejemplos de la problemática sobre independencia judicial que hoy confronta la región.

**Palabras clave:** Juez; Neoconstitucionalismo; Democracia; Judicatura.

#### **Abstract**

The paper incorporates ideas and thoughts around democracy and independence of the judiciary in Latin American Neoconstitutionalism. The first section is mainly conceptual, and intends to foster an academic discussion that may support debate on the connection between democracy and the independence of the judiciary. The second section the author uses the concepts stated in section one to study the cases of Ecuador and Argentina, with regards to constitutional and legal reforms that gave birth to the Judiciary Councils, and analyses the issues they may pose to achieve an independent judiciary in the region.

**Key words:** Judiciary; Judge; Independence; Neoconstitutionalism; Democracy.

#### **Resumo**

No presente ensaio se articulam reflexões relativas à democracia e a independência judicial no novo constitucionalismo latino-americano. A primeira parte desta análise é principalmente conceitual e busca incentivar a discussão acadêmica que respalde reflexão sobre as relações entre democracia e independência judicial. A segunda parte, que se baseia nestes postulados conceituais, faz referência a experiência política recente nos casos do Equador e Argentina com relação a reformas constitucionais ou legais aos procedimentos de integração dos Conselhos da Magistratura, como exemplos da problemática sobre independência judicial que hoje enfrenta a região.

**Palavras chave:** Juiz; Novo Constitucionalismo; Democracia; Magistratura.

\* Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; Máster en Ciencias Políticas, University of Kansas, Lawrence; PhD en Ciencia Política, University of Pittsburgh. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

## NUEVO CONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo,<sup>1</sup> como se sabe, es una categoría teórica de origen europeo que hace relación a constituciones densas en derechos y garantías (Ahumada 2009). Este es el rasgo fundamental que esta tendencia constitucional comparte con el nuevo constitucionalismo latinoamericano y que trae aparejadas específicas, y diríamos que necesarias, consecuencias institucionales tales como el fortalecimiento de los jueces y en particular de las cortes constitucionales.

Sin embargo, hay otros aspectos que constituyen características propias e importantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano, tales como el fortalecimiento de la participación política, la preocupación por la igualdad y la diversidad, los derechos sociales y colectivos, la regulación constitucional de la economía, la apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el laicismo (Uprimny 2011).

En casos como los de Ecuador y Bolivia estas particularidades se acentúan en vista de la inclusión en los textos constitucionales de principios como el de Estado Plurinacional, el de democracia comunitaria o el de Derechos de la Naturaleza. Estas preocupaciones propias del nuevo constitucionalismo latinoamericano pueden resumirse en un interés por la democracia entendida más allá de las elecciones, en sus dimensiones política, cultural y económica.

Las diferencias entre neoconstitucionalismo europeo y nuevo constitucionalismo latinoamericano no son casuales. El nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene raíces propias en las corrientes constitucionales de democracia radical que se desarrollaron en el continente (Gargarella 2004). El interés por la democracia ha sido una constante en las sociedades latinoamericanas, marcadas fuertemente por la exclusión y la desigualdad. La preocupación por los derechos sociales, por ejemplo, nos remite a múltiples constituciones latinoamericanas que los desarrollaron en las primeras décadas del siglo

veinte, entre las cuales destaca, por supuesto, la Constitución mexicana. La necesidad de pensar nuevos modelos de constitución económica y un Estado plurinacional, expresan nuestra experiencia histórica colonial y la lucha de los pueblos indígenas.

Entre los rasgos definitorios de este nuevo constitucionalismo, como se dijo, debe incluirse la atención a la independencia de los jueces. Esta, por supuesto, vista aisladamente y en abstracto, no es una de las temáticas más originales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, puesto que el neoconstitucionalismo y el garantismo europeos dan también gran importancia al fortalecimiento e independencia de los jueces. Sin embargo, si relacionamos esta orientación sobre los jueces en las constituciones latinoamericanas con las demás orientaciones antes expresadas, y la contextualizamos históricamente, veremos que adquiere una dimensión particular para nuestra región.

En efecto, la búsqueda de más independencia para los jueces en América Latina en la presente etapa se produce en sistemas políticos y jurídicos que contienen diseños institucionales que pretenden, como se mencionó, profundizar la democracia y compaginar la igualdad y la diversidad mediante el efectivo ejercicio de una amplia gama de derechos no sólo individuales sino sociales y colectivos.

En la práctica, sin embargo, muchos jueces y tribunales en varios países latinoamericanos se hallan inmersos en las tensiones y presiones políticas generadas por las tendencias modernizadoras de gobiernos autoritarios. Mientras esta modernización apunta positivamente a un ejercicio más efectivo de los derechos sociales, el autoritarismo concentra poder y restringe la democracia política.

Es en medio de este contradictorio contexto político e institucional que la teoría constitucional latinoamericana debe reflexionar sobre el sentido de la independencia judicial ¿Qué implica ser juez en

<sup>1</sup> En realidad este es un término algo equívoco porque en tanto teoría, hace referencia a asuntos y enfoques muy dispares y a veces hasta contradictorios. Puede ser mejor entendido como un conjunto de críticas y debates surgidos en la Teoría del Derecho en relación al positivismo jurídico y el constitucionalismo clásicos.

América Latina cuando las constituciones establecen y protegen tantos derechos, cuando los gobiernos desarrollan legislación y políticas públicas que generan importantes cambios, no siempre positivos?

Por otra parte, en el caso latinoamericano destaca el hecho de que el tratamiento de esta independencia se refiere a todos los jueces: los ordinarios, los constitucionales y los electorales. Así mismo, está la experiencia de los consejos de la judicatura en la región, en los cuales no es raro encontrar la confusión entre funciones disciplinarias y administrativas, que les son propias, y las de orden jurisdiccional, que les son ajenas. Este no es un tema menor en una región caracterizada por una fuerte dependencia de los jueces del ejecutivo y/o el legislativo, de los

jueces de mayor jerarquía, y de los grupos de presión económica, política y mediática.

Son tales desafíos que este constitucionalismo latinoamericano plantea a los jueces en la región, lo que amerita una reflexión sobre el tipo o paradigma de juez que correspondería a este horizonte. También es necesario, para no caer en el formalismo, contrastar y entender este paradigma a partir de las condiciones históricas y actuales que afrontan estos jueces. Finalmente, habrá que identificar cuáles son los caminos a seguir para transitar desde el presente hacia ese paradigma. En este ensayo nos avocamos a ofrecer algunos elementos, aunque iniciales, en esta dirección.

## DEMOCRACIA

Si el nuevo constitucionalismo latinoamericano se caracteriza, al menos formalmente, por una alta densidad en derechos operando en una democracia más profunda, el desafío para los jueces latinoamericanos ciertamente es redimensionar su labor en este nuevo contexto constitucional.

Pero el problema de entrada es, al menos, caracterizar de qué tipo de democracia estamos hablando, puesto que por su propia naturaleza este es un concepto definido de muy variadas formas, dependiendo de la posición política que se adopte. Es claro, en todo caso, que la democracia definida en las nuevas constituciones latinoamericanas va más allá de la democracia representativa, pero la incluye. Es más, la propia democracia representativa viene, desde las reformas constitucionales de los años noventa, a ser redefinida en la región mediante la incorporación de formas de democracia directa y semidirecta, u otros mecanismos de participación que incluyen el referéndum, el plebiscito, la revocatoria del mandato o la iniciativa legislativa.

Estos mecanismos, aunque potencialmente pueden enriquecer la democracia representativa, no deben ser tomados sin beneficio de inventario. Nuria Cunill<sup>2</sup> ha sistematizado y analizado múltiples casos de América Latina y de otras partes del mundo, en que las expresiones supuestamente mayoritarias o participativas han servido no para transformar relaciones de poder y redistribuir recursos más igualitariamente sino para legitimar el *statu quo*, e incluso facilitar reformas conservadoras.

De hecho, durante los años noventa del siglo veinte las reformas constitucionales que en América Latina introducen mecanismos de participación directa coinciden con los procesos de reducción del Estado y transferencia de sus recursos y competencias al sector privado. Y es que en muchas ocasiones la participación ciudadana ha sido reducida a un mecanismo puramente funcional, a las necesidades de información y gestión de la burocracia o a las necesidades de control corporativista de gobiernos populistas y autoritarios, e incluso de dictaduras.<sup>3</sup>

2 Sobre las reformas constitucionales en los noventa en América Latina, Cunill destaca que: "las reformas recurrentes se orientan a la introducción de las figuras de la iniciativa popular en la formación de las leyes y del referéndum en el nivel nacional, concebidos como derechos políticos de participación ciudadana. La Constitución de Argentina, reformada en agosto de 1994, incluye ambas figuras como derechos, y así también ocurre en las nuevas constituciones de Perú (septiembre de 1993), y de Colombia (octubre de 1991). Previamente habían sido incorporadas en la Constitución de Brasil, promulgada en Octubre de 1988" (Cunill 1997).

3 Un ejemplo muy claro de lo primero es el caso del gobierno de Fujimori, mientras que la segunda situación es ejemplificada bien por el gobierno de Pinochet. Ambos, en mayor o menor medida, apelaron a la participación de la sociedad civil como una justificación de procesos de privatización y desmantelamiento del Estado.

Se trata en todos estos casos de los riesgos de una democracia plebiscitaria o de la manipulación de la democracia.

En todo caso, el desarrollo constitucional de esta gama más amplia y compleja de mecanismos democráticos tiene consecuencias para los jueces de la región, tales como el desarrollo de tribunales especializados en materia electoral, la inclusión de la reformas judiciales como tema de referéndums, plebiscitos y debate público. Por otra parte, si el nuevo rol de los jueces latinoamericanos es fundamentalmente ser garantes de derechos constitucionales, cabe preguntarse si esto es posible y deseable, y qué consecuencias pueden y deben tener para una democracia más radical en la región.

Quizá una forma provocadora de iniciar el debate sobre la relación entre democracia y jueces, es preguntarse qué tan pertinente resulta entre nosotros la crítica contra-mayoritaria que aqueja a la legitimidad de los jueces constitucionales y a veces a los ordinarios en otras latitudes. Recordemos que el problema contra mayoritario tiene que ver con el cuestionamiento a la legitimidad de unos funcionarios, los jueces, que no han sido electos y que en ocasiones, a nombre de la Constitución y argumentando defender derechos, deciden en contra de lo determinado en la ley o lo expresado de otra forma por la mayoría de ciudadanos.

Esta discusión parecería más relevante, o al menos más práctica, en sistemas donde los jueces tienen mucho más poder. Pero en la mayoría de los países de América Latina, donde la independencia de los jueces está disminuida por presión de las otras funciones del Estado, el plantearse los riesgos de un gobierno de los jueces parecería más bien un ejercicio puramente académico. Sin embargo, esta discusión es relevante por otras razones y para otros propósitos. Es un debate que nos puede ayudar a imaginar nuevos tipos de jueces, nuevas formas de ser juez en América Latina. Para comenzar, quizá hay que ajustar la pregunta que sirve de base al debate, puesto que cuando se cuestiona cómo es posible que autoridades públicas no electas, como los jueces, invaliden decisiones de la mayoría democrática, se está sugiriendo que entre los jueces y la mayoría

democrática o sus representantes hay un conflicto irresoluble o al menos total de incomunicación, y que alguien tiene que tener la última palabra.

No obstante, estimo que lo inherente a una concepción dinámica y deliberativa de democracia es que en ella nadie tiene la última palabra, pues la democracia es debate permanente. Incluso lo que decide una mayoría coyuntural, por ejemplo, al reformar una ley mediante un plebiscito, puede y debe ser discutido, pues desde el propio punto de vista democrático puede ser contrario a lo que ha decidido antes una mayoría constituyente al dictar una constitución.

Además, las decisiones de la mayoría al expresarse en leyes o constituciones tienen inevitablemente que interpretarse. Este es un trabajo insoslayable para jueces, abogados y, lo que es más importante, para los propios ciudadanos y sus organizaciones cuando entran en conflicto entre sí o con el Estado y recurren a los jueces. En un proceso judicial hay interpretaciones encontradas entre las partes que reclaman su derecho y es el juez el que debe examinar este debate para dilucidar la solución.

La interpretación jurídica, por tanto, es o debe ser también, al final, una continuación de la discusión sobre el sentido querido por la mayoría en una ley o en la Constitución. Es por esta razón que el proceso judicial debe también ser deliberativo. Notemos que el debido proceso constitucional que debe encauzar a todo debido proceso es finalmente una estructura deliberativa que busca apoyar la búsqueda de una interpretación jurídica basada en las mejores razones y valores para tomar una decisión (Bernal Pulido 2005).

Justamente por este motivo no es admisible el planteamiento de Ferrajoli (2011), en cuanto a conceptualizar los derechos constitucionales como límites estáticos a la democracia, como aquello sobre lo que no se discute. Los derechos, como las leyes, son permanentemente objeto de interpretación, aunque existan consensos básicos o interpretaciones predominantes sobre parte de su contenido, a lo cual la teoría constitucional ha llamado núcleo o contenidos mínimos de los derechos. Hay también siempre zonas de penumbra normativa, hechos

polémicos, casos difíciles e interpretaciones axiológicas disímiles que vuelven la discusión no sólo ineludible sino necesaria.

En efecto, el planteamiento de Ferrajoli de los derechos como aquello que no se discute, sugiere una suerte de clausura o congelamiento del contenido de cada derecho en el momento constituyente. Es decir, una vez positivizado un derecho, éste no podría ser objeto de ulteriores definiciones, a efectos de que pueda actuar como un límite efectivo contra la eventual arbitrariedad de una mayoría.

Sin embargo, me parece que esto no es lo que observamos en la práctica. Una vez establecido un derecho constitucional, éste es objeto de regulación, previa interpretación, mediante la tarea legislativa; es también objeto de interpretación por parte de las autoridades públicas que según el propio Ferrajoli deben ser los garantes primarios de la Constitución. También los ciudadanos, al exigir o reclamar este derecho, deben precisar el alcance de su sentido.

Finalmente, si las garantías primarias no funcionan, el derecho deberá ser interpretado por los jueces ordinarios y luego por los constitucionales. En otras palabras, legisladores, autoridades públicas, jueces, abogados y, lo que es más importante, en general los propios ciudadanos titulares de tales derechos, continúan realizándole interpretaciones.

Este proceso de subsecuentes interpretaciones es, además, ineludible desde un punto de vista hermenéutico porque una misma norma registra cierta variación de sentidos al contrastarse con numerosas y heterogéneas situaciones fácticas. En otras palabras, no es sólo que los hechos se interpretan conforme a las normas sino que las normas mismas se interpretan conforme a los hechos, y estos, a veces, son heterogéneos, complejos y dinámicos.

Por supuesto, estas diversas interpretaciones no tienen igual valor, función o influencia. Así, por ejemplo, el legislador tratará de acotar el margen de interpretación de la autoridad pública; la interpretación de la Corte Constitucional resguardará, en su criterio, el sentido correcto de la Constitución frente a la legislación y frente a las decisiones judiciales.

Las interpretaciones doctrinales sólo tendrán la fuerza de su razonabilidad, mientras que las de los ciudadanos en general dependerán de cómo los procesen los canales institucionales o directamente de su fuerza política para promoverlas o imponerlas.

La multiplicidad de posibles interpretaciones de una misma norma tampoco implica que todas tengan igual calidad técnico-jurídica, o que todas sean conformes a la Constitución y a la propia ley. Por el contrario, fuera del rango de interpretaciones plausibles, o al menos aceptables, siempre hay otras forzadas e inconstitucionales de las cuales con frecuencia echan mano los gobiernos autoritarios.

De forma opuesta a la discusión democrática, un régimen autoritario tratará de controlar y unificar la interpretación de los derechos constitucionales y de la Constitución en general. En este esfuerzo, buscará controlar a los jueces, lo cual se concreta en el control del poder interpretativo de los mismos. Un régimen autoritario instrumentalizará el control constitucional a efectos de que la Corte Constitucional legitime sus decretos y su legislación incluso cuando lesione claramente derechos.

En definitiva, el postulado que quisiera plantear para el debate es el de que un juez democrático es aquel que en su trabajo interpretativo respeta y hace respetar las condiciones de igualdad de la discusión; aquel que escucha y dialoga con las partes involucradas, y extiende ese diálogo a la serie de discusiones que se producen en la doctrina, la jurisprudencia, la opinión pública y otros discursos relevantes para la adopción de una decisión. Incluso la propia sentencia puede ser objeto de nuevas deliberaciones mediante recursos de apelación o revisión de constitucionalidad.

En otras palabras, hay un proceso permanente de construcción de sentidos de los derechos y de la ley que se inicia una vez que ésta es promulgada. En este proceso los jueces juegan un rol crucial pero ello no implica, o al menos no debe implicar, una clausura de la construcción democrática de estos sentidos. Por el contrario, los jueces deben atender en su interpretación a estos sentidos democráticos (Nino 2005).

## LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO PARADIGMA Y COMO PRÁCTICA POLÍTICA

Generalmente se conceptúa la independencia judicial desde un punto de vista normativo (lo que debe ser) o desde un enfoque empírico (lo que en la realidad es). En lo que sigue se desarrollan algunos

elementos propios de cada enfoque, puesto que una visión más integral e integrada de la independencia judicial requiere justamente la confluencia de ambas perspectivas (Linares 2003).

### LA INDEPENDENCIA JUDICIAL NORMATIVA

La importancia de los jueces en general y de los jueces constitucionales en particular no puede ser examinada sin considerar sus relaciones con las demás funciones del Estado. En efecto, mayor presencia política de los jueces no significa necesariamente mayor independencia.

Es cierto que en América Latina los jueces vienen adquiriendo mayor protagonismo político durante los últimos años, pero a pesar de ello, o quizá justamente por ello, asistimos también a lo que se ha denominado una 'politización de la justicia'.

La 'politización de la justicia' no significa, y no podría significar, que la justicia o los jueces antes no eran políticos y ahora lo son, puesto que por su propia naturaleza los jueces siempre han sido y serán actores políticos, en tanto portadores de expresión y ejercicio de poder. Lo que queremos decir cuando hablamos de 'politización de la justicia' es que se la está manipulando o instrumentalizando por parte del gobierno de turno, de ciertos partidos o sectores políticos, y que, al menos desde un punto de vista normativo, consideramos que tal proceso es negativo en tanto distorsiona gravemente las funciones que son propias de los jueces. En definitiva, los jueces son y pueden ser actores políticos, pero esta calidad de actores implica la capacidad de adoptar autónomamente sus propias decisiones, especialmente decisiones de cómo interpretar y aplicar la ley y valorar los hechos en un caso concreto.

Esta autonomía, por supuesto, no significa autarquía. No implica que los jueces estén aislados de los procesos e incluso de las presiones políticas, o que ellos mismos no tengan posiciones políticas. Significa, simplemente, que su cargo o su carrera no deben depender primaria e inmediatamente del sentido de sus sentencias y que, justamente por ello, sus propias posiciones políticas pueden expresarse legítimamente en su interpretación profesional de la ley.

Es a esta condición de actor político por propio derecho, el cual puede interpretar la ley conforme a sus propias opciones hermenéuticas sin sufrir retaliaciones políticas, a la que podemos denominar 'independencia judicial' desde un constitucionalismo crítico. En otras palabras, los jueces son independientes porque son actores políticos que pueden decidir por sí mismos, y la politización de la justicia es contraria a su independencia porque implica que otros decidan por ellos, aunque usándolos.

Esta clarificación de las nociones de independencia judicial y politización de la justicia son importantes porque de otro modo, al usarlas, pueden adoptarse inconscientemente premisas positivistas por las cuales los jueces deben o pueden ser totalmente asepticos desde el punto de vista político. En tal sentido, la independencia consistiría en tal asepsia.

### LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EMPÍRICA

Los estudios empíricos de políticas judiciales revelan que si bien desde el punto de vista normativo podemos distinguir de forma dicotómica entre independencia y dependencia judicial, en la práctica

institucional hallamos muy distintos tipos de jueces, e incluso distintas formas de actuación de un mismo juez.

En efecto, hay jueces alineados en términos político-partidarios que superponen las necesidades y estrategias partidistas a la lógica del Derecho; hay jueces profesionales que privilegian la institucionalización de la Función Judicial y la interpretación profesional de la ley; hay otros jueces que privilegian el avance de sus carreras y ponen en función de tal avance sus decisiones (Helmke 2002). Pero todos estos son, en alguna medida, tipos ideales de jueces, que dan cuenta del predominio de cierta lógica, puesto que incluso el mismo juez puede actuar de diverso modo frente a diversos casos y en diversos momentos políticos.

Por otra parte, el mismo juez puede, por ejemplo, actuar como un juez profesional en un caso no sometido a ninguna presión política o mediática y asumir una posición políticamente estratégica en otro caso sometido a tales presiones.

La misma variabilidad puede predicarse a nivel agregado de una corte o tribunal, institución que en realidad puede funcionar a diversos niveles, desde aquellos en que predominan las consideraciones técnico-jurídicas hasta aquellos en que predominan

las consideraciones políticas, incluso coyunturales y partidistas (Grijalva 2010).

Esta complejidad empírica nos lleva necesariamente a una concepción gradualista de independencia judicial. Bajo tal perspectiva los jueces no son simplemente independientes o dependientes, sino que son independientes o dependientes en mayor o menor grado.

Los jueces más independientes serán aquellos que con mayor frecuencia e intensidad se aproximen al referente normativo de independencia que expusimos con anterioridad. Los jueces menos independientes serán aquellos que se ubiquen más lejos de ese horizonte normativo.

De esta forma, el enfoque normativo y el empírico se complementan. El enfoque normativo opera como parámetro u horizonte de la condición empírica, proveyéndole de sentido u orientación. A su vez, el enfoque empírico complejiza al normativo, evidenciando a este último como un binomio de polaridades situadas a los extremos de un *continuum*.

## IMPORTANCIA PARA LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

La teoría constitucional, por supuesto, se ubica en la dimensión normativa en relación a la independencia judicial, pero no debe serle ajena la dinámica y complejidad empírica develada por los estudios políticos, pues sin tales consideraciones puede reducirse a un acendrado formalismo.

De hecho, en Latinoamérica un problema frecuente en la mayoría de países es la distancia o contraste entre lo que normativamente entendemos por independencia judicial y la realidad de los jueces y el sistema judicial. Por un lado, las constituciones garantizan la independencia de los jueces mientras por otro, los diseños institucionales para su designación, promoción y remoción, y la propia práctica política, tienden a restringir tal independencia.

Los consejos de la judicatura constituyen una instancia institucional donde suele apreciarse con claridad esta contradicción. En consecuencia,

históricamente los consejos de la judicatura surgen como un mecanismo para liberar a los jueces de tareas administrativas. Al mismo tiempo, al integrar estos consejos al interior de la propia función judicial, se pretende dotar a esta de una administración propia, diferenciada y autónoma de la del ejecutivo. La razón de esta separación radica justamente en la preservación de la independencia judicial.

No obstante en la práctica política apreciamos reiteradas intervenciones del ejecutivo o del legislativo sobre los consejos de la judicatura y, por su intermedio, sobre los jueces. Estas intervenciones radican especialmente en el diseño institucional y en la designación concreta para la integración de tales consejos.

De esta forma se produce una grave distorsión de los consejos de la judicatura, puesto que de mecanismos de descarga e independencia administrativa

sin funciones jurisdiccionales, se transforman en instrumentos de control sobre la actividad jurisdiccional de los jueces.

Mientras el diseño constitucional concibe a los consejos de la judicatura como herramientas de administración y control disciplinario de la propia función judicial que aseguran su independencia, en la práctica devienen en una suerte de mecanismos colonización del ejecutivo al interior del judicial para invadir funciones jurisdiccionales, bajo pretexto de consideraciones supuestamente disciplinarias o administrativas.

El alcance de esta intervención puede variar, limitándose a casos políticamente sensibles, o

extendiéndose a otros procesos judiciales. En todo caso, los jueces comienzan a decidir, no de acuerdo a su genuina convicción en la interpretación de la ley, sino en relación a la posibilidad de retaliaciones o premios por parte del Consejo de la Judicatura, el cual a su vez actúa de forma sistemáticamente deferente respecto a las preferencias del ejecutivo.

Por supuesto, esta instrumentalización del Consejo de la Judicatura es un incentivo para que otras fuerzas político partidistas traten también de captar espacios en esta institución. De esta forma, el control disciplinario de la justicia se convierte en objeto de disputa político-partidista.

## CASOS NACIONALES

En esta sección presento los casos de Ecuador y Argentina en relación a reformas constitucionales o legales respecto a la integración del Consejo de la Judicatura durante los últimos años.

Aunque cada uno de estos países tiene sus particularidades, un patrón común viene dado por la intervención del ejecutivo o del legislativo en las normas que regulan la integración del organismo. Esta intervención tiende a aumentar la injerencia externa en el Consejo de la Judicatura, y por esta vía en la función judicial.

### El caso de Ecuador

En febrero del 2011, el Presidente Rafael Correa convocó a una consulta popular. Aunque esta consulta contenía diez preguntas, algunas con complejos anexos, lo fundamental se hallaba en una reforma constitucional tanto a la forma de integración del Consejo de la Judicatura, como al poder de los jueces para dictar medidas cautelares.

En efecto, las preguntas 4 y 5 de esta consulta plantearon una reforma a los artículos 179 y 181 de la Constitución, así como a varios artículos del Código Orgánico de la Función Judicial. El

principal cambio implicaba disolver el Consejo de la Judicatura en funciones y nombrar un Consejo de Judicatura de Transición por un plazo de 18 meses, integrado por tres miembros, uno designado por la Función Ejecutiva, otro por la Función Legislativa y otro por la Función de Transparencia y Control Social.<sup>4</sup> Luego de este lapso debía nombrarse el Consejo de la Judicatura definitivo, el cual pasaría a estar integrado por 5 delegados y sus suplentes elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional. La reforma incluyó además varios cambios en la estructura funcional y atribuciones de las instancias internas del Consejo de la Judicatura.

En lo fundamental, esta reforma desmanteló el diseño institucional concebido en la Constitución ecuatoriana para la integración del Consejo de la Judicatura.

En esta Constitución, el Consejo de la Judicatura era un órgano que se integraba y funcionaba de forma autónoma respecto de las demás funciones del Estado, sin participación de delegados de ninguna de

<sup>4</sup> Esta función fue creada en la Constitución del 2008 y está integrada por el Defensor del Pueblo, el Contralor General, un Consejo orientado a la participación ciudadana, entre otros. Sus principales competencias tienen que ver con rendición de cuentas, control de la corrupción e incentivo a la participación.

ellas. La Constitución preveía la designación de los miembros del Consejo de la Judicatura mediante un concurso público de méritos y oposición, con paridad entre hombres y mujeres, en que se combinaban profesionales de Derecho y Administración. Este concurso debía ser organizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

La Constitución ecuatoriana había adoptado este modelo debido a la crónica intervención tanto del Ejecutivo como del Legislativo en la función judicial. Se pensó, entonces, que al integrar el máximo órgano de administración de la función judicial sin ninguna intervención legislativa o ejecutiva, se propendía a una mayor independencia del judicial.

La reforma propuesta por el Presidente Correa implicaba una reforma constitucional de orden orgánico sujeto a control constitucional. Por tal razón, la Corte Constitucional examinó las preguntas para determinar si el procedimiento adoptado era el adecuado. Conforme al artículo 441 de la Constitución, el Presidente sólo puede someter a referéndum reformas a la Constitución que no alteren la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado. En consecuencia, se produjo un debate entre quienes se oponían a la consulta -aduciendo que la reforma alteraba la estructura del Estado- y el Ejecutivo -que afirmaba que la reforma no tenía dicho efecto.

Es también necesario señalar que las preguntas 1 y 2 de la Consulta planteada por el Presidente hacían, en cambio, referencia a restricciones al poder de los jueces para el otorgamiento de medidas cautelares. Para este tipo de reformas, la Constitución en su artículo 442 también limita la iniciativa del Presidente, pues indica que no podrá plantear reformas constitucionales que restrinjan derechos o garantías constitucionales.

Pese a estas expresas limitaciones de la Constitución, la Corte Constitucional aprobó por mayoría las preguntas del Presidente, dejando así el camino abierto para la Consulta. El voto de minoría articula en efecto, de forma mucho más sólida las razones de orden propiamente jurídico que la Corte debió haber

considerado para impedir la consulta en los términos propuestos.

Finalmente, la consulta impulsada por Correa tuvo lugar el siete de mayo del 2011. Los resultados favorecieron al gobierno en todas las preguntas, aunque el margen con el cual el Presidente ganó en el caso de las preguntas sobre el Consejo de la Judicatura y las medidas cautelares fue reducido.

El caso de Ecuador muestra cómo la democracia plebiscitaria puede erosionar la independencia judicial. En efecto, el gobierno de Correa planteó al país esta reforma en un momento de crisis de legitimidad, siete meses luego de que el 20 de septiembre del 2010 el Presidente afrontara una grave rebelión de la Policía. Así mismo, en la opinión pública se percibía el crecimiento de la delincuencia y la inseguridad, acompañada del deterioro del sistema judicial.

Ante esta situación, el régimen de Correa ofreció una reforma judicial, la cual hasta la fecha ha generado resultados profundamente contradictorios. Por un lado, se ha producido una importante renovación de la infraestructura física y tecnológica de los tribunales; por otro lado, hay graves cuestionamientos y preocupaciones respecto a la independencia de los jueces. Veedurías y organismos internacionales que han observado la designación de nuevos jueces en Ecuador han formulado observaciones que confirman la existencia de estos problemas.

Las dudas sobre la independencia de ciertos jueces han crecido a la sombra de procesos políticamente muy sensibles. Son internacionalmente conocidos los juicios por injuria que el presidente Correa ha impulsado contra medios de comunicación y periodistas específicos, en algunos casos por cantidades de dinero exorbitantes, y en medio de procesos judiciales en que se ha violado el debido proceso.

### **El caso de Argentina**

La Presidenta Cristina Fernández de Kirchner presentó al Congreso, el 8 de abril del 2013, seis

proyectos de ley orientados a la reforma de la justicia. Uno de estos proyectos reformaba la forma de designación y la composición del Consejo de la Magistratura. Actualmente, el Consejo está integrado por trece miembros: tres jueces designados mediante elección por los propios jueces, dos representantes de los abogados elegidos por los abogados, además de seis legisladores, un representante del ejecutivo y otro de las universidades.

La reforma planteaba que los jueces, abogados y académicos que integran el Consejo dejaran de ser elegidos por sus pares y pasaran a ser elegidos mediante votación popular universal entre los candidatos postulados por los partidos políticos que presentasen candidatos a Presidente de la República. Mediante la reforma se ampliaba de 13 a 19 el número de miembros del Consejo de la Judicatura mediante un representante adicional de los abogados y cinco representantes adicionales de los ámbitos académico o científico. De esta forma, 12 de los 19 miembros pasaban a ser elegidos mediante sufragio popular universal entre candidatos postulados por los partidos políticos.

La crítica fundamental al proyecto fue que facilitaba que el Ejecutivo controlara la mayoría del Consejo, puesto que, al ser los consejeros elegidos mediante votación popular, un Presidente o un partido político mayoritario podían obtener también, con bastante probabilidad, los votos para designar a la mayoría de miembros del Consejo de la Judicatura, conduciéndolo a una politización partidista.

En contraste, el argumento principal del gobierno argentino fue que era necesario superar la integración corporativista del Consejo y desarrollar la participación democrática en su integración. En esta lógica se planteaba que es mucho más democrático que fueran los propios ciudadanos quienes eligieran a la mayoría de los integrantes de este organismo. Igual que en Ecuador, se apeló a la democracia para transformar el diseño constitucionalmente previsto para el Consejo de Magistratura, pero en este proceso pareció ponerse en grave riesgo la independencia judicial. De hecho, uno de los letrados más relevantes de quienes protestaron frente al parlamento argentino

cuando se aprobó la ley decía: “No a la mentirosa democratización de la justicia”.

Pese a todas las críticas y resistencia a la reforma, la mayoría oficialista en el Parlamento argentino aprobó la reforma el 25 de abril del 2013. Ante esta situación, una decena de jueces en ejercicio de sus competencias legales suspendieron la aplicación de la ley de reforma. Posteriormente una jueza federal dictó una sentencia contra la ley reformativa, la cual por pedido del gobierno pasó a ser examinada por la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, la Corte Suprema en una sentencia del 18 de Junio del 2013 dictaminó en un fallo de seis votos contra uno, que la reforma al Consejo de la Judicatura era inconstitucional. En esta sentencia la mayoría de la Corte planteó que no es posible invocar la defensa de la voluntad popular para desconocer la Constitución, pues la transgresión a la Constitución y al orden jurídico es el mayor perjuicio a dicha voluntad.

El caso argentino muestra varios aspectos comunes con el de Ecuador. En ambos países la iniciativa de la reforma surge del Ejecutivo, y este apela a la decisión electoral mayoritaria como justificación de reformas constitucionalmente cuestionables, que limitan la independencia judicial mediante un importante aumento de la injerencia del Ejecutivo en la integración del Consejo.

Pero el paralelismo con el caso ecuatoriano no termina allí: la Presidenta Cristina Fernández presentó también, como lo hizo Correa en Ecuador, un proyecto para restringir el alcance de las medidas cautelares. Esta restricción se refiere a limitaciones en la discrecionalidad de los jueces, a los plazos máximos de duración los cuales se acotan a un plazo máximo de seis meses, renovables por una vez.

Lo que se aprecia tanto en el caso de Ecuador como en el de Argentina es una restricción en la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales. En otras palabras, se limita el grado de discrecionalidad de los jueces para adoptar medidas urgentes y provisionales que permitan evitar o cesar actos violatorios de un derecho constitucional.

En consecuencia, las reformas a la integración del Consejo de la Judicatura o Consejo de la Magistratura en ambos países no responden a una lógica distinta a la que anima las restricciones de medidas cautelares también en ambos casos: se trata fundamentalmente de una limitación del poder propio de los jueces para interpretar la ley y decidir mediante sus sentencias y resoluciones como actores políticos independientes, incluso respecto a la protección de derechos constitucionales.

Estas reformas son tremendamente paradójicas puesto que en los nuevos diseños constitucionales de la región, los jueces son fundamentalmente garantes de derechos. En efecto, el esquema garantista presente en las constituciones latinoamericanas de los últimos dos decenios, se orienta teóricamente a fortalecer al poder judicial y a la justicia constitucional, así como a ampliar no sólo los derechos sino las garantías constitucionales de todo orden, y a abrir la posibilidad de una pluralidad de nuevas fuentes del Derecho.

Esta clara línea de independencia normativa, sin embargo, contrasta con los decrecientes niveles de independencia empírica. Se revela así una

profunda contradicción al interior de los propios regímenes constitucionales. Una contradicción entre la declaración dogmática de derechos y la estructuración orgánica del poder. Más específicamente, tal contradicción se produce entre los esquemas y prácticas hiperpresidencialistas que vienen desarrollándose en algunos países latinoamericanos y el garantismo constantemente declarado en sus constituciones.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, como lo destaca Roberto Gargarella, no ha reflexionado suficientemente sobre la organización del poder en las nuevas constituciones, lo que Gargarella llama la 'sala de máquinas' de la Constitución. Tomando en cuenta la ampliación e innovación de los derechos, el análisis constitucional sobre los aspectos orgánicos es aun escaso. El sistema judicial y su independencia, en particular, ameritan mayor investigación, crítica y propuestas ¿Consiste la democratización de la justicia en elegir popularmente jueces y funcionarios? ¿Cuál es el perfil del poder judicial y del juez en una democracia más profunda? ¿Cómo se articulan esta democracia y la independencia judicial?

## BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada, María de los Ángeles. 2009. Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo. En *Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo*, Paolo Comanducci, María de los Ángeles Ahumada y Daniel González. Madrid: Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cunill, Nuria. 1997. *Repensando lo Público a través de la Sociedad*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad.
- Ferrajoli, Luigi. 2011a. *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. 2011b. *Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Gargarella, Roberto. 2004. Constitución y Democracia. En *Derecho Constitucional*, Albanese et. al. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Grijalva, Agustín. 2010. *Courts and Political Parties. The Politics of Constitutional Review in Ecuador*. Pensilvania: University of Pittsburgh .
- Helmke, Gretchen. 2002. The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. *American Political Science Review*, 96 (2): 291-303.
- Linares, Sebastian. 2003. La Independencia Judicial: Conceptualización y Medición. En *Independencia Judicial en América Latina ¿de quién? ¿para qué? ¿cómo?*, Germán Burgos (ed.). Bogotá: ILSA.
- Nino, Carlos Santiago. 2005. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Uprimny, Rodrigo. 2011. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, César Rodríguez Garavito (org.), 109-137. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

# IDEAS PARA UN DEBATE: EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA Y ECUADOR

## IDEAS FOR DISCUSSION: CONSTITUTIONAL REFORM PROCESS IN ARGENTINA AND ECUADOR

### IDÉIAS PARA DISCUSSÃO: PROCESSO DE REFORMA CONSTITUCIONAL NA ARGENTINA E NO EQUADOR

Miren Torrontegui\*  
 Universidad de las Américas

Recibido: 20/02/2015

Aceptado: 31/04/2015

#### Resumen:

El tema de la reforma constitucional concita el interés y genera análisis y debate. En el presente artículo se realiza un análisis comparativo de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la actual Constitución ecuatoriana, con relación al procedimiento de reforma contemplado en la Carta Política argentina. Se realiza una breve caracterización del constitucionalismo ecuatoriano y argentino, para luego centrarse en los procesos de reforma en ambos países. En el análisis del marco jurídico previsto para la reforma constitucional, se relievra en el caso ecuatoriano el rol que corresponde a la Corte Constitucional, la que como parte de sus funciones de control constitucional, debe emitir un dictamen frente a una iniciativa de reforma, estableciendo el procedimiento a aplicar. Posteriormente se aborda el rígido procedimiento, por demás secular, que establece la norma constitucional argentina, en procura de un breve abordaje comparativo, que superando el marco legal, se inscriba en la trama de la historia, la correlación de fuerzas y el rol asignado a la Carta Suprema por estas dos naciones.

**Palabras clave:** Reforma Constitucional; Rigidez; Neoconstitucionalismo; Presidencialismo.

#### Summary

The topic of constitutional reform arouses interest and generates analysis and debate. The article does a comparative analysis between the mechanisms of constitutional reform farsighted on the Ecuadorian Constitution and the reform procedures provided by the Argentinean Constitution. First, a brief characterization of the Ecuadorian and Argentinean constitutionalism is done, followed by an analysis of the reform processes in both countries. In the analysis of the legal frame provided for constitutional reform, the emphasis in the Ecuadorian case is placed on

the role played by the Constitutional Court, that has as part of its constitutional control functions, to give out ruling in an reform initiative, establishing the procedures to apply. Subsequently, the article deals with the inflexible procedure, that establishes the Argentinean constitutional norm, with the intend of a brief comparative analysis, that beyond the legal frame intends an historical approach to seek the power relationships established and the role assigned to the Magna Carta by these two nations.

**Key words:** Constitutional Reform- Inflexibility- Neo-constitutionalism- Presidentialism.

#### Resumo

A questão da reforma constitucional atrai o interesse e gera análise e debate. Neste artigo, se realiza uma análise comparativa dos mecanismos de reforma constitucional previstos na atual Constituição ecuatoriana, em relação ao processo de reforma contemplado na Carta Política argentina. Se realiza uma breve caracterização do constitucionalismo ecuatoriano e argentino, para, em seguida, concentrar-se nos processos de reforma em ambos os países. Na análise do quadro jurídico previsto para a reforma constitucional, é importante ressaltar, no caso ecuatoriano o papel que corresponde à Corte Constitucional, que, como parte de suas funções de controle constitucional, deve emitir seu parecer frente uma iniciativa de reforma, estabelecendo o procedimento a aplicar. Posteriormente, se aborda o rígido procedimento, por demais secular, que estabelece a norma constitucional argentina, em busca de uma breve abordagem comparativa, que, superando o marco legal, se inscreva na trama da história, na correlação de forças e no papel atribuído à Corte Suprema por essas duas nações.

**Palavras chave:** Reforma Constitucional; Rigidez; Neoconstitucionalismo; Presidencialismo.

\* Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador. Máster en Ciencias Políticas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Cursa actualmente el Doctorado Intensivo de Derecho Civil-Obligaciones en la UBA, Buenos Aires. Docente Titular de la Universidad de las Américas. Autora del libro *Leasing, Aspectos Técnicos, Económicos y Jurídicos*.

## BREVE RESEÑA DEL CONSTITUCIONALISMO EN ARGENTINA Y ECUADOR

América Latina se ha caracterizado por ser prolífica en la redacción de Constituciones, y sin duda en ese contexto se destaca Ecuador, que tiene el record. Se han formulado veinte desde el inicio de la época republicana: una nueva Constitución cada nueve años. Incluso hay textos constitucionales que solo estuvieron vigentes poco más de un año.<sup>1</sup>

Diversas explicaciones se han procurado para esta fecundidad constitucional. Nos hacemos eco de manera amplia, de la interpretación del Premio Nobel, Octavio Paz, quien considera que “esta pasión latinoamericana” por formular Constituciones “revela nuestra fe en las abstracciones jurídicas y políticas, herencia secularizada de la teología virreinal; por otra, la inestabilidad de nuestras sociedades” a la que caracteriza de endémica (Paz en Del Rey 2007, 162).

En Ecuador, como en los demás países andinos, el Estado se fundamentó en la dominación étnica y en la exclusión de las poblaciones indígenas. Los textos constitucionales se crearon y abrogaron al son de los vaivenes de las fuerzas políticas en el poder y, como no, de las convulsiones políticas y la necesidad de restablecer un orden institucional luego de gobiernos *de facto*. Pero la Constitución ha sido en demasiadas ocasiones, tomando las palabras de Ferdinand Lasalle, solo una “hoja de papel”. Para Lasalle,

los problemas constitucionales no son primariamente problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones Escritas no tienen valor ni son verdaderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social. (Lasalle 2002, 119)

Han existido en la historia constitucional ecuatoriana más constituciones que reformas, pues resultaba más fácil cambiar la constitución entera que acudir a un proceso de reforma constitucional o a la enmienda de cariz anglosajón. Algunas de las Constituciones fueron en realidad adaptaciones o reformas de otra

u otras anteriores, pues se prefirió implementar la vía del cambio constitucional a fin de evitar las complejidades impuestas por la Carta Política para proceder a la reforma (Oyarte 2007). Sin embargo, este continuo recambio de la Cartas Políticas en la tradición constitucional ecuatoriana, a nuestro entender, generó un efecto negativo, al desvalorizar el significado y el peso de la Constitución frente a los sujetos políticos y la sociedad toda.

Esta apreciación sobre el sentido y el rol de la carta política sufriría un cambio significativo con la Constitución del 2008, inscrita dentro de una nueva fase de procesos constituyentes en América Latina, que marcan una transformación desde un ‘Estado legalista’ al ‘Estado constitucional’; posición a la que se ha sumado una buena parte de la academia y la doctrina constitucional ecuatoriana, y frente a la que se alzan también voces escépticas (Zaidan 2010, 159).

Por contraposición, la historia constitucional argentina, pese a haber atravesado muchos quiebres y vicisitudes en su sistema democrático, denota una solución de continuidad en el tiempo, tras muchos desencuentros, luchas armadas, visiones distintas y antagónicas, que finalmente desembocaron en acuerdos y consensos, permitiendo que rija en ese país la Constitución de 1853. En un intento de comprensión, es preciso remontarse en la historia de esta nación, para aludir a las circunstancias especiales que dieron origen a la Constitución como pacto fundacional, luego de arduos procesos político-militares que precedieron a la conformación del Estado Nacional.

El 31 de mayo de 1852 la Confederación Argentina, integrada por las provincias, convocó a través del Acuerdo de San Nicolás a un Congreso Constituyente. Pocos meses después, Buenos Aires se separaría de la Confederación por no aceptar la nacionalización de la Aduana y las normas de igualdad de representación en el Congreso (2 diputados por provincia). El 1º de mayo de 1853 se aprobó la Constitución en Santa Fe, rigiendo sólo para trece provincias y no para la de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Es el caso de la Constitución de 1945, abrogada por la de 1946, y la de 1951, abrogada por la de 1952.

La Constitución de 1853 de la Confederación Argentina se inspiró en constituciones anteriores de sus provincias, la Constitución de Estados Unidos y las Bases de Alberdi, sirviendo de punto de partida para la organización política de la República Argentina (Böhmer 2014).<sup>2</sup> Buenos Aires, que propugnaba un gobierno unitario con el reconocimiento de la prevalencia de dicha provincia, enfrascada en lucha militar contra el resto de las provincias, no se sumó. La adopción de la Constitución por parte de todas las provincias, incluida Buenos Aires, se lograría sólo en 1860, luego de la Batalla de Pavón, en que la Confederación se reunificaría en lo que fue la primera reforma constitucional; así se cambió el término Confederación para dar paso a la Nación Argentina, bajo un ordenamiento federal del Estado. El año de 1860 marca entonces un hito; razón por la cual, a la Carta Magna se la denomina en ocasiones la Constitución de 1853-1860. La propuesta que políticamente se plasmó en este texto, la entiende Martín Böhmer, como de “transición y de creación”:

el sistema debería ser transformado para convertirlo en una democracia en el fondo, con la capacidad de todos los afectados por sus decisiones para participar del proceso de conformación de las políticas públicas en pie de igualdad y en pleno ejercicio de sus derechos. (Böhmer 2014)

Sin embargo se conserva la figura excluyente del Presidente, “en un país signado por el personalismo y el caudillismo” (Böhmer 2014).

La Constitución argentina se encuentra entre las más antiguas del mundo: es la cuarta entre las actualmente vigentes. A lo largo de los años se han producido contadas reformas del texto primigenio; algunas fueron reformas constitucionales efectivas, otras modificaciones establecidas a través de Estatutos de

Gobiernos Militares que incluso la subordinaron, al despojarla de su carácter de norma suprema. Hagamos una rápida relación: en 1866 se reformó con el objeto de garantizar que los impuestos de importación y exportación pertenecieran exclusivamente al Estado nacional y, así, restarle poder a Buenos Aires; en 1898 se cambió la base de elección de diputados y se aumentaron los Ministerios.

En 1949, durante el gobierno de Juan Domingo Perón, se incorporaron numerosos derechos de corte social, tales como los de la ancianidad, del niño, de la mujer, una fuerte protección a los derechos de los trabajadores, el *habeas corpus*, la igualdad jurídica del hombre y la mujer, la función social de la propiedad y la autonomía universitaria. También se posibilitó la reelección indefinida del Presidente. Bajo el gobierno de facto de Aramburu, en 1957 se emitió una proclama de corte constitucional para dejar sin efecto las reformas del 49.

En 1966 asumió el poder una Junta Militar denominada Revolución Argentina, que dictó el Estatuto de la Revolución Argentina, compuesto por 10 artículos y con preeminencia sobre la Constitución Nacional de 1853, reformada en 1860, 1866, 1898, y 1957, que permaneció vigente pero despojada de su carácter de norma suprema, por quedar subordinada al Estatuto de la referencia. En 1972, este gobierno *de facto* dictó un Estatuto donde se manifestaba explícitamente que se erigía en “ejercicio del poder constituyente”.<sup>3</sup> Entre otras reformas constitucionales, se estableció la reducción del mandato del presidente, vicepresidente, diputados y senadores a cuatro años, reelección presidencial por una vez, e indefinida de legisladores, elección directa de presidente, vicepresidente, diputados y senadores; la simultaneidad de elecciones para cargos nacionales, la reducción del *quorum*, y un mecanismo automático de aprobación de proyectos

2 Señala Böhmer, profesor de Derecho Constitucional de la UBA, que si bien la Constitución argentina se nutrió de estos modelos ideales “nuestros padres fundadores crean un sistema que no es el francés ni es el norteamericano, sino un modelo argentino ideado para solucionar problemas argentinos” (2014, 11). Tales problemas eran la anarquía y la pobreza. La anarquía por “la existencia de una multiplicidad de autoridades y normatividades sin esquema institucional que coordine las acciones colectivas. La pobreza por un territorio inmenso y escasamente poblado, por un tipo de gente no adecuada para impulsar la civilización y el progreso” (el desierto y los gauchos). Frente a estos dos problemas principales, los fundadores idearon soluciones fundadas en “la concentración de poder, la educación y sobre todo la inmigración” (p.13). La más importante de las oleadas de inmigración europea se produjo entre 1904 y 1913, en que ingresan a la Argentina alrededor de un millón y medio de europeos.

3 En la tumultuosa historia constitucional ecuatoriana, surcada por golpes de Estado, los gobiernos de facto no se arrogaron la función de constituyentes, pero ha sido habitual que el dictador recurra a una asamblea constituyente que, al mismo tiempo que expide la Constitución, nombra presidentes, utilizando la Constitución para legitimar su acceso al poder y su ejercicio; de tal forma que existe, a diferencia de otros países, la denominación de Presidente Constitucional, para marcar la diferencia. Al menos no se endilgaron la función de constituyentes. Ver Trujillo (2013, 74).

de ley presentados por el Ejecutivo cuando no eran tratados en un plazo determinado (Torrontegui 1995).<sup>4</sup>

En 1976, por obra de un golpe militar asumió una Junta que se autodenominó Proceso de Reorganización Nacional. En “el ejercicio del poder constituyente”, la Junta de Comandantes impuso una serie de ‘principios liminares’, ‘objetivos básicos’, actas y estatutos para la Reorganización Nacional, al que deberían subordinarse todas las otras leyes, incluida la Constitución vigente, en lo que pudiera resultar aplicable. Dichos instrumentos paraconstitucionales quedaron sin vigencia con el ascenso de Alfonsín al mando en 1983.

La última reforma constitucional se produjo en 1994. Ella modernizó la carta política y la dotó de una renovada legitimidad que fue objeto de debate. Es la

más profunda de las reformas efectuadas. Entre otros cambios, introdujo los derechos de tercera y cuarta generación, normas para defensa de la democracia y la constitucionalidad, las características de los órganos de gobierno y nuevos órganos de control, los delitos contra la constitución y la democracia, la preeminencia de los tratados internacionales, el voto directo, la reelección presidencial por una vez y un acortamiento del mandato de 6 a 4 años, disposición que se ha aplicado en la era del “kirchnerismo”, en la cual la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner, fue electa en el 2007 y reelecta en el 2011. Si bien la Presidente jugó con la idea de una reforma constitucional para perseguir un tercer mandato con la consigna “Cristina Eterna”, no se llegó a materializar una propuesta, a falta del consenso necesario. La rigidez del proceso de reforma constitucional sirvió de freno anticipado.

## LA CONSTITUCION ECUATORIANA DEL 2008. SU PAPEL EN LA ACTUALIDAD

En el 2007, luego de un período de profunda inestabilidad política (nueve gobiernos en 20 años), inserto en una profunda crisis de representación de los desgastados partidos políticos de una y otra tendencia, asume el poder Rafael Correa Delgado. El marco era el de una dinámica social y política especial, con una población insatisfecha que aun intentaba superar los efectos de una fuerte crisis bancaria, dentro de un modelo económico de corte neoliberal. La campaña electoral de Correa tenía como eje un nuevo orden constitucional.

La necesidad de una nueva constitución fue sometida a consulta popular en abril de 2007, consiguiendo una abrumadora aceptación de la ciudadanía.<sup>5</sup> El desarrollo doctrinal neoconstitucionalista, de la mano de Zagrebelsky, Ferrajoli, Prieto Sanchís y Carbonell, había irrumpido con fuerza en Latinoamérica. Brasil (1988) y luego Colombia (1991) fueron los

primeros en expedir Constituciones en esta línea. La Constitución del 2008 de Ecuador se inscribe en esta tendencia. El proyecto de Constitución fue elaborado desde la mayoría gobiernista con amplio apoyo de movimientos sociales, ONGS, nacionalidades indígenas, colectivos identitarios, universidades, iglesias, intelectualidad de izquierda, y con menor peso de juristas. Estos sectores pusieron énfasis en la parte dogmática, en el reconocimiento de derechos y principios. El resultado ha sido una Constitución con fuerte contenido garantista que, sin embargo, entra en tensión con su propia parte orgánica, la cual refuerza la concentración de poder; pues conforma un Ejecutivo fuerte, pariente del paradigma schmittiano (Gargarella 2013, 54).

Esta apretada y sin duda incompleta síntesis, pretende de alguna manera evidenciar la trama social y política, el momento histórico particular, y

4 Este mecanismo estuvo vigente también en Ecuador, en una expresión de centralización de poder y concentración de funciones en el Ejecutivo, en una lógica de conflicto, en la cual, el accionar de las instancias políticas representativas tienden a aparecer como obstruccional más que como cooperativa, frente a un Ejecutivo, que monopoliza cada vez más las decisiones y la gestión gubernamental. Esta estructura política condujo a abusos a través de la calificación de un proyecto como de urgencia económica, que restringía el debate del Congreso a 15 días, al posibilitar que se promulgara como Decreto Ley si no había un pronunciamiento en ese plazo.

5 La propuesta fue redactada por la Asamblea Constituyente de Montecristi (noviembre 2007 - julio del 2008) por ciento treinta constituyentes, ochenta pertenecientes al movimiento de gobierno, recientemente electos; y sometida a referéndum (mal llamado “Consulta Popular”) en Septiembre del 2008.

las circunstancias sociales y políticas en que Ecuador adopta la nueva Constitución.<sup>6</sup> Esta proclama el Estado Constitucional de “derechos y justicia”, en el que se reserva un rol relevante a la Corte Constitucional.

La tradicionales tres funciones del Estado se amplían a cinco: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Transparencia y Control Social, y Electoral. El cuarto poder de Transparencia y Control Social, también denominado Participación Ciudadana, apunta a una expansión de la democracia directa y al fortalecimiento de mecanismos de participación, en coexistencia con la democracia representativa, entendida como la participación y representación a través de actos electorales. No obstante, en la práctica se advierte una concentración de las funciones en el Ejecutivo, sin los contrapesos madisonianos. La Constitución del 2008, al decir de Ávila Santamaría (2012), “aumentó y valorizó” el presidencialismo, transformándolo en ‘hiperpresidencialismo’. Advierte que “el presidencialismo es el mejor sistema para engendrar caudillos. El caudillo representa la personalización del poder, la subordinación de las formas de organización política a una persona” (tanto en partidos políticos, organizaciones sociales como en el gobierno), el sometimiento del poder legislativo y judicial, la corrupción del poder y el ejercicio despótico, demagógico o paternalista del poder.

La doctrina caracteriza a la Constitución ecuatoriana como ‘omnipresente’. En efecto, informa y vincula a todo el sistema,<sup>7</sup> en referencia a la

“Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico” de la que habla Miguel Carbonell (en Zambrano 2011, 81). Ricardo Guastini define con mucha claridad la constitucionalización del ordenamiento jurídico como “un proceso de transformación de un ordenamiento (...) totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como de las relaciones sociales” (Guastani en Zambrano 2011, 81).

La Constitución ecuatoriana responde a la lógica concentradora de poder manifestada por Javier Couso (s/f) en su artículo *Las Democracias Radicales y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, en que analiza los procesos de Bolivia, Venezuela y Ecuador. Él resalta la fuerte concentración de poder alrededor del ejecutivo, como condición para impulsar profundos cambios económicos y sociales en sociedades secularmente inequitativas y excluyentes. Privilegia la unidad de poder del Estado, más que el sistema de balance y contrapesos, al que desvalorizan, al tildarlo de ‘viejo constitucionalismo’.

En la carta política, se privilegia un hiperpresidencialismo, un Ejecutivo fuerte, con poca ‘accountability’, un Legislativo controlado y debilitado.<sup>8</sup> cortes obsecuentes, y manejadas desde el Ejecutivo,<sup>9</sup> y dos funciones: la Electoral y la de Control Social, con mínima independencia.

## PROCEDIMIENTOS PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El tema de la reforma constitucional, si bien es regulado jurídicamente, es eminentemente político. Para Pérez Royo (2014), la reforma constitucional viene a ser el tercer elemento constitutivo del concepto de Constitución, conjuntamente con el principio de soberanía popular/nacional y de poder

constituyente. Una Constitución que no contemple cómo ser reformada no es Constitución, señala Pérez Royo. La reforma es “la forma en que el poder constituyente se proyecta a si mismo hacia el futuro” viene a ser “poder constituyente constituido (...) sin mecanismos de reforma, la Constitución quedaría

6 Basada en la existencia de principios antes que de normas de derecho positivo, que no pueden ser invocadas para inaplicar los principios, los cuales son de aplicación inmediata.

7 Señala Alfonso Zambrano Pasquel que, hasta antes de la Constitución del 2008, Ecuador vivía en un Estado legislativo, y solo a partir del 2008 es un Estado constitucional.

8 Con mayoría gobiernista, se convierte en un apéndice que solo implementa las decisiones del Ejecutivo.

9 Lo que en realidad ha sido una constante en el Ecuador, el control de las Cortes.

o podría quedar pronto como un instrumento inservible para la autodirección política de la sociedad (Pérez Royo 2014).

La misma Constitución debe prever la forma y el procedimiento para su reforma. Con este fin, dejará abierta la posibilidad de que en un futuro, sus normas, en todo o en parte, sean modificadas, actualizadas, completadas por otras generaciones de hombres y mujeres: “Ninguna generación puede imponer sus conceptos e ideales a las generaciones que les sucederán” (Trujillo 2013, 75).

Para el constitucionalista argentino Ferreyra, la rigidez de un texto constitucional es una defensa de la que se provee la Constitución para provocar la intangibilidad del texto. La dificultad de la reforma constitucional es una garantía de la permanencia constitucional. Esta pretensión de la Constitución implica, en principio, que es la Carta Magna la que aspira a que los cambios en la ley se adapten, se acomoden al texto constitucional y no inversamente (Ferreyra 2008, 791).

La construcción de legitimidad a través de referéndum en que expresan directamente su voluntad los

pueblos, es un pilar del neoconstitucionalismo radical latinoamericano, según Viciano y Martínez Dalmau (en Couso s/f, 14), y su ‘meta’ es legitimar un proceso constituyente revolucionario.<sup>10</sup> Se requieren entonces constituciones rígidas, que pretendan preservar en el tiempo la voluntad del constituyente. La rigidez de la Constitución, así como la dificultad en reformarla a través de una mayoría legislativa, está en relación directa con la fortaleza del modelo constitucional (Zambrano 2011).

Si se toma como referente el paradigma constitucional norteamericano, “que creó una Constitución sin contenidos normativos” y el europeo “con denso contenido normativo pero sin dotarle de garantías” (Zambrano 2011, 6), podría afirmarse que el neoconstitucionalismo armoniza ambos modelos y, en última instancia, de ahí se deriva un sistema de constituciones normativas garantizadas por el control de constitucionalidad. En el caso ecuatoriano, el control de constitucionalidad es atribución exclusiva de la Corte Constitucional, en un modelo concentrado de control.

Examinaremos ahora los mecanismos de reforma constitucional en estudio.

## ECUADOR

Los procedimientos para el cambio constitucional están previstos en los Art. 441 al 444 de la Carta Magna política y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Todo cambio, modificación o enmienda que pretenda reformar el texto de la Constitución requiere de un dictamen previo emitido por la Corte Constitucional, en el cual se determina el procedimiento que corresponde emplear en el caso concreto.

La Constitución establece tres procedimientos diferentes, de acuerdo al tema que aborda la propuesta de modificación constitucional, y que responden a diferentes grados de rigidez: la enmienda, la reforma parcial y la asamblea constituyente. La más expedita

es la enmienda, y la más compleja la asamblea constituyente.

### Enmienda

Es aplicable cuando la modificación versa sobre un tema menor, que no conlleve alteración de la estructura fundamental y elementos constitutivos del Estado. No puede establecer restricciones a los derechos y garantías, ni alterar el procedimiento de reforma de la Constitución y, por tanto, no implica modificaciones sustanciales.

La Enmienda puede ser propuesta por uno de estos tres actores:

<sup>10</sup> Viciano y Dalmau utilizan el término ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’, para distinguirlo “cuidadosamente de esa variante del constitucionalismo liberal conocida como neoconstitucionalismo”.

- a) El Ejecutivo, mediante referéndum<sup>11</sup>
- b) La ciudadanía, mediante referéndum, lo cual exige un respaldo mínimo del 8% de las personas inscritas en el Registro Electoral. Se trata de un mecanismo de participación directa de la ciudadanía. Este canal implica que, posteriormente al dictamen de la Corte Constitucional, se realice por parte del organismo electoral la convocatoria a referéndum.
- c) La Asamblea Constituyente: la iniciativa deberá ser presentada por lo menos por una tercera parte de los legisladores. Deberá haber dos debates mediando un año entre ellos. La aprobación requiere votación calificada de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

### Reforma Parcial

Se puede emplear este procedimiento cuando la reforma conlleva modificación de los elementos constitutivos o de la estructura del Estado, y cuando no implique restricción de los derechos o garantías constitucionales o modificación en el proceso de reforma de la Constitución.

La Iniciativa puede responder a:

- a) El Ejecutivo
- b) Mínimo el 1% de los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral, o
- c) A la Asamblea Nacional mediante resolución de mayoría.

Luego del dictamen de la Corte Constitucional, la propuesta de reforma debe ser tramitada por la Asamblea Nacional mediante dos debates, entre los que debe transcurrir un plazo de 90 días. Posteriormente

debe efectuarse un referéndum aprobatorio dentro de los 45 días siguientes. La aprobación por referéndum requiere la mitad más uno de los votos válidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

### Asamblea Constituyente

Es la vía más rigurosa. Mediante ella se pueden modificar los procedimientos de reforma a la Constitución que afectan directamente la rigidez constitucional, así como la configuración de la tutela de los derechos. Sólo puede convocarse a Asamblea Constituyente a través de consulta popular. La consulta debe incluir la forma de elección de las y los representantes y las reglas del proceso electoral.

La iniciativa de convocar a consulta popular para la conformación de Asamblea Constituyente corresponde:

- a) Al Presidente de la República
- b) A las dos terceras partes de la Asamblea Nacional
- c) Al 12% de los electores

El artículo 444 de la Constitución del 2008 se refiere a “que la nueva Constitución para entrar en vigencia requiere de Referéndum aprobatorio de la mitad más uno”.<sup>12</sup>

En la Constitución se ha aplicado una gradación de procedimientos acorde con la rigidez del contenido material a modificar; y se privilegia la participación ciudadana a través del referéndum. La excepción la constituye el caso de la enmienda, cuando esta es propuesta por la Asamblea Legislativa con las dos terceras partes de sus miembros.

Ramiro Ávila Santa María, posiblemente el más importante neoconstitucionalista ecuatoriano, en la

11 De hecho, las únicas modificaciones introducidas a la Constitución del 2008, hasta la presente fecha, se han realizado vía enmienda, por iniciativa del Presidente de la República, el año 2011, previo dictamen de procedimiento de la Corte Constitucional. Así se sometieron a referéndum, en forma conjunta, cinco preguntas que implicaban reforma de la Constitución; y a consulta popular otras cinco que versaban sobre temas de interés general, pero que no conllevaban reforma constitucional.

12 La reforma constitucional en la Constitución de 1998 resultó de una rigidez extrema, que tornaba la reforma constitucional en casi algo imposible, por la dificultad del Congreso en conformar mayorías que permitieran el quorum previsto de las dos terceras partes.

línea el pensamiento de Rubén Martínez Dalmau, manifestaba, ya en el 2008, que el tema de la enmienda constituye un déficit. En efecto, el parlamento puede modificar la Constitución sin pasar por la voluntad popular, una norma que Ávila considera “un paso atrás en respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” (Ávila 2008). La verdad de tales asertos queda demostrada en la situación política coyuntural que atraviesa el país, donde se propone la Enmienda Constitucional que

debe resolver la Asamblea (con mayoría gobiernista) para que el cargo de Presidente de la República sea de reelección inmediata e indefinida. Para este autor,

el presidencialismo no se lleva bien con la participación ciudadana. No hay nada más contraproducente que afirmar que un sistema es democrático y participativo y al mismo tiempo confiar en que la decisión política la toma una persona (Ávila 2012).

## ARGENTINA

La reforma constitucional está prevista en el Título I, *Declaraciones, Derechos y Garantías*, específicamente en el artículo 30, que reza:

La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Resulta sorprendente constatar que se trata exactamente del mismo texto que contempla la Constitución de 1853, incluso bajo el mismo número, el histórico artículo 30. Es el único mecanismo previsto en Argentina para la reforma constitucional, y está vigente transcurridos más de 160 años.

El artículo prevé que la reforma puede ser parcial, en cualquiera de sus partes, o bien abarcar la totalidad del texto constitucional. No establece mecanismos diferentes en uno y otro caso: el procedimiento es el mismo.

Requiere siempre la intervención de un constituyente, la Convención Constituyente,<sup>13</sup> (equivalente a la Asamblea Constitucional ecuatoriana), es decir, poder constituyente derivado, aunque luego analizaremos las diferencias.

En Argentina, la iniciativa de reforma debe ser presentada exclusivamente por el Congreso. Señala el maestro Bidart Campos (1996) que se distinguen

dos etapas en el proceso de reforma constitucional: la etapa de iniciativa o declaración y la etapa de revisión o constitutiva.

Para el profesor Ferreyra, en cambio, en el proceso constituyente se distinguen tres etapas: iniciación, deliberación pública y elección, y producción constituyente: creación constitucional.

Advierte que no pueden considerarse aisladamente, pues “una relación ontológica esencial claramente las une (...) Las tres conforman un todo, el proceso constituyente” (Ferreyra 2006). Por este motivo, no tiene mayor importancia, a nuestro entender, que algunos doctrinarios establezcan dos etapas, en tanto Ferreyra distingue tres; porque todo resulta un continuo, un proceso constituyente, como señala el autor.

Que se establezcan dos o tres etapas, solo depende de si se considera la elección de los convencionales constituyentes por parte de la ciudadanía (la cual se somete previamente a un proceso de socialización e información con la declaración del Congreso, y los fundamentos de las reformas propuestas), como una etapa separada (Ferreyra); o como la culminación de la etapa de iniciativa o declaración (Bidart Campos), distinguiendo como otra diferente la correspondiente a la revisión o constitutiva.

Para efectos de este trabajo nos guiaremos por el criterio de Bidart Campos, que nos parece además mayoritario.

<sup>13</sup> Ver artículo 30 de la Constitución de la Nación Argentina 1994.

## Etapa de Iniciativa o Declaración

La etapa de iniciativa o declaración de necesidad de reforma corresponde privativamente al Congreso de la Nación<sup>14</sup> al cual la norma constitucional le faculta a declarar la necesidad de la reforma. A diferencia del caso ecuatoriano, la normativa es muy sucinta, dado que el procedimiento de reforma constitucional está previsto en un solo artículo, el mencionado artículo 30. Este establece únicamente el *quorum* de votos, consistente en las dos terceras partes de la Cámara de Diputados y de Senadores, mas no determina la forma de cómputo de los dos tercios.

En opinión de Ferreyra, y según la praxis constitucional argentina, cada cámara trabaja por separado, y se requieren las dos terceras partes de los miembros, por lo menos, tanto de Diputados, como de Senadores. El autor señala que deben considerarse los miembros en ejercicio, y no sólo los miembros presentes (Ferreyra 2006, 9). Sin embargo, en reformas de los años 1860, 1866 y 1949 se hizo el cómputo sobre la base del número de legisladores presentes.

Se advierte que tampoco la norma señala la forma que debe revestir la declaración del Congreso ¿Debe hacerse a través de ley, o de que otra forma o instrumento normativo? Si se adopta la solución de ley, ¿corresponde pronunciarse al Ejecutivo y debe este sancionarla? ¿O bien puede vetarla? ¿O en este caso tan especial, aunque se trate de una ley, debe abstenerse?

Preguntas que en ausencia de disposición constitucional solo pueden responderse desde la praxis constitucional argentina. Y se lo realiza efectivamente a través de la expedición de una ley. El último proceso de reforma constitucional se efectuó en 1994 y la declaración del Congreso se incluyó en la Ley 24.903.

El Congreso, además, puntualiza los contenidos, o artículos que considera deben ser reformados: solo

puede señalarlos, indicarlos, pero no puede elaborar el texto de la reforma, ya que el Congreso cumple una función 'preconstituyente'. Es la Convención la que tiene el poder constituyente derivado por el artículo 30. La norma constitucional no señala cómo debe componerse la Convención. A lo largo de la historia, las convenciones reformadoras han sido siempre órganos pluripersonales y unicamerales.

Con la Declaración del Congreso se abre un debate público, de análisis y socialización popular de la propuesta, así como de las razones que esgrimen los congresistas, que fundamentan la necesidad de una reforma constitucional. Consideramos que el amplio *quorum* exigido, que es una muy amplia mayoría, las dos terceras partes de los dos estamentos del órgano legislativo, dota de profunda legitimidad al planteamiento de sus representantes y fuerza el logro de consensos.

El Congreso es quien convoca al cuerpo electoral a sufragio, para elección de los convencionales constituyentes. Puede o no existir un plazo para que la Convención sesione y concluya su encargo. Las resoluciones que se tomen fuera de ese plazo son inválidas, y si no se puso un plazo al inicio no puede ser fijado posteriormente. Es optativo imponer un plazo, la Constitución nada señala al respecto; y, en la práctica, salvo en 1866, siempre el Congreso ha fijado plazo.

Si el plazo concluyera sin que la Convención haya concluido, su vencimiento ocasionaría la disolución de la Convención, que quedaría inhabilitada para seguir sesionando o prorrogar sus facultades; de modo que se entiende como un límite temporal.

Corresponde al Congreso, en su función preconstituyente, fijar además el lugar donde debe funcionar la Convención. Y este no puede ser cambiado. Establece también las condiciones y calidades de los convencionales constituyentes. A la Convención, en cambio, se le confiere autonomía funcional, administrativa y financiera.<sup>15</sup>

14 Para Ferreyra (2006, 9), el Congreso Nacional en Argentina representa la unión de democracia y federalismo "...En democracia representativa, ningún otro órgano constitucional es capaz de representar tan extraordinariamente la fusión mencionada como lo es el Congreso".

15 Sus poderes implican: elección de autoridades, sanción de su Reglamento Interno, estructura (comisiones, tareas etc.), días y horas de sesiones, prerrogativas del cuerpo e inmunidades de sus miembros, sancionar disposiciones transitorias y facultades presidenciales.

## De revisión o constitutiva

La etapa propiamente constituyente, de revisión o constitutiva, como la denomina el maestro Bidart Campos, o de producción constituyente en términos de Ferreyra, comienza con la instalación de la convención reformadora. Juramentados los convencionales constituyentes, se avocan a la tarea de la reforma y la redacción de los artículos, que son aprobados por mayoría simple.

La Convención puede no reformar algunos de los temas o artículos que el Congreso le señala, en este punto hay unidad de criterio doctrinario. En cambio, caben distintas interpretaciones sobre los límites materiales de la Convención Constituyente: ¿debe solamente reformar los artículos que el Congreso le ha encomendado?, o por el contrario ¿puede actuar soberanamente y reformar además otros artículos que no estaban señalados en la ley de reforma?

El artículo constitucional nada indica al respecto; pero, en la práctica constitucional argentina, la reforma se limita únicamente a los contenidos o materias establecidas por el Congreso, y el señalamiento de temas que este realiza se entiende como una auténtica restricción material.

El Congreso, ante el silencio de la norma constitucional, puede escoger entre dos procedimientos: fijar los temas que deberán reformarse y, así, respetar el derecho de la Convención a establecer su contenido, como sucedió en 1860, 1866, 1898 y 1949; o esbozar un proyecto de reforma ya redactado o casi concluido, de modo que la función de la Convención quede limitada a solo aprobar o negar el texto sometido a su consideración. Consideramos que este segundo escenario significaría invadir la tarea constituyente que únicamente puede llevar a cabo la Convención. En 1994, con el llamado “núcleo de coincidencias básicas”<sup>16</sup> se procedió en una lógica semejante al segundo escenario analizado.<sup>17</sup>

Una vez sancionadas las reformas por la Convención, quedan directamente incorporadas al texto de la Constitución. Son obligatorias desde que se publican. No hay una etapa posterior y ningún poder legal tiene competencia para promulgar o poner en vigencia la enmienda constitucional. De igual modo, ningún órgano constituido está facultado a revisarlas ni controlar su sujeción o no a la norma constitucional. Pese a estas disposiciones, Ferreyra establece que, en el caso Fayt, la Corte Suprema se atribuyó funciones de control de la reforma constitucional:

La doctrina fijada en el caso ‘Fayt’ significó que, por primera vez en la historia del Estado federal argentino, la Corte Suprema de Justicia realizara un juicio de constitucionalidad con total plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la letra de la Ley Mayor. (Ferreyra 2006b, 145-152)

Un proceder que, según el autor, parecería más que una interpretación de la Constitución, una reforma de ella.

Resulta muy sugerente, y sin duda consecuencia de la historia argentina, en especial de fines del siglo anterior, el hecho de que se haya introducido, en la reforma de 1994 el artículo 36; que, según entendemos, constitucionaliza la democracia. Reza así:

Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia

<sup>16</sup> La Ley 24.309, en el artículo 7 prohibió en forma expresa a la Convención la posibilidad de introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

<sup>17</sup> Parte de la doctrina argentina señala que en la Reforma de 1994 se cometieron dos transgresiones constitucionales, el núcleo de coincidencias básicas implicaría una violación de la capacidad de decisión de la Convención, porque no se ajusta al espíritu rígido de la Constitución establecido en el artículo 30. Una segunda violación es que no se cumplió con la aprobación por parte de las dos Cámaras del Congreso, por cuanto el Senado introdujo modificaciones al texto votado por los diputados y esa modificación, por violar el artículo 71, no regresó a la Cámara de origen para su tratamiento. Sin embargo se promulgó la Ley 24.309, sin cumplir entonces con el procedimiento legislativo.

de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán

civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Argentina mantiene un sistema difuso de control judicial de constitucionalidad, puesto que otorga facultades a todos los jueces de derecho, nacionales y provinciales para declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma, acto u omisión, con tal que respeten las reglas de competencia jurisdiccional. Es el sistema de garantía judicial conocido como ‘común’ o ‘difuso’, que reconoce sus orígenes en los Estados Unidos de América (caso *Marbury vs. Madison*). Al respecto, Argentina ha desarrollado, en base a la jurisprudencia de sus cortes, un Derecho jurisprudencial pretoriano. Es un control que aplica únicamente al caso concreto puesto al criterio de los jueces. La Corte Suprema tiene un papel relevante, ya que le corresponde la interpretación de la Constitución y, en términos generales, ha logrado mantener una independencia de las otras funciones del Estado, de forma que sus pronunciamientos gozan de legitimidad.

Ecuador, en tanto, mantiene un sistema de control abstracto, concentrado, *erga omnes*, a cargo de la Corte Constitucional, los jueces y tribunales ordinarios; quienes, de encontrar preceptos infraconstitucionales contradictorios con la Carta Fundamental, deben suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional, para que sea esta la que determine si tales preceptos devienen en inconstitucionales.<sup>18</sup>

Para Agustín Grijalva (2012, 174), los jueces, más aun los constitucionales, son “actores políticos”, pero en un sentido diverso al de los partidos políticos,

movimientos sociales o grupos de presión. Son políticos porque ejercen poder estatal y aplican normativa jurídica. Y, como esta es resultante de procesos políticos, sus decisiones pueden tener gran impacto político. Los jueces constitucionales, llámese Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, tienen la facultad de interpretar, seleccionando una entre varias interpretaciones jurídicamente admisibles de un mismo texto legal. Esto es lo que constituye el núcleo de su independencia, de su autonomía política, orientada por la mejor defensa de los derechos constitucionales.

Resulta esencial que este organismo sea independiente para elaborar sus análisis jurídicos y pronunciamientos, basado en el Derecho y fundamentalmente en la Constitución, y libre de injerencia o presiones indebidas. Concordamos con Grijalva en que en Ecuador, la clase política ha impedido históricamente que los jueces, y en especial el constitucional, alcancen real independencia de las fuerzas políticas (Grijalva 2012, 175). Esta falta de independencia se ha expresado en “inconsistencia normativa y lógica”, “debilidad argumentativa”, brevedad o excesivo formalismo. Los tiempos actuales no son la excepción, y tal injerencia, propia de la praxis política en el país, resta autonomía y credibilidad a la Corte Constitucional. Resulta impensable un pronunciamiento adverso de la Corte a los intereses del Gobierno, sin la amenaza de retaliaciones.<sup>19</sup>

## PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN CURSO EN ECUADOR

El proyecto de reforma constitucional que se está tramitando al momento en Ecuador deviene en la segunda reforma<sup>20</sup> a la Constitución del 2008. Si bien la propuesta comprende varios temas, a efecto de este

análisis nos interesa uno solo, la intención de eliminar la restricción que contiene el artículo 114 de la actual norma constitucional, que establece que quienes ostentan un cargo público pueden ser reelegidos

<sup>18</sup> La Constitución de 1998, en cambio, ejercía un control difuso a través de los jueces, y les daba la facultad de inaplicar tales preceptos.

<sup>19</sup> Resultaría interesante y oportuno realizar un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional, como vehículo de la voluntad política, distanciándose de la norma y la teoría constitucional. Por el momento desborda los alcances de este trabajo.

<sup>20</sup> Ver nota n.º 6 de este trabajo.

por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo. La reforma apunta a permitir la reelección indefinida del Presidente de la República. Se inscribe en la lógica de un ejecutivo fuerte y sin contrapesos, descrita por Couso. La reforma propuesta al Art. 144 establece “La Presidente o Presidente de la República permanecerá 4 años en sus funciones y podrá ser reelecto”.<sup>21</sup>

La iniciativa ha sido planteada por una parte de la Asamblea Nacional (con amplia mayoría gobiernista), que ha solicitado el dictamen de la Corte Constitucional sobre cuál de los tres procedimientos anteriormente analizados es el que corresponde aplicar a las reformas propuestas. Ya antes, el Ejecutivo se había pronunciado en el sentido de que el tratamiento debía ser el de la Enmienda, “pues no quita sino da derechos”<sup>22</sup>; procedimiento que sugiere la Asamblea en su pedido de dictamen.<sup>23</sup> Los argumentos de los Asambleístas fueron entre otros “...en primer lugar, garantizar el derecho de los ciudadanos a elegir a sus representantes, y en segundo, aspiran que no exista discriminación en contra de las personas que desean reelegirse para un cargo público, en virtud de su derecho a ser elegidos”.

La Corte emitió su dictamen con fecha 31 de octubre del 2014, No. 001-14-DRC-CC, en el cual estableció como procedimiento la enmienda, por considerar que la reelección indefinida no altera la estructura fundamental ni los elementos constitutivos del Estado, no establece restricciones a los derechos y garantías, ni altera el procedimiento de reforma de la Constitución. Realiza un análisis acerca de si la alternancia es un elemento del Estado, pues de ser así no cabe una enmienda, y concluye que es un elemento del Gobierno, y que es el pueblo el que se pronuncia mediante el sufragio de si se produce o no la alternancia. El razonamiento expuesto es que:

Resulta, entonces, que la limitación a candidatizarse de las personas que han

ocupado un cargo público de elección popular y que han sido reelectas por una ocasión comporta una **limitación no justificada a los derechos constitucionales de participación que poseen los candidatos que están aspirando a una reelección y el derecho de elegir de las personas**, toda vez que participar dentro de un proceso eleccionario no genera a priori una determinación de que aquella persona va a ser reelecta, puesto que será el soberano quien determine a través del sufragio que aquella circunstancia opere. En ese orden de ideas, la propuesta de cambio constitucional permite viabilizar un ejercicio pleno e integral de los derechos de participación de los electores, así como de las personas que pretendan ser electas nuevamente. (Dictamen No. 001-14-DRC-CC)<sup>24</sup>

En conclusión, la Corte considera que la actual restricción de la elección presidencial y de los cargos populares, a un solo período resulta **discriminatoria**. La pregunta que surge es si la alternancia es un requisito de la democracia. En varios países se ha introducido en la última década la reelección presidencial, Argentina entre ellos y, de hecho, en su actual Constitución se la establece. Pero ¿reelección indefinida?... Sólo en Venezuela.<sup>25</sup>

El continuismo indefinido, a más de que propicia el uso y abuso de los recursos del aparato estatal con fines partidistas y electorales, minimiza los controles, y contribuye a alimentar peligrosos elementos personalistas y autocráticos; una situación que afecta negativamente la existencia de una democracia real y de seguridad jurídica. Por esta causa, las Constituciones contienen cláusulas limitativas del tiempo de los mandatos, así como de la sucesión en su ejercicio, en especial del Ejecutivo.

La Corte Constitucional ecuatoriana fundamenta su dictamen al señalar que no se puede asumir un

21 Por su parte, la reforma al artículo 142, no relevante a efectos de este análisis, disminuye la edad para ser Presidente de 35 a 30 años.

22 <http://www.andes.info.ec/es/noticias/enmiendas-constitucionales-propuestas-ecuador-dan-mas-derechos-afirma-preside>. Recup. 20 dic. 2014.

23 La característica de alternancia en el Gobierno que contemplaba la Constitución de 1998, fue eliminada en la del 2008.

24 Énfasis añadido.

25 En el Derecho Constitucional Comparado Latinoamericano se vislumbra hoy una tendencia, críticamente discutida, orientada a permitir la reelección inmediata de Presidente de la República (por ej: Argentina, Constitución de 1994, art. 90; Perú, Constitución de 1993, art. 112; Brasil, Reforma constitucional de 1999; Venezuela, Constitución de 1999, art. 230), reelección indefinida en Venezuela a través de enmienda de 2009. En Colombia se está por promulgar una Ley que, en cambio, la prohíbe.

erróneo ejercicio de Derecho Comparado, para evaluar una institución del ordenamiento jurídico de un país. Argumenta que si bien el análisis jurídico puede tomar en cuenta “criterios teóricos transnacionales”<sup>26</sup>, se deben evaluar las instituciones partiendo de las circunstancias particulares que caracterizan a las sociedades de cada sistema jurídico.

El débil argumento de la Corte evidencia su obsecuencia hacia el Ejecutivo. Se desvaloriza el rol que le corresponde cumplir como organismo de control, que no goza de independencia frente al hiperpresidencialismo característico del país.

En un plano político, nos preguntamos el porqué de la negativa del gobierno someter a referéndum un cambio inédito en la historia constitucional del país, su renuencia a consultar al pueblo sobre la conveniencia o no de introducir tal reforma y, en consecuencia, su alejamiento consciente de los principios de democracia participativa, y de las saludables tesis

que preconiza la corriente neoconstitucionalista<sup>27</sup>. La Corte apela a la enmienda, el único resquicio contemplado en la Constitución, para eludir el pronunciamiento de la voluntad popular, ya que todos los otros mecanismos de reforma pasan por referéndum ¿Da cuenta de un desgaste del gobierno?,<sup>28</sup> y ¿de un caudillismo que cifra un proyecto político en un solo hombre, así como de la incapacidad de formar a un sucesor que pueda seguir con el proyecto de revolución ciudadana? Por otra parte nos parece que el gobierno tiene muy presente la experiencia de Chávez en Venezuela (2007) que, cuando sometió una propuesta de reforma similar fue derrotado en las urnas. En Venezuela, el proyecto de reforma fue nuevamente activado en el 2009 por la Asamblea y, sometido a referéndum, dio esta vez la victoria a Chávez, de modo que se permitió la reelección continua. En Ecuador se ha buscado un atajo, la forma de obviar el referéndum, para asegurar la permanencia en el poder del caudillo.

## A MODO DE CONCLUSIONES O, SIMPLEMENTE, IDEAS PARA EL DEBATE

Si bien la Constitución ecuatoriana es una Constitución rígida, en el sentido de que su reforma requiere de procedimientos especiales, agravados, diferentes a los ordinarios, que dificultan su modificación, resulta menos rígida que la Constitución argentina, la cual prevé un solo procedimiento, por demás muy complejo, que implica el logro de un gran consenso. Los Padres Fundadores en la Argentina, proyectaron una permanencia en el tiempo de los acuerdos logrados para la convivencia. Sin que la constitución argentina resulte pétrea, la reforma se dificulta, por requerir de la aceptación de las dos terceras partes del Congreso; estatus legal que, además, la dotará de un fuerte sentido de legitimidad. La Constitución de 1853-1860 significó -luego de años de anarquía y guerras entre las provincias- un gran pacto social que dio origen a la fundación de la Nación Argentina, por

la unión de todas las provincias para conformar un Estado Federal, así como para consagrar un sistema de gobierno republicano y un parlamento bicameral.

Ecuador, en cambio, es un Estado unitario, republicano, con un sistema legislativo unicameral, con dos clases de legisladores, nacionales y provinciales. Ambos países enfrentaron problemas para la construcción de la “nación”.<sup>29</sup> En Argentina se dio una fuerte pugna entre Buenos Aires y las demás provincias, y el reto de la gran corriente migratoria europea, que fue absorbida y homogeneizada exitosamente a través de la educación.<sup>30</sup> En Ecuador, la ecuatorianidad está aún en construcción y, en la actualidad, se reconoce como un Estado que alberga varias nacionalidades, “plurinacional e intercultural”.

26 Resulta curioso el término de ‘transnacionales’, aplicado a criterios doctrinario, término que, hasta ahora, solo se aplicaba a las empresas.

27 Para Viciano y Dalmau, así como para muchos otros teóricos del neoconstitucionalismo, el primer problema del constitucionalismo es garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente del pueblo, y que solo la soberanía popular directamente ejercida pueda determinar la generación o alteración de las normas constitucionales que, en definitiva, propician la identidad entre voluntad popular y Constitución.

28 La idea de reelección comenzó a circular luego de que, en las elecciones de Febrero 2014, el movimiento de gobierno experimentara su primer revés electoral, pues las dos principales ciudades del país eligieron alcaldes de la oposición.

29 Caso argentino, ver Böhmer (2009).

30 Ibid.

La inestabilidad política en ambos países afectó a la Constitución de manera diferente. En el caso argentino, bajo los gobiernos militares, la Carta Política fue subyugada, subordinada a Estatutos Militares que se atribuyeron incluso la “función constituyente”; al recobrase la institucionalidad democrática, la Constitución original fue siempre rescatada. En tanto que en Ecuador, históricamente se instauró una praxis de recambio de la Constitución. El hecho de que en su historia republicana Ecuador haya tenido veinte Constituciones obedece, entre otros factores, a un erróneo concepto de que la ley puede cambiar la realidad. Una nueva Constitución se la lee como una especie de refundación del Estado, en un país que tradicionalmente, en sus períodos democráticos, se ha regido por la “ley del péndulo” en la elección de sus gobernantes. De la investigación realizada sobre la historia constitucional de Argentina, se advierte que este país ha sufrido frecuentes rupturas del orden constitucional; con todo, destaca la estabilidad de la norma constitucional, que, con reformas y modernizada, continúa en vigencia y, así, conserva un núcleo básico.

El control constitucional en Argentina es un control judicial de tipo difuso, que se basa en el precedente norteamericano y corresponde a todos los jueces de derecho, quienes están facultados en forma exclusiva de declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma, acto u omisión al caso concreto, con tal de respetar las reglas de competencia jurisdiccional. La Corte Suprema ha mantenido la exigencia de caso judicial o contencioso, pero reitera su rechazo a la mera consulta o cuestión abstracta. En tanto que, en Ecuador, existe un control concentrado y abstracto, ejercido por un organismo único, la Corte Constitucional; y se establece que las juezas y jueces, en los casos concretos de aplicación de una normativa, deben suspender el proceso y consultar a la Corte Constitucional para que se pronuncie

El mecanismo de reforma constitucional argentino ha demostrado ser exitoso en el tiempo, pues se conserva el mismo procedimiento constante en la Constitución de 1853, consagrado en el artículo 30. Ecuador, a lo largo de su vida republicana, optó por abrazar nuevas Constituciones, en lugar de reformarlas; aun cuando, en algunas ocasiones,

la nueva Constitución en realidad se basaba y restablecía anteriores textos constitucionales. Este recambio constitucional se volvió un lugar común y contribuyó a desvalorizar la norma suprema.

El procedimiento para la reforma constitucional argentino es uno solo, y ha sido preservado desde 1856. El Congreso (bicameral) cumple una función “preconstituyente”, requiere de la aprobación de las dos terceras partes de sus miembros, señala los aspectos a reformar y, luego, la ciudadanía elige a sus representantes para la conformación de una Convención Constituyente, organismo especial y temporal. La concepción de la Asamblea Constituyente en Ecuador y de la Convención Constituyente en Argentina, difieren en los límites materiales. En el primer caso se la entiende como “de plenos poderes”, mientras que la propia Constitución argentina establece una restricción material: se circunscribe a los temas que le fija el Congreso y no puede ir más allá de estos. Se entiende como una Convención Reformadora.

En Ecuador, sin embargo, la Constitución del 2008 instaura tres procedimientos de reforma, graduados y con variantes. Corresponde a la Corte Constitucional determinar el procedimiento a seguir para llevar a cabo la reforma constitucional. Ella es el organismo encargado de establecer el tipo de procedimiento a través de un dictamen que debe gozar de independencia y autonomía, y, por consiguiente, no debe ser sojuzgada por ningún otro poder. Este sistema concentrador de control es de corte europeo, similar al español. Lamentablemente, en el Ecuador el Ejecutivo ejerce sobre la Corte una influencia desmedida. El riesgo de que este organismo de control se politice y pierda su autonomía es muy alto, en un país con gobierno de tipo caudillista, que no se orienta al logro de consensos, sino al control de todas las funciones del Estado.

Los procedimientos de reforma consagran la participación de la ciudadanía a través de referéndum, con una excepción: el mecanismo de la enmienda, que está pensado para reformas menores, y que no pasa por referéndum cuando dicha enmienda es propuesta por las dos terceras partes del Congreso.

Se requiere el dictamen de la Corte en términos de cuál de los procedimientos previstos en la propia norma constitucional (en aplicación del principio de supremacía de la Constitución) debe aplicarse a cada proyecto de reforma en particular. En Ecuador, conforme a la LOCJCC se puede demandar la inconstitucionalidad de reformas y enmiendas constitucionales, únicamente por vicios formales o de procedimiento ¿Puede una reforma ser inconstitucional? En Argentina no existe un control *expost* del procedimiento ni de los contenidos de la reforma, pues ningún órgano constituido está facultado para revisarlas o para controlar su sujeción o no a la norma constitucional, ni en la forma ni en el fondo. La Corte Suprema tiene el rol de interpretarlas, mas no de controlar.

En ambos países, como en el resto de Latinoamérica, se ha optado por un régimen presidencialista que concentra el poder en el Ejecutivo, en desmedro de la participación ciudadana y de los otros poderes del Estado. Resulta evidente la tensión entre el modelo de neoconstitucionalismo y una concentración de poder en el Ejecutivo, una tendencia que es alimentada desde la propia Constitución, que suele despojar de funciones al Legislativo y se las confiere a la función ejecutiva. En el caso ecuatoriano existe un hiperpresidencialismo, un caudillismo que mantiene tenues límites con el autoritarismo; el cual se verá acentuado aun más si, como se pretende, la Constitución se reforma sin consulta al pueblo soberano y, de esta manera, se permite una reelección presidencial indefinida.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro. 2012. *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*. Quito: UASB.
- . 2008. *Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia en Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bidart, Germán J. 1996. *Manual de la Constitución Reformada*. (Vol. I, cap. VI). Buenos Aires: Ed. Ediar.
- Böhmer, Martín. 2009. División de poderes a la argentina. Ponencia presentada en Tercer Ciclo Académico de formación de dirigentes. Disponible en [www.mpargentino.com.ar/.../division-de-poderes-a-la-argentina-por-Recuo](http://www.mpargentino.com.ar/.../division-de-poderes-a-la-argentina-por-Recuo). Consultado el 20 de diciembre de 2014.
- Couso, Xavier. s/f. *Las Democracias Radicales y el 'Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano'*. Disponible en [www.law.-yale.edu/documents/.../SELA13\\_Couso\\_CV\\_Sp\\_20130420.pdf](http://www.law.-yale.edu/documents/.../SELA13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf)... Consultado el 20 de diciembre de 2015.
- Del Rey, Xavier. 2007. Cultura política y constituciones en América Latina. En *Revista Nueva Sociedad* 210.
- Ferreira, Gustavo. 2008. Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 14. Uruguay: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
- . 2006a. *Constitucionalidad de la Reforma Constitucional en Argentina*. Congreso Internacional de Derecho Constitucional Culturas y Sistemas Jurídicos comparados y VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. México, D.F: UNAM. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-232s.pdf>. Consultado el 5 de diciembre de 2014.
- . 2006b. *Sobre el control del proceso de reforma constitucional, según los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina*. Buenos Aires: Planeta.
- Gargarella, Roberto. 2013. Poder y Derechos en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. En *Nuevos Procesos Constitucionales en América Latina*, Beatriz Rajland, Mauro Benente y Katty Muñoz (Comp.). Quito: Ediciones Legales.
- Grijalva, Agustín. 2012. Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador. En *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC.
- Lasalle, Ferdinand. 2002 *¿Qué es una Constitución?*, 2ª. ed. Barcelona: Ariel.
- Oyarte, Martínez Rafael. 2007. La Asamblea Constituyente. *Foro. Revista de Derecho*, 7. Quito: UASB.
- Pérez Royo, Xavier. 2014. *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons.
- Torrontegui, Miren. 1995. *El Decisionismo en la Política Económica Ecuatoriana*. Tesis de grado Programa de Maestría en Ciencias Política. Facultad de Ciencias Sociales. Quito: FLACSO.
- Trujillo, Julio César. 2013. *Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: UASB/Corporación Editora Nacional.
- Zaidan, Selim. 2010 *¿Neoconstitucionalismo en el Ecuador?* En *Ruptura*, Libro No. 54: 157-182. Quito: AED.
- Zambrano, Alfonso. 2011. *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*. Lima: Edilex.

# ENSAYOS

*Handwritten signature or stylized text in a cursive script.*

## DEMOCRACIA DELIBERATIVA, TECNOLOGÍA Y COMPETENCIAS CIUDADANAS

### DELIVERATIVE DEMOCRACY, TECHNOLOGY AND CITIZEN COMPETENCES

#### A DEMOCRACIA DELIBERATIVA, TECNOLOGÍA E COMPETÊNCIAS DE CIDADANIA

Jacqueline Guerrero Carrera\*  
Universidad de las Américas

Recibido: 13/02/2015  
Aceptado: 05/05/2015

#### Resumen:

La democracia deliberativa reivindica la participación ciudadana y la deliberación como ejes de la democracia a partir de un ideal de ciudadano que se interesa por los temas que atañen a la sociedad y que reflexiona considerando el interés general. En la Sociedad de la Información o Sociedad Red, la participación ciudadana se redimensiona por el uso de las tecnologías de la información y comunicación, especialmente internet, las que permiten configurar una nueva esfera pública de deliberación. En este contexto, los ciudadanos requieren de competencias específicas para la era digital en que se desarrollan, a partir del alfabetismo digital.

**Palabras clave:** Participación Electrónica; Competencias Digitales; Alfabetismo Digital.

#### Summary

Deliberative democracy reinvokes citizen participation and deliberation, the cornerstone of democracy. It demands the existence of a model citizen that is concerned about issues of public interest that can impact society. In the modern Information Society, citizen participation is strengthened by the use of technology for information and communication. This is especially true with regards to the Internet, which nowadays is a new public space for debate. Within this context, citizens require specific tools and competences for digital era, which are developed from digital literacy.

**Key words:** Deliberative Democracy; Electronic Participation; Digital Competences; Digital Literacy.

#### Resumo

A democracia deliberativa reivindica a participação do cidadão e deliberação como eixos da democracia a partir de um cidadão ideal que se interessa por questões que afetam a sociedade e que pondera considerando o interesse geral. Na “Sociedade da Informação” o “Sociedade Rede”, a participação cidadã é redimensionada pelo uso de tecnologia da informação e comunicação, especialmente a Internet, que permitem configurar uma nova esfera pública de deliberação. Neste contexto, os cidadãos necessitam habilidades específicas para a era digital que se desenvolvem a partir de a alfabetização digital.

**Palavras chave:** Participação Eletrônica; Competências Digitais; Alfabetização Digital.

\* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, UDLA, Ecuador. Doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Universidad de Las Américas. Magister en Derecho Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar. Especialista Superior en Docencia Universitaria por la Universidad Andina Simón Bolívar. Correo electrónico: jacqueline.guerrero@udla.edu.ec

## INTRODUCCIÓN

Considerando que en un régimen democrático la soberanía radica en el pueblo y éste es el titular último del poder, desde el 2007 en el Ecuador se ha apelado con mayor intensidad a formas de democracia directa, como reflejo de la denominada 'democracia plebiscitaria'<sup>1</sup>. En un período de siete años se han realizado cuatro consultas populares<sup>2</sup> trascendentales; al pueblo se le ha preguntado sobre diferentes temas como la convocatoria a una asamblea nacional constituyente, los plazos para la caducidad de la prisión preventiva, la creación de un consejo de la judicatura de transición, la suspensión de los espectáculos en los que se daba muerte a un animal, entre otros. Asimismo, el pueblo debió decidir sobre la aprobación de la actual Constitución. Se podría pensar entonces que en el Ecuador los ciudadanos tienen un rol activo en la toma de decisiones políticas, a la luz de su concurrencia a las urnas para pronunciarse sobre temas específicos o para aprobar normas.<sup>3</sup>

Pero en el proceso de reducción de la democracia al ejercicio del derecho al voto, muchas son las inquietudes que precisan de análisis, especialmente en lo que respecta a la posibilidad real que han

tenido los ciudadanos para reflexionar, comprender y debatir sobre aquello que votaron, no sólo por razones de tiempo y espacios para la discusión, sino también por los mecanismos empleados para hacer posible la deliberación ciudadana.

Una forma de decantar el análisis de tan compleja temática es partiendo de la denominada democracia deliberativa en tanto modelo teórico de democracia, que precisamente ubica la participación ciudadana como eje central de los procesos democráticos.

Sin embargo, en este ensayo no se pretende explicar a profundidad la teoría de la democracia deliberativa, sino establecer la relación de las tecnologías de la información y comunicación, especialmente internet, con la participación ciudadana activa.

La principal conclusión da cuenta de que las tecnologías de la información y comunicación pueden aportar a la realización de la democracia deliberativa por su potencialidad para incrementar la participación ciudadana, pero se precisa de un ciudadano con competencias para la era digital.

## DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y TIC: UNA RELACIÓN INEVITABLE

La democracia deliberativa, como modelo teórico de democracia, esencialmente se asienta en la premisa de la necesaria y profunda deliberación democrática por parte de los potenciales afectados, como base para la legitimación de las decisiones políticas (Martí 2008).

Para Jürgen Habermas, la democracia deliberativa se construye a partir de elementos conceptuales como la ciudadanía, la opinión pública, la participación política y el Derecho, siendo además la respuesta a dos

de los principales desafíos de los Estados democráticos modernos: el multiculturalismo, que condiciona la unidad del Estado hacia el interior, y la globalización, que desde el exterior atañe a la integridad del Estado, pues mediante la deliberación democrática se puede "justificar los presupuestos normativos que legitiman el Estado en sentido democrático e incluyente de la diversidad" (Domínguez 2013, 303-304). La deliberación democrática constituye también un imperativo frente a los factores que permiten hablar del 'secuestro de la participación ciudadana' como son

1 Un análisis interesante de la génesis del proceso constituyente en Ecuador en 2007, que marca el inicio de esta nueva etapa de participación electoral, se puede encontrar en el trabajo de Brewer-Carías (2009).

2 La consulta popular es una referencia doctrinaria genérica que incluye modos de ejercicio de democracia directa, por las cuales se consulta al pueblo para que se pronuncie como titular del poder soberano. El referéndum y el plebiscito son dos de esas formas de participación democrática directa, que se pueden diferenciar por la temática que abordan y sus efectos. Así, en teoría, el plebiscito puede versar sobre temas que no sean de carácter normativo; en cambio el referéndum se emplea para dar origen o validez a una norma.

3 Desde el 2008 en Ecuador el voto es obligatorio para las personas mayores de dieciocho años y es facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años, los mayores de sesenta y cinco años, las y los ecuatorianos que habitan en el exterior, los integrantes de las Fuerzas Armadas y las personas con discapacidad. Por tanto, la concurrencia a las urnas corresponde al ejercicio de un derecho así como al cumplimiento de un deber.

“la apatía cívica, la oligarquización de las decisiones, la corporativización social, la manipulación política, la eliminación de la deliberación política por el regateo de intereses, el sometimiento de los medios de comunicación al índice de audiencia” (Suquillo 2001, 63).

Por su parte, Roberto Gargarella considera que la democracia deliberativa, entendida como un ideal, se caracteriza por al menos cuatro supuestos: i) es una postura contraria a la idea de que la mayoría debe estar representada por una élite política encargada de la toma de decisiones, siendo condición necesaria para la democracia la deliberación de la ciudadanía sobre temas políticos; ii) el comportamiento de los ciudadanos en materia política supone una conducta diferente a su comportamiento como consumidor y por tanto sus preferencias incluyen la potencial afectación a otros; iii) los partícipes en la democracia deliberativa son los ciudadanos individualmente considerados y no los grupos o ‘facciones’ que participan en el proceso democrático; y iv) la toma de decisiones en el sistema político se basa en la discusión, mediante la deliberación pública, siendo éste un proceso que implica el intercambio de opiniones y la escucha de los argumentos del otro, cuyo máximo es la confrontación para la modificación de las opiniones (Gargarella 1995, 2-3).

Por lo expuesto, la deliberación democrática es posible cuando existen mecanismos de participación que se encuentran institucionalizados y los actores sociales participan activamente, siendo un requisito del modelo una alta ‘calidad reflexiva de la participación democrática’,<sup>4</sup> que supone el acceso a la información relevante que va a servir para la deliberación y reflexión (Martí, 2008) así como que el procedimiento democrático cumpla ciertas condiciones, que en palabras de Nino son:

a) La participación de todos los interesados en la discusión y la decisión; b) que esa

participación se desarrolle sobre una base ‘razonable’ de igualdad y sin mediar ningún tipo de coerción; c) que los participantes del debate público puedan expresar sus intereses y justificarlos con ‘argumentos genuinos’; d) que el grupo que pone en obra la deliberación tenga una dimensión tal que maximice la posibilidad de alcanzar un resultado correcto; e) que no existan minorías sistemáticamente ‘aisladas’; f) que aquellos que participan en el debate no se encuentren bajo la influencia de ‘emociones extraordinarias’ (Nino en Montero 2006).

Por otra parte, los críticos de la democracia deliberativa, como Laporta, centran sus inquietudes en los problemas de orden práctico para la institucionalización de sus postulados. Los cuestionamientos pasan por los foros o espacios donde se realizaría la discusión o la deliberación, así como el modo en que se adoptarían las decisiones o la forma para lograr que el ciudadano se interese por la cosa pública (Laporta 2001). Éste último aspecto puede reflexionarse a partir de la realidad de democracias actuales, como la de Ecuador, en las que se convoca de modo frecuente a los electores mediante las figuras del referéndum o del plebiscito, lo que a decir de Laporta implica el riesgo de hartar a la gente de la deliberación (Laporta 2001).

Para que la deliberación democrática sea posible, se precisa de la existencia de espacios para la interacción de personas diferentes, que piensen y actúen de forma diferente; es decir, que es necesaria una ‘esfera pública’ que permita el encuentro de las opiniones diversas, que en la actualidad incluye al ciberespacio (Sunstein 2003). Es indispensable entonces reparar en el rol que tienen las tecnologías de la información y la comunicación, específicamente internet, como mecanismos tecnológicos participativos.<sup>5</sup>

Considerando que la democracia deliberativa no se traduce en una especie de democracia directa, sino

4 Este aspecto que señala José Luis Martí es esencialmente importante. Habermas, considera que las normas tienen legitimidad cuando ha existido la participación ciudadana y la aceptación de todos los posibles afectados por las mismas (Habermas 2008, 9). En el caso de Ecuador juristas como Fabián Corral Burbano de Lara (2013) sostienen que el desconocimiento del contenido del proyecto de Constitución por parte de los ciudadanos que votaron en el referéndum del 2008, traducido en la ignorancia de lo que se votaba, puede ser tan grave que podría dar origen a un principio de ilegitimidad de la actual carta constitucional.

5 La aplicación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el campo de la política o el uso de las mismas en los espacios democráticos se ha identificado como democracia digital, e-democracia o democracia electrónica, aunque no es del todo correcto. Sin embargo, no existe suficiente construcción teórica que permita una aproximación conceptual adecuada. En todo caso está claro que las TIC son un medio que deben estar al servicio de la democracia y que permiten redimensionar las diferentes esferas de actuación e interacción del Estado y los ciudadanos.

que destaca la necesidad de añadir a los procesos democráticos los juicios reflexivos por parte de los ciudadanos y de sus representantes, las TIC y particularmente internet, constituyen un medio idóneo para crear los espacios para la deliberación *on line*,<sup>6</sup> considerando el comportamiento y las preferencias de las generaciones actuales. En este sentido podría pensarse que en la sociedad de la información o sociedad red, la tecnología es el elemento que permitiría llevar a la democracia deliberativa de la teoría a la práctica, obviamente, en la medida en la que permitan incorporar a la ciudadanía a la toma de decisiones políticas, como resultado de procesos de carácter deliberativo de calidad.

Los autores más entusiastas, incluyendo a Manuel Castells (2009), quien considera a internet como un instrumento de participación ciudadana extraordinario, sostiene que las TIC facilitan que las personas expresen sus opiniones de forma directa, permiten la mutua deliberación de individuos y el intercambio de ideas, potencian espacios deliberativos e incluso pueden dar lugar a la implementación del denominado 'control popular'. En definitiva, internet aporta de forma positiva a la democracia.

Sin embargo, las TIC e internet también podrían representar problemas para la democracia y para la deliberación, en la medida en que potencian las opciones de los individuos para que puedan elegir con exactitud qué información recibir, o personalizar la información, excluyendo aquello que no es de su interés; lo que Sunstein denomina el 'poder de filtrar'. Por las funcionalidades que brinda la tecnología, es ilimitada la posibilidad de seleccionar con exactitud la información que se desea obtener, de suprimir el acceso a aquello que no nos gusta o de restringir el contacto sólo con aquellos grupos que tienen intereses afines. Entonces, las facilidades que brinda la tecnología pueden ser limitantes para

la deliberación y potencialmente peligrosas para la democracia, si se considera que éstas requieren que los individuos tengan contacto con diferentes puntos de vista, especialmente los opuestos a los suyos y accedan a información que no haya sido previamente seleccionada por ellos.

Otra preocupación es la posibilidad de fragmentación por la formación de comunidades que reciban información reducida, lo que impediría tener cuenta los intereses colectivos o los beneficios sociales (Sunstein, 2003), así como que a la larga se genere polarización y extremismo.

En este orden de cosas, la relación entre la democracia deliberativa y las tecnologías de la información y comunicación se traduce en la necesidad de lograr una participación ciudadana efectiva, lo que en la Sociedad de la Información o Sociedad Red únicamente se podría lograr con el empleo de herramientas tecnológicas, permitiendo hablar de e-participación o participación ciudadana electrónica.<sup>7</sup>

No es posible desconocer la capacidad de las TIC para potenciar la participación ciudadana, especialmente la web 2.0,<sup>8</sup> pero las experiencias dan cuenta de que el principal uso de las herramientas de e-participación en el ámbito político han sido utilizadas para el voto, sin incluir la deliberación ciudadana. De tal suerte, la proyección de la e-participación está dada por el uso de las TIC para profundizar los ámbitos de deliberación pública.

Obviamente hay escépticos frente a la e-participación que fundamentan sus objeciones en aspectos como la seguridad de los medios electrónicos, la capacidad de las TIC para reflejar fidedignamente las preferencias de los ciudadanos, las posibilidades de acceso (brecha digital) e incluso la falta de preparación de los usuarios, puntos que generarían mayores problemas

6 En febrero de 2015 la proveedora de servicios de registro global Afiliás, anunció la apertura de dos nuevos nombres de dominio ".VOTE" y ".VOTO", que constituyen un aporte para crear espacios de confluencia entre funcionarios electos, gobiernos, candidatos políticos y organizaciones con los ciudadanos en general. Se espera que a partir de esta iniciativa se generen espacios de deliberación directa. Información específica se ubica en [www.get.vote](http://www.get.vote)

7 El tema de la participación ciudadana electrónica puede ser abordado desde diferentes enfoques: el político (democracia digital), el social (ciberactivismo) e incluso el cultural.

8 Existen diferentes herramientas electrónicas que involucran a internet o a otro tipo de TIC, utilizadas en el ámbito de la política, como por ejemplo: intranet, blogs, wikis, correo electrónico, broadcasting, video-conferencias, televisión digital, sms, etc. Las tecnologías que permitirían potenciar la participación ciudadana con el fin de profundizar la democracia, son más especializadas. Entre ellas se cuentan los blisks políticos, las redes sociales y los sistemas para consultas participativas.

que la ausencia misma de la participación (Lavín 2011).

Así también es importante destacar que la participación ciudadana y la e-participación están directamente relacionadas con factores de acceso a la información, transparencia y otros, por lo que uno de los desafíos para el Estado es poner a disposición de los ciudadanos la información necesaria, considerando ciertos principios como: a) el acceso global a información oficial; b) la confiabilidad de la información; c) la oportunidad en la comunicación de la información; d) la posibilidad de recuperación de la información; e) la gratuidad para el acceso; y f) la competencia para el manejo de la información por parte de los ciudadanos.

Particularmente, en relación con el acceso a la información, el mayor problema puede presentarse con la información jurídica, que es esencial para la deliberación y la participación ciudadana. Ricardo Guibourg (2011) considera que el acceso a la información jurídica, tiene ciertas limitaciones, entre estas:

1. Limitación informativa: los usuarios no conocen la información que está a su disposición, pues lo que es común que se conozca son las fuentes donde se ubica la información.
2. Limitación económica: el acceso a la información jurídica puede tener un costo no accesible para el común de los usuarios.
3. Limitación espacial: procurarse de un acervo de literatura jurídica que emplee un espacio físico significativo está reservado para ciertos abogados.
4. Limitación de la especialización: la especialización es indispensable en el Derecho pero trae como consecuencia el desconocimiento de lo que pasa en las otras áreas diferentes a la de especialización.

5. Limitación temporal: el usuario no dispone de todo el tiempo necesario para realizar la búsqueda de la información.
6. Limitación por comodidad: aun cuando el usuario sepa dónde encontrar la información no realizará la búsqueda si esto supone muchas molestias.

Laporta simplifica el tema señalando que “seguramente sucede que los temas no son tan apasionantes para muchos, la información satura pronto y el tiempo para obtenerla es un bien escaso” (Laporta 2001, 25)

En el Ecuador el acceso a la información es un derecho constitucional reconocido a las personas, las que en forma individual o colectiva pueden “acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Se consagra también una Acción de Acceso a la Información Pública, con el objeto de garantizar el ejercicio del derecho cuando existe denegación expresa o tácita del mismo (Art. 91, Constitución de la República del Ecuador, 2008).<sup>9</sup> Antes de la vigencia de la actual Constitución ya existía la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que fue aprobada como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública.

Si se considera que el acceso a la información jurídica, especialmente la relativa a las normas jurídicas, es probablemente la mayor barrera para una deliberación de calidad, es pertinente plantear, al menos, las siguientes interrogantes: ¿Es vigente el principio de la publicidad normativa del ordenamiento jurídico? ¿El Estado debe garantizar el acceso a la información jurídica? ¿El acceso a la información pública debe ser gratuito y democrático? ¿Es suficiente automatizar la información y permitir el libre acceso para efectivizar la participación ciudadana y la deliberación?

<sup>9</sup> El artículo 91 de la Constitución de la República establece que “La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.”

Entonces ¿es posible vivir una democracia deliberativa si se cuenta con espacios de deliberación y se emplean los medios para que se realice una deliberación de calidad? La respuesta obliga a dirigir la mirada hacia

el ciudadano y analizar sus capacidades y actitudes para la participación democrática, con especial referencia a las competencias relacionadas con la tecnología.

## UNA APROXIMACIÓN A LAS COMPETENCIAS CIUDADANAS DIGITALES

En los Estados democráticos modernos, el rol del ciudadano se ha visto redimensionado por la complejidad de los diversos sistemas que determinan la vida social y que exigen de éste un mayor acercamiento con el Estado y una activa participación en relación con lo público. Esto presupone la existencia de un ciudadano con conciencia política, capaz de comprender su rol y con conocimiento de los asuntos públicos que le atañen; en otras palabras, “para que exista una democracia fuerte, capaz de expresarse en instituciones participativas e incluyentes, es necesaria la existencia de una ciudadanía y una opinión pública competente en los asuntos públicos” (Domínguez 2013, 306). Se puede decir que “un buen ciudadano, es aquel que conoce y ejerce sus derechos que están garantizados en la ley, y que además sabe de los mecanismos de protección de esos derechos, reconoce la titularidad de los mismos en los demás y asume sus obligaciones legales y responsabilidades sociales” (González Luna 2010, 36).

Si bien la condición de ciudadano se adquiere por el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma, el ejercicio mismo de la ciudadanía no es simple y depende de los conocimientos, habilidades y actitudes del ciudadano, es decir de sus competencias,<sup>10</sup> las que van a condicionar su participación en la deliberación pública, pues un ciudadano competente será aquél que se interese por la cosa política y tenga una actitud hacia la cooperación social.

Esta reflexión sobre el ciudadano tiene particularidades si se realiza en el contexto de la

Sociedad de la Información o Sociedad Red, pues necesariamente deben agregarse las competencias digitales, especialmente la alfabetización digital en tanto competencia transversal (González s/f, 4).

La alfabetización digital, término introducido por Paul Gilster en 1997, y que en términos sencillos se puede definir como “el conocimiento y las habilidades que se requieren para participar en las actividades fundamentales de los usuarios de TIC” (González s/f, 4), implica la generación de competencias digitales para la Sociedad de la Información o Sociedad Red, que son diferentes de las competencias que se estima que tienen los ‘nativos digitales’,<sup>11</sup> que están más relacionadas con las actividades de entretenimiento y relaciones sociales, como el uso de redes sociales, el manejo y la reproducción de recursos en línea, la búsqueda básica de información y el acceso a servicios básicos, entre otros (González s/f, 9). Las competencias digitales, por su parte, están relacionadas con la actuación ciudadana e implican seguridad informática, protección a la privacidad, ciudadanía digital, participación en la sociedad, acceso a servicios avanzados de gobierno electrónico, etc. (González s/f, 9).

La alfabetización digital es fundamental para la democracia deliberativa, porque es la que permitiría al ciudadano obtener la información que le resulte significativa y le motive a participar de forma permanente y activa en los espacios de deliberación, a partir de una reflexión democrática de calidad. Pero para lograr desarrollar esta competencia, se deberán considerar los problemas asociados a la tecnología, especialmente la brecha digital<sup>12</sup> individual y la

10 Una competencia es el resultado de la suma de dos componentes: i) capacidades (conocimientos y habilidades); y, ii) actitudes.

11 Término acuñado por Marc Prensky en 2001, para distinguir a aquellos que nacieron antes de 1980 y que los denominaría como *inmigrantes digitales*. Los nativos digitales, en principio, son aquellos que pertenecen a las generaciones para las cuales las tecnologías digitales forman parte de su vida desde su nacimiento.

12 Según el informe Global Information Technology Report (GITR) 2014, elaborado por el World Economic Forum y The Business School of the World (INSEAD), y que se basa en el Network Readiness Index (NRI), el Ecuador ocupa el puesto 82 en cuanto al nivel de aprovechamiento de las TIC, incluyendo en nivel de preparación de los usuarios de las TIC, lo cual implica una posible disminución de la brecha a nivel país debido principalmente al mayor nivel de acceso a Internet de la población. Sin embargo, el informe evidencia que no hay mejora en cuanto a la reducción de la brecha digital entre países.

colectiva, que justamente se explican a partir del analfabetismo digital.

La *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (2010-2013)* realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos del Ecuador (INEC), señala que en el 2013 el 20% de los ecuatorianos eran analfabetos digitales, considerando como tales a aquellas personas que simultáneamente cumplen tres características: 1) no tienen celular activado; 2) en los últimos 12 meses no han utilizado computadora;

y, 3) en los últimos 12 meses no han utilizado internet. Este concepto de analfabetismo digital es muy precario y no se corresponde con las habilidades para el uso de la tecnología, que no solo implica el acceso, sino la comprensión del funcionamiento y el empleo con eficiencia de esta herramienta, por tanto es indispensable revisar el concepto oficial de lo que se entiende por analfabetismo digital, pues sólo hace alusión al acceso a los medios (internet, computadora y celular) pero excluye la competencia para el manejo de los mismos.

## CONCLUSIONES

La democracia deliberativa reivindica la participación ciudadana, pero en términos ideales, pues las variables de la intervención en el discurso público no se corresponden con reglas y procedimientos sino con precondiciones para el debate como la contribución práctica de las instituciones para la discusión pública, la igualdad sustantiva y no solo formal de los ciudadanos, el acceso efectivo a la información necesaria para la deliberación, entre otras.

La democracia deliberativa no se opone a la democracia representativa porque, como dice Laporta, “no pretende ocuparse primariamente de las instituciones del sistema, sino del sujeto político que las habita” (Laporta 2001, 28). Se trata de mejorar el sistema con el aporte de la deliberación que implica un ideal de ciudadano, por ello “sólo cuando surjan unos ciudadanos reflexivos y maduros, conscientes de sus deberes cívicos y capaces de representar los intereses de los demás podremos empezar a hablar de la deliberación y reflexión como sustancia del proceso político y de la virtud cívica como presupuesto de una comunidad política avanzada” (Laporta 2001, 28).

Pese a que la teoría deliberativa no cuestiona la arquitectura política de las democracias modernas, basadas en la representación, sí considera que es insuficiente su capacidad para incorporar los intereses de los ciudadanos, de ahí que “el problema es cómo se legitima y de dónde obtiene esa representación su capacidad legislativa ¿Es suficiente únicamente la delegación del voto?” (Ganuza 2012). Lo que se ha

podido evidenciar es la incorporación de parámetros deliberativos a los mecanismos representativos, realizados también en internet, como por ejemplo en la denominada encuesta de opinión deliberativa, creada por James Fishkin (Sustein 2003).

Es necesario también establecer la distinción entre democracia directa y democracia deliberativa, pues lo que se busca no es consultar de forma permanente a los ciudadanos sobre los temas que se traducen en decisiones políticas importantes o trascendentes, sino propiciar una participación ciudadana activa que implique una deliberación de calidad que contribuya al fortalecimiento democrático, mediante el involucramiento en el escenario político de los potenciales afectados, lo que finalmente conllevará a la tan anhelada legitimidad que se traduce en la aceptación racional de las normas.

En la sociedad actual, las TIC redimensionan las formas de interactuar de los ciudadanos, propician una esfera pública nueva de carácter virtual que permite una participación activa de los ciudadanos, pero hay una variable fundamental a considerar, las competencias ciudadanas para la era digital.

Las denominadas competencias digitales derivan del alfabetismo digital que podría explicar las diferencias de actuación de los ciudadanos de diferentes países en un mismo marco de democracia deliberativa. Es decir, el analfabetismo digital puede constituirse en una barrera para el uso de las TIC como medios de participación ciudadana.

Entonces, el desafío está en forjar ciudadanos competentes, con pensamiento crítico, que conozcan sus derechos y deberes, y que aporten a la construcción democrática mediante la defensa de las instituciones democráticas y el ejercicio de sus derechos. Pero la formación de los ciudadanos no se resuelve solo con la educación cívica y ciudadana, pues lo que se

requiere es el desarrollo de competencias ciudadanas, esto es habilidades, destrezas y actitudes, que permitan el ejercicio de una ciudadanía activa. Es decir, hay que desarrollar competencias necesarias para vivir la democracia deliberativa, incluyendo las denominadas competencias digitales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Brewer-Carías, Allan R. 2009. *Inicio del Proceso Constituyente en Ecuador en 2007 y las Lecciones de la experiencia venezolana de 1999*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2728/15.pdf>. Consultado el 30 de enero de 2015.
- Castells, Manuel. 2009. *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza.
- Constitución de la República del Ecuador. 2008. Disponible en [http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Consultada el 30 de enero de 2015.
- Corral Burbano, Fabián. 2013. *La reforma constitucional*, Mesa redonda 8 de abril de 2013. Universidad de las Américas, Quito.
- Domínguez, Héctor. 2013. Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. *Analecta Polit*, 4, (5): 301-326. Disponible en <https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta-/article/view/2070>. Consultado el 30 de enero de 2015.
- Ganuzá, Ernesto. 2012. *El desafío deliberativo. Ciudadanía en 3D: Democracia digital deliberativa: un análisis exploratorio*. Madrid: Edhasa.
- Gargarella, Roberto. 1995. El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina. *Revista Sociedad*. Disponible en [http://www.insumisos.com/lecturas/insumisos/la%20democracia%20deliberativa%20en%20 el%20 analisis%20del%20sistema%20repres.pdf](http://www.insumisos.com/lecturas/insumisos/la%20democracia%20deliberativa%20en%20el%20 analisis%20del%20sistema%20repres.pdf). Consultado el 22 de enero de 2015.
- González Luna, Teresa. 2010. *Democracia y Formación Ciudadana*. México: Instituto Federal Electoral.
- González, Romina. s/f ¿Tienen los nativos digitales las competencias digitales necesarias para la Sociedad de la Información y el Conocimiento? Disponible en [http://www.icdl-latinoamerica.org/media/Nativos\\_digitales\\_competencias\\_digitales\\_ICDL\\_Latinoamerica1.pdf](http://www.icdl-latinoamerica.org/media/Nativos_digitales_competencias_digitales_ICDL_Latinoamerica1.pdf) Consultado el 18 de mayo de 2015.
- Guiborg, Ricardo. 2011. *El fenómeno normativo*. Argentina: Astrea.
- Habermas, Jürgen. 2008. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- INEC, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador. 2013. *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (2010-2013)*. Disponible en [http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Estadisticas\\_Sociales/TIC/Resultados\\_principales\\_140515.Tic.pdf](http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Estadisticas_Sociales/TIC/Resultados_principales_140515.Tic.pdf). Consultado el 29 de mayo de 2015.
- International Telecommunication Union. 2013. *Measuring the Information Society. Switzerland: UTI*. Disponible en [https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics-/Documents/publications/mis2013/MIS2013\\_without\\_Annex\\_4.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics-/Documents/publications/mis2013/MIS2013_without_Annex_4.pdf). Consultado 29 de mayo de 2015.
- Laporta, Francisco. 2001. Los problemas de la democracia deliberativa. *Claves de Razón Práctica*, 109: 22-28. Disponible en [http://www.prisarevistas.com-/pdf/2001/Claves\\_109.pdf](http://www.prisarevistas.com-/pdf/2001/Claves_109.pdf). Consultado el 15 de febrero de 2015.
- Lavín, José. 2011. *Delaparticipaciónalae-participación*. Tesis doctoral. Disponible en <https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/11357/Tesis%20doctoral%20JM%20Lav%C3%ADn.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consultada el 20 de mayo de 2015.
- Martí, José Luis. 2008. Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa. En *La Democracia Electrónica. Revista de Internet, Derecho y Política*, 6. UOC. Disponible en <http://idp.uoc.edu>. Consultado el 13 de enero de 2015.

Montero, Julio. 2006. La Concepción de la Democracia Deliberativa de C. Nino: ¿Populismo moral o elitismo epistemológico”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29: 319-331.

Sunstein, Cass. 2003. *República.com Internet, democracia y libertad*. España: Paidós.

Suquillo, Julián. 2001. El retorno de la política. *Claves de Razón Práctica*, 109. Disponible en <http://>

[www.prisarevistas.com-/pdf/2001/Claves\\_109.pdf](http://www.prisarevistas.com-/pdf/2001/Claves_109.pdf). Consultado el 15 de febrero de 2015.

World Economic Forum. 2014. *Global Information Technology Report (GITR)*. Disponible en <http://www.weforum.org/reports/global-information-technology-report-2014>>. Consultado el 13 de enero de 2015.

# IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA DISFORIA DE GÉNERO

## LEGAL EFFECTS OF GENDER DYSPHORIA

## IMPLICAÇÕES LEGAIS DE DISFORIA DE GÊNERO

*Jorge Hernán Baeza Regalado\**  
*Universidad de las Américas*

Recibido: 09/10/2014  
Aceptado: 20/01/2015

### Resumen:

Este trabajo aborda, a partir de una reseña evolutiva, el tratamiento de la identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional de Ecuador y Argentina, así como en las legislaciones de desarrollo de algunos países, al tiempo que trata las aspiraciones sociales con incidencia jurídica de este campo, y los aspectos médicos y psicológicos relacionados con la disforia de género, concluyendo en la necesidad de respeto de los derechos de identidad y expresión de género.

**Palabras clave:** Derechos Humanos; Sexo; Identidad de Género; Transgenerismo; Transexualismo.

### Summary

This paper is a historic review on the evolution of gender identity in International Human Rights Law and Constitution Law both in Ecuador and Argentina, as well as in emerging legislation from other countries. It addresses the social aspirations on these issues that have impacted law, and explores medical and psychological aspects related to gender dysphoria. It concludes stating the need to respect and protect the rights to gender identity and expression.

**Key words:** Human Rights; Sex; Gender Identity; Transgenderism; Transsexualism.

### Resumo

Este trabalho aborda a partir de uma resenha da evolução, o tratamento da identidade de gênero no Direito Internacional dos Direitos humanos e no Direito Constitucional do Equador e da Argentina, assim como nas legislações em desenvolvimento de alguns países, ao tempo que trata as aspirações sociais com incidência jurídica neste campo, e os aspectos médicos e psicológicos relacionados com a disforia de gênero, concluindo com a necessidade de respeito dos direitos de identidade e expressão de gênero.

**Palavras chave:** Direitos Humanos; Sexo; Gênero; Identidade de Gênero; Transgeneridade; Transexualismo.

\* Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República y Máster en Propiedad Intelectual por la Universidad de Las Américas, Ecuador. Actualmente cursa su PhD en Derecho Civil - Personas en el Programa Intensivo de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires, UBA. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UDLA y Director General de Gestión Académica de la UDLA desde el año 2012. Correo Electrónico: jbaeza@udla.edu.ec

## INTRODUCCIÓN

‘Disforia de género’ es una denominación técnica utilizada actualmente en Psicología y Psiquiatría para describir el conflicto de las personas que perciben que el sexo con el que nacieron no es el que sienten como propio, lo que tiene implicaciones no sólo personales y de salud sino también, sociológicas y jurídicas.

Al respecto, si bien Gil, Fama y Herrera, en su *Derecho Constitucional de Familia* (2012, 1110) tienen

razón en que “... para un análisis serio sobre estos contenidos, es un imperativo incursionar en ciertos y determinados conocimientos, provenientes de otros campos del saber, principalmente de la medicina y la psicología”, en este trabajo se abordan en primer lugar las implicaciones socio-jurídicas de la disforia de género, en la identidad de género y se puntualizan, al final, sus aspectos médico-psicológicos.

## EVOLUCIÓN SOCIO JURÍDICA

Josefina Fernández, en su obra *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*, revisa históricamente los hechos relacionados con la problemática de la disforia de género, señalando como hitos: la “criminalización de las desviaciones sexuales”, “de la prisión al consultorio”, y “del consultorio médico a la calle”. Diez años después de escrita esta obra, deberíamos añadir un cuarto hito: “de la calle a los organismos internacionales y a la ley”, y aspirar al siguiente: “de la ley a la cultura ciudadana”.

En efecto, en sociedades tradicionales, homogéneas y cerradas, las diferencias sexuales eran y son criminalizadas por considerarse aberraciones sexuales contrarias a la familia, la moral y las buenas costumbres.<sup>1</sup> Fernández (2004, 20) señala al respecto que “...el concepto de género aparece por primera vez en el campo de las ciencias médicas, a mediados del siglo XX, en un intento por explicar y echar luz sobre un conjunto de prácticas anómalas reunidas bajo el nombre de ‘aberraciones sexuales’. Por esto -siguiendo a la misma autora- luego de su criminalización, las diferencias sexuales pasaron al estudio de la medicina, la cual inicialmente las consideró como ‘desviaciones sexuales’, aunque continuaban reguladas por el Derecho Penal. Al mismo tiempo, los directamente involucrados/as empezaron a hacer escuchar su voz, apareciendo términos como *transexual*, así como

las clínicas para el cambio de sexo. Las luchas se enfocaron en la descriminalización, hasta que, de la mano de los primeros sexólogos que distinguieron la homosexualidad del travestismo y del transexualismo, se pasó “de la prisión al consultorio”. Este hito implicó que se haya llegado paulatinamente a diferenciar el sexo del género, es decir, la realidad biológica respecto de la percepción psicológica y social, lo que se reflejó en la evolución de los llamados ‘manuales de trastornos sexuales’ que al principio hablaban de ‘desviaciones sexuales’, pero después se refirieron a las mismas realidades con el nombre de ‘desórdenes de identidad de género’. Esto supuso que lo que antes era considerado como un asunto jurídico-penal que debía ser sancionado, pasó a ser materia de preocupación psicológica o médica. Nuevamente en palabras de la autora, con ello se transitó “del consultorio médico a la calle”. En este sentido, la lucha social se enfocó en la despatologización de las prácticas sexuales y la desregulación médica, combatiéndose la idea de que ser diferentes fuese una enfermedad (Fernández 2004, 19-38).

En 2013, la “Biblia de la Psiquiatría” dejó de considerar a la homosexualidad como un trastorno y procedió a denominarla ‘disforia’, terminología que significa afección. Mientras tanto, a partir del estado de opinión generado y de la presión social, en algunos lugares se reconoció que la identidad de

1 El filósofo y antropólogo Andrés Carmona sostiene que “En una sociedad cerrada en sí misma, homogénea, no tiene sentido cuestionarse la verdad de la tradición recibida, es más, puede ser perjudicial para la supervivencia de esa sociedad problematizar sus mitos y costumbres, de ahí que sean sociedades tendentes a castigar la diferencia, la disidencia o el espíritu crítico...” (Carmona 2013). Esto se vuelve especialmente grave en el caso de las diferencias sexuales, como lo acredita el informe *Homofobia de Estado. Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, protección y reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo* de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA), el cual muestra que aun hay 76 países en los cuales está penalizada la homosexualidad (Itaborahy y Zhu 2013), es decir, que practican la ‘homofobia de Estado’.

género, es decir, la percepción personal del propio género al margen del sexo de nacimiento, constituye un derecho que debe ser garantizado y protegido. No obstante, en muchas sociedades aun hay quienes menosprecian, discriminan y odian lo diferente, lo

cual apunta a que los avances en la legislación no han llegado a la cultura ciudadana. Por otra parte, las leyes que reconocen, garantizan y protegen la identidad de género no se dictan en muchas sociedades donde las 'desviaciones sexuales' todavía constituyen un delito.

## EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El mundo después de finalizada la Segunda Guerra Mundial había cambiado. Se transparentaron con fuerza diversidades de todo orden, entre las naciones y al interior de ellas, pero también se establecieron los valores comunes que debían preservarse.

Con esa conciencia se expidió en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que consagró, entre otros derechos, aquellos vinculados con la igualdad de los seres humanos ante la ley y la no discriminación de los diferentes, por cualquier motivo que fuese. En este sentido, los artículos más notables fueron:

Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)

Artículo 2.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)

Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación (...) (Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948)

Al respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es enfática sobre la plena aplicabilidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para las personas LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales):

La protección de las personas LGBT contra la violencia y la intimidación no exige la creación de una nueva serie de derechos específicos para ellas ni el establecimiento de nuevos estándares internacionales de derechos humanos. Sin perjuicio de la intensidad y complejidad del debate político en las Naciones Unidas respecto de los derechos de las personas LGBT, desde el punto jurídico la cuestión es simple. Las obligaciones que incumben a los Estados de proteger a las personas LGBT contra las violaciones de sus derechos humanos ya están bien establecidas y son vinculantes para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. (Naciones Unidas 2012, 62)

Sin embargo, en 2006, a iniciativa de la jurista canadiense Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se emitieron los Principios de Yogyakarta (Indonesia) sobre la aplicación de los Derechos Humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, los que desarrollan cada derecho humano para las personas LGBT. Cabe destacar que su mayor aporte consistió no sólo en desarrollar ampliamente la idea esencial de que "la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso" (2007, 6), sino, además, el haber definido con claridad estos conceptos. Esta es la definición aportada sobre identidad de género:

La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría

involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (Principios de Yogyakarta 2007, 6)

La identidad de género, así concebida, describe una situación personal relacionada, desde la visión médico psicológica, con la disforia de género mientras que, desde la perspectiva jurídica se continúan aplicando los derechos humanos de igualdad ante la ley y no discriminación a las personas *trans*, constituyéndose para ellas en un derecho.

La terminología utilizada en la materia ha evolucionado, tendiéndose a consensos, generalmente recogidos por organismos internacionales. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en cumplimiento de una resolución de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), elaboró en 2012 el estudio *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes*, del cual destacamos que

el término 'sexo' se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término 'género' se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas (...)

Dentro de la categoría identidad de género se incluye generalmente la categoría transgenerismo o *trans*. (OEA 2012, 1; 4-6)

En este sentido, el informe aporta las definiciones de tales categorías. En el caso de 'transgenerismo o *trans*', se determina que

este término paraguas -que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la

identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste.

Una persona *trans* puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos (OEA 2012, 1; 4-6). Al mismo tiempo establece las diferencias con el 'transexualismo', planteando que

las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica -hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia físico-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. (OEA 2012, 1; 4-6)

Siguiendo aun el informe, en otras subcategorías que no necesariamente implican modificaciones corporales se ubicarían las personas travestis, las cuales son definidas como "aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico", lo cual puede incluir la modificación o no de su cuerpo (OEA 2012, 1; 4-6).

Finalmente, el documento plantea que dentro de la categoría 'transgénero' se ubican, de igual modo, otros términos tales como: 'cross-dressers', quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto; 'drag Queens', hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos; 'drag kings', mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos; y 'transformistas', hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos (OEA 2012, 1; 4-6).

Pero como esta realidad no es aceptada por muchos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se preocupa por las violaciones de derechos humanos

relacionadas con la orientación o identidad de género, frente a lo cual organismos internacionales como la ONU y la OEA han tomado iniciativas que obligan a los Estados miembros a respetar estos derechos; logrando que muchos países, basados en estas iniciativas, en el Derecho Internacional de

los Derechos Humanos y en los principios que los sustentan, han contemplado en sus constituciones y legislaciones esta realidad y han dado respuestas a la misma de acuerdo con estos principios e instrumentos.

## PRINCIPIOS DE DIGNIDAD HUMANA E IGUALDAD

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como los Principios de Yogyakarta hacen referencia a la dignidad humana. La primera, en el sentido de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, mientras que los segundos plantean que la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona.

En este sentido, sobre la dignidad humana es fundamental la tesis del filósofo alemán Jürgen Habermas (2010, 6) quien sostiene que "...siempre ha existido -aunque inicialmente sólo de modo implícito- un vínculo conceptual interno entre los derechos humanos y la dignidad humana..."; y que "la defensa de los derechos humanos se nutre de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana." Asimismo plantea el autor que la dignidad humana "...constituye la 'fuente' moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento".

Por consiguiente, el principio de la dignidad humana constituye, desde esta concepción, sustento de los derechos humanos y fundamento de derechos específicos como los de identidad y expresión de género. Íntimamente relacionado con el principio de dignidad humana se encuentra el principio de igualdad, cuyo tratamiento es antiguo y complejo, siendo abordado principalmente por filósofos y juristas. En estricto sentido, la igualdad sólo existe en las matemáticas, por lo que al plantearse como ideal humano no tiene carácter descriptivo sino prescriptivo, y aun así el planteamiento normativo de igualdad requiere de precisiones.

Por esto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos precisa que todos los seres humanos nacen libres e iguales "en dignidad y derechos" y que todos

son iguales "ante la ley" y tienen derecho a "igual protección de la ley" (Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948).

En este sentido, el jurista español Javier Pérez Royo cuestiona la expresión 'igualdad ante la ley' pues él la entiende como referencia a la legislación secundaria, y en este sentido la interpreta como neutralidad legislativa; pero en términos generales utiliza más bien la expresión 'igualdad constitucional', en referencia a la Constitución española que expresa que los españoles "son iguales ante la ley" sin que pueda prevalecer discriminación alguna, y precisa que:

Lo que la igualdad constitucional afirma es que los individuos *son diferentes* y lo que persigue es posibilitar primero que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas y garantizar después el ejercicio del derecho a tales diferencias.

*La razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia.* No que todos los individuos sean iguales, sino que cada uno tenga derecho a ser diferente (...)

Justamente por esto, *la igualdad ni es ni puede ser un derecho.* El derecho a la igualdad sería contradictorio con la condición individual del ser humano y, en consecuencia, ni existe ni puede existir. (Pérez Royo 2012, 212)

Pero más adelante añade: "Y sin embargo, el Derecho sólo es posible con base en la igualdad" (Pérez Royo 2012, 213). Su planteamiento es que la igualdad es una técnica de gestión de las diferencias personales, las cuales son expresión de la libertad, ya que igualdad y desigualdad no existen en la naturaleza, aunque la desigualdad es más extendida y creíble.

Frente a esto, la igualdad constitucional es resultado tanto del principio de naturaleza antropológica de dignidad humana cuanto del principio de naturaleza política de igualdad, que deriva del anterior, constituyendo un punto de conexión entre la igualdad política y el derecho, que es el presupuesto de todos los derechos fundamentales y que hace posible el derecho a la diferencia, actuando como criterio que permite decidir si una diferencia contemplada en la legislación es razonable (Pérez Royo 2012, 214-226). En este sentido puntualiza:

En el derecho a la diferencia está implícito que la voluntad general tenga que acabar tomando partido a favor de una voluntad particular (...).

Lo que la igualdad constitucional exige es que la voluntad general no tome partido políticamente, sino que lo haga de manera exclusivamente jurídica. Políticamente la voluntad general tiene que ser siempre neutral, jurídicamente no puede serlo. Pero sí tiene que ser imparcial. (Pérez Royo 2012, 230)

Sin embargo, el constitucionalista agrega que en el ámbito de las relaciones privadas entre particulares, es decir, en la sociedad, no opera la igualdad constitucional sino la autonomía de la voluntad, por lo que los límites están dados por las prohibiciones de discriminación. Pero además, hay una nueva línea de leyes específicas que desarrollan el principio de igualdad, promoviendo la misma (Pérez Royo 2012, 235-236).

En general, si bien la concepción de igualdad como ideal mantiene su esencia desde la Ilustración, ha debido renovar su interpretación para adaptarse a circunstancias cambiantes, pero pese a ello, las luchas de los diferentes han sido difíciles, y continúan en la actualidad. Por esto, el investigador jurídico mexicano Gerardo González Ascencio coincide con Pérez Royo, aunque desde otra perspectiva, al plantear que la sola igualdad es insuficiente, de modo que se requiere el reconocimiento para los diferentes:

... el sólo mecanismo que provea la cultura jurídica para garantizar el ejercicio pleno de la igualdad en la diversidad, por mucho que nos

empeñemos en repensarlo y actualizarlo, será siempre insuficiente. La igualdad, fundada en el nuevo paradigma de reconocerse a partir de las acciones positivas que le garanticen al distinto el goce pleno de los derechos fundamentales que a todos nos debe de garantizar el Estado constitucional de derecho, será, a pesar de esa limitante, ingrediente consubstancial.

La igualdad, dice Ferrajoli, es siempre una utopía jurídica que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que permitan la reproducción del orden diseñado; una forma de ir las minando consiste, aquí y ahora, en ese reconocimiento para los diferentes.” (González 2006, 188)

Pero el derecho a la diferencia no invalida el ideal igualitario, que es un ideal de justicia, sino que se soporta en él.

Para ello, no debe confundirse el derecho a la diferencia con la manipulación de las ‘diferencias’ para otros propósitos, si consideramos lo que señala el jurista y ex presidente ecuatoriano Rodrigo Borja:

Toda la organización social de nuestros días no es más que un esfuerzo continuado para marcar las diferencias entre las personas.

El neoliberalismo capitalista de esta época, en lugar de combatir en favor de la igualdad social, busca deliberada y conscientemente acentuar los desniveles (...)

La exaltación de las diferencias, con propósitos políticos, se ha dirigido también hacia la raza, la religión y la cultura. (Borja 2013, 31)

Es necesario tener lo mencionado en consideración, pues permite darnos cuenta de que la opresión de muchas personas por concepciones culturales tradicionalistas que criminalizan las diferencias legítimas -por ejemplo, la expresión de la identidad de género distinta al sexo de origen- no constituye una manifestación aislada, sino que se enmarca en un sistema general de opresión económica, social,

jurídico político y cultural, que sólo fomenta las diferencias que benefician a quienes se encuentran

en la cúspide de la pirámide social en perjuicio de las mayorías.

## LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, suscriptores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y pactos relacionados, han refrendado normas de cumplimiento obligatorio que en muchos casos revisten jerarquía constitucional. Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

La prohibición contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género no se limita a las normas internacionales de derechos humanos. Los tribunales de muchos países han decidido que ese tipo de discriminación infringe no sólo el derecho internacional sino también sus normas constitucionales internas.” (Naciones Unidas 2012, 9)

En el caso de la República del Ecuador, su Constitución de 2008, cuyo artículo primero afirma que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”, dedica varias normas a la equidad, a la discriminación, a la paridad, a la violencia y a temáticas de género. De tal suerte, incluye una norma de gran importancia:

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

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género... (Constitución de la República del Ecuador 2008)

Esto muestra que en Ecuador está consagrada constitucionalmente la identidad de género y, por tanto, está amparada por las instituciones y recursos existentes para la defensa de los derechos en general, y por las constantes referencias

constitucionales a los derechos humanos y a los instrumentos internacionales sobre esta materia, los que constituyen el contexto en que se enmarcan estos derechos específicos. Así, el mismo artículo 11 señala también como principios de aplicación de los derechos:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (...).

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. (Constitución de la República del Ecuador 2008)

Por otra parte, el artículo 156 establece los Consejos Nacionales para la Igualdad en calidad de “...órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos...”, los cuales quedan encargados de la observancia de las políticas de género. Asimismo el artículo 172 señala como principio para la Función Judicial que “las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”; mientras que el artículo 417 regula que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro ser humano*, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. Por su parte, el artículo 424 establece

que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público; y el artículo 426 dispone que jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, aplicarán las normas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos “...siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente (...) Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación” (Constitución de la República del Ecuador 2008).

En el caso de Argentina, si bien no se incluye en su Constitución reformada en 1994 ninguna norma específica sobre la identidad de género, en el artículo 75, numeral 22, inciso 2, se otorga rango constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Constitución de la Nación Argentina 1994). Al respecto, debe tomarse en cuenta que “la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) han sostenido que la orientación sexual y la identidad de género se encuentran comprendidas dentro de la frase ‘otra condición social’ establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos...” (OEA 2012, 7), lo que implica que estos derechos tienen jerarquía constitucional. La Constitución argentina, en su artículo 43, establece la acción de amparo “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”, pudiendo interponerse esta acción “contra cualquier forma de discriminación” (Constitución de la Nación Argentina 1994).

Además, es importante el aporte doctrinario de Gil, Fama y Herrera, en su obra *Derecho Constitucional*

*de Familia*, el que nos aproxima a la confrontación ideológica de fondo sobre el tema, cuando al criticar un fallo judicial denegatorio del otorgamiento de personalidad jurídica a una asociación *trans*, sostiene que el modelo constitucional argentino, especialmente desde 1994, “se ubica dentro del paradigma del estado constitucional de derecho”, el cual trae como consecuencia “una ‘resignificación’ de conceptos” a fin de “propender a la coexistencia de una pluralidad de valores en lugar de la homogeneidad ideológica”, lo que debe ser asumido por el Poder Judicial en materia de derechos fundamentales, ya que éstos “protegen aquello que todos los ciudadanos consideran tan importante para la convivencia que no pueda ser confiado a la mayoría legislativa”. En este sentido se preguntan “¿en qué se basa la ‘concepción moral ciudadana?’”, respondiéndose que “mientras para algunos el divorcio, la pornografía y el aborto representan un gran mal por razones religiosas, para otros, significan el triunfo de la libertad (...) La solución se sitúa en una antigua idea que se hallaba en la cuna de los derechos fundamentales como fenómenos de la Modernidad: distinguir claramente entre convicciones personales y normas jurídicas válidas en general”.

A ello añaden que “existe una importante diferencia entre la pregunta ¿cómo quiero vivir? y la pregunta ¿cómo queremos vivir?”, de modo que la segunda responde a “una concepción de una moral pública que pone de manifiesto una representación común sobre las condiciones justas de la cooperación social en un mundo marcado por el hecho del pluralismo” (Gil, Fama y Herrera 2012, 2005-2007).

Lo que no dicen Gil, Fama y Herrera al respecto, es que esa solución que distingue entre las convicciones personales y las normas generales entre lo privado y lo público, ha sido adoptada constitucionalmente por algunos Estados como uno de los fundamentos esenciales de la democracia, y tiene un nombre: laicidad.

## LAS LEGISLACIONES NACIONALES

Los derechos humanos a la igualdad ante la ley y la no discriminación, se concretizan para el caso

de las personas *trans* principalmente en el derecho a la identidad de género, el que ya ha sido recogido

en algunas legislaciones nacionales que ponen de manifiesto algunos avances en la materia. Con datos a 2011, Bossert (2011, 398) menciona algunos países en los cuales se admite la modificación de la partida de nacimiento y la adecuación al nuevo sexo en los documentos de identidad del transexual que ha sido operado con ese propósito: Suecia (1972), Alemania (1980), Italia (1982), Holanda (1985), Turquía (1998), Austria (1983, modificado en 1996), Dinamarca, Finlandia, Noruega, Francia, Bélgica, Sudáfrica, Australia, España (2007) y varios Estados de los Estados Unidos de América, a lo que se suman otros países en los que esto opera por vía jurisprudencial, como Grecia, Luxemburgo, Suiza, Portugal, España, Alemania y Uruguay. Otros ejemplos de leyes relacionadas con la identidad de género son:

- En España, la Ley 3/2007 de 15 de marzo de 2007, de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
- En Uruguay, la Ley 18.620 de 2009, sobre el derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios, la cual permite a las personas *trans* solicitar el cambio del nombre y del sexo sin necesidad de que se realicen intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual.
- En Argentina, la Ley 26.743, promulgada el 23 de mayo de 2012, que establece el derecho a la identidad de género de las personas, lo reconoce, define, permite la rectificación registral, la confidencialidad y el trato digno de conformidad con dicha identidad “tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”.

Pablo Glanc considera que esta ley “avanza en derecho, pero principalmente, avanza en la igualdad real entre las personas, camino hacia una sociedad más justa” (2013, 85-93). De tal suerte, este autor analiza el discurso jurídico desde las luchas sociales, la función del Derecho desde el poder en que “toda ley surge como respuesta a un conflicto social”; y desde la igualdad por lo que “la Ley de Identidad de

Género es un acto de resistencia”, pues el “desprecio se encontraba legitimado por el Estado”, y con ella “se legitiman todos los planes de vida y se nos designa a todos como iguales (...) a la vez que se reconoce a las personas como tales, se legitima la existencia de grupos de pertenencia, otorgando en la democracia un valor agregado a las minorías y a la diversidad social” (Glanc 2013, 85-93).

Como se observa, su lectura trasciende los derechos reconocidos en esta ley, pues considera que ella coadyuva a la construcción democrática y de una sociedad más justa.

A estos avances legislativos se suman medidas como las adoptadas en 2014 por el Registro Civil de Ecuador que permiten realizar uniones de hecho entre personas LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales) y que las mismas consten en el documento de identidad.

Además, hay normas específicas que mencionan la ‘disforia de género’, como el artículo 4 de la ley española de rectificación registral del sexo de las personas, el cual establece que para acordar la rectificación debe haber sido diagnosticada la disforia de género, acreditada mediante informe médico o psicológico sobre la existencia de disonancia entre el sexo morfológico inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia, ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de dicha disonancia, y que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las del sexo reclamado (Ley 3/2007 2007). En general, la legislación sólo cubre parte de la problemática y faltan regulaciones sobre otros aspectos. El campo que se abre al Derecho abarca principalmente:

- a) El derecho a la identidad de género, que incluye todos los aspectos relacionados con el desarrollo de dicha identidad, y que se manifiesta en primer lugar en la posibilidad de cambiar el nombre en el documento de identidad y que en el mismo, en lugar del sexo conste su identidad de género, a fin de que no sean exigibles intervenciones quirúrgicas de

cambio de sexo ni trámites engorrosos, sino la sola manifestación de voluntad del interesado o interesada.

- b) Todo lo relacionado con la cobertura de salud y de seguros, pública y privada, sin exigencias ni costos adicionales, para la realización de cirugías de cambio de sexo, terapias hormonales, de salud reproductiva, terapias de voz y comunicación, apoyo psicológico, todo ello con carácter confidencial.
- c) Todo lo relacionado con matrimonio, unión de hecho, adopción y tenencia de menores, que no debería tener limitaciones ni diferencias con respecto a lo que está regulado para las demás personas.
- d) Normas antidiscriminatorias, principalmente en la educación, el trabajo y la comunicación, y normas educativas que favorezcan el conocimiento y el respeto social de la realidad *trans*.

Y las prioridades son los derechos humanos. Al respecto, la Oficina Regional de América del Sur de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sintetiza las obligaciones de los Estados con respecto de la protección de los derechos humanos de las personas LGBTI:

Proteger a las personas contra la violencia homofóbica y transfóbica (...); 2. prevenir la tortura así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes de las personas LGBTI privadas de libertad, prohibiendo y sancionando tales actos y garantizando que las víctimas reciban una reparación (...); 3. derogar inmediatamente las leyes que penalizan la homosexualidad, incluyendo todas las leyes que prohíben relaciones sexuales con consentimiento entre adultos del mismo sexo (...); 4. prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (...); 5. preservar la libertad de reunión, expresión y asociación pacífica para las personas LGBTI. (Naciones Unidas 2013, 4-5)

Sin embargo, a partir de los derechos humanos, del Derecho Constitucional y de las legislaciones nacionales, nos enfrentamos a una temática nueva, que abarca diversas disciplinas, y tiene una incidencia importante en el Derecho de Familia. No obstante, como lo señalan Gil, Fama y Herrera,

Transexualismo y hermafroditismo -principalmente el primero- entre otros temas atinentes a la identidad sexual, pone en jaque varias de las miradas tradicionales que abundan en el derecho de familia. En otras palabras, estas tensiones bioéticas obligan a revisar 'lo dado'. (2012, 1164)

Para ello, estos autores recurren al pensamiento filosófico de Edgar Morin sobre la complejidad, y también constatan que se ha roto el pensamiento binario que clasifica los sexos en dos. Esta temática, a más de los aportes médicos, psicológicos y sociológicos, en el ámbito del Derecho, requiere mucho de la Sociología Jurídica y de la Filosofía del Derecho.

Además, se deben abordar algunas de las dificultades jurídicas en la aplicación del Derecho, tales como las señaladas por Gustavo Bossert en su obra *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*, al tratar sobre el transexualismo. Allí menciona las implicaciones del matrimonio de un transexual, que no debería tener impedimento, ni la adopción de un menor, pero que en caso de haber estado previamente casado no resulta fácil determinar si el otro cónyuge podría plantear nulidad de matrimonio considerando injurias graves por la imposibilidad de continuar manteniendo relaciones sexuales, o nulidad del matrimonio, porque al momento de celebrarlo habría existido error sobre la persona de uno de los contrayentes, quien psíquicamente siempre habría tenido otro sexo. También menciona el debate sobre la facultad de los padres para demandar la autorización judicial en representación de un hijo menor para la intervención quirúrgica de cambio de sexo, tema en el cual cabe considerar la normativa civil y de menores, la Convención de los Derechos del Niño, y diversas normas y precedentes judiciales de varios países (Bossert 2011, 400-405).

## ASPIRACIONES SOCIALES CON INCIDENCIA JURÍDICA

La evolución legislativa, así como las políticas gubernamentales sobre identidad de género, responden en gran medida a las luchas de los colectivos *trans*, por lo que es necesario conocer sus planteamientos. Al respecto, constituyen aspiraciones características, la expedición de leyes y adopción de políticas que consideren principalmente: a) el derecho a la propia identidad sexual y de género de todas las personas; b) la atención integral de la salud de las personas transexuales de forma gratuita, por parte de personal médico especializado en transexualidad y la creación de unidades médicas multidisciplinarias especializadas en identidad de género; c) la formación de profesionales de la salud en transexualidad, de cátedras universitarias sobre la

materia, y la investigación sobre la transexualidad; d) la expedición de normas de protección a las personas *trans* frente a agresiones debidas a esta condición, y la toma de medidas de fomento del respeto social y de la administración pública a la condición *trans*; e) la modificación de las restricciones de registro civil a la imposición de nombres masculinos o femeninos según la coincidencia con el sexo de nacimiento; f) la creación de servicios de asesoramiento jurídico y de servicios de apoyo psicológico y social para personas *trans*, sus familiares y allegados; g) la adopción y aplicación de políticas de discriminación positiva en el empleo para personas *trans*; y h) el apoyo al movimiento asociativo de las personas *trans* (GIGT s.f, 4-5).

## ASPECTOS MÉDICOS Y PSICOLÓGICOS

Según MedlinePlus, un servicio de información de la Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos de América, la disforia de género

es una afección en la cual se presenta un conflicto entre el sexo físico de una persona y el sexo con el que ésta se identifica. Por ejemplo, una persona que físicamente es un varón puede realmente sentirse y actuar como una mujer. La persona está muy incómoda con el sexo con el que nació. (MedlinePlus 2014)

Esta 'afección', que según MedlinePlus tiene como nombres alternativos transexualismo y transgenerismo, guarda concordancia con el Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales DSM-5, publicado en 2013 por la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), considerado como "la Biblia de la Psiquiatría", cuya 4<sup>ta</sup> edición fue de 1994.

Pero con anterioridad a la última edición, la disforia de género era catalogada como "trastorno de identidad de género", designación en la cual la palabra 'trastorno' constituye un término psiquiátrico que puede considerarse un eufemismo para referirse a una enfermedad mental, mientras que la nueva designación utilizada, 'disforia', es un término

psicológico utilizado para describir "...un estado psicológico que causa que alguien experimente sentimientos de ansiedad, inquietud y depresión (...) [y que] es más bien una condición natural o rasgo de la personalidad ('state of being') (MedlinePlus 2014). Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) informa que

el movimiento LGBTI y en particular el movimiento *trans* se han movilizado en rechazo a las categorías médicas-psiquiátricas en las que se les ha clasificado. Ejemplo de ello es el movimiento "Stop Trans Pathologization 2012" que busca eliminar del DSM de la APA las categorías 'disforia de género' y 'desórdenes de la identidad de género'. (OEA 2012, 12)

Muestra de la evolución que ha tenido la comprensión de esta realidad es el cambio de nombre de la "Asociación Internacional Harry Benjamin de Disforia de Género" por "Asociación Mundial para Salud Transgénero" (*The World Professional Association for Transgender Health*, WPATH).

Sin embargo, el avance en la comprensión y el reconocimiento de derechos no significa que no existan aspectos de salud relacionados, aunque el problema inicial es que no se tienen claras las causas

por las cuales se produce la ‘disforia de género’. Al respecto, MedlinePlus (2014), sin desconocer diversas hipótesis, concluye: “Se desconoce la causa de la disforia de género. Las hormonas en el útero, los genes y los factores sociales y ambientales (como la crianza) pueden intervenir.”

Pero, por sobre las causas, cobran relevancia sus consecuencias, por lo que desde la perspectiva médica, se ha desarrollado una visión y unas formas de intervención que parten de síntomas como el desagrado por los propios genitales y desear deshacerse de ellos, el deseo de pertenecer al sexo opuesto, el vestirse y mostrar hábitos característicos del sexo opuesto, el desear vivir como una persona del sexo opuesto, el alejarse de la interacción social, el sentirse aislado o rechazado socialmente y el sufrir depresión o ansiedad.

Las pruebas son:

La sensación de estar en el cuerpo del género ‘equivocado’ debe durar al menos dos años para hacer el diagnóstico.

La historia clínica y una evaluación psiquiátrica pueden confirmar el deseo constante de la persona de pertenecer al sexo opuesto. (MedlinePlus 2014)

El tratamiento:

Se recomienda terapia individual y familiar para los niños con el fin de crear un ambiente de apoyo en casa y en el colegio. Igualmente se recomienda terapia individual y, de ser apropiado, terapia de pareja para los adultos.

El cambio de sexo mediante la cirugía y la hormonoterapia son una opción, pero los problemas de identidad pueden continuar después de este tratamiento. (MedlinePlus 2014)

El pronóstico:

El diagnóstico y tratamiento oportunos de este trastorno pueden reducir las probabilidades

de depresión, angustia emocional y suicidio. (MedlinePlus 2014)

Pero si bien los colectivos *trans* tienden a negar el carácter de enfermedad de la ‘disforia de género’, aceptan que sus miembros tienen requerimientos de salud, al tiempo, reconocen que

algunos y algunas simplemente repiten lo que sus médicos les han afirmado, aunque no vivan la transexualidad como una patología. Otras personas consideran que hablar de enfermedad facilita su reclamo por la asistencia médica que necesitan para la construcción corporal de su identidad o que favorece la comprensión del resto de la sociedad. (ATTTA s/f, 2)

Pero fundamentalmente manifiestan que se requiere

(...) la atención médica de las personas *trans*, en aquellos casos en que decidan realizar intervenciones para la reasignación genital, u otros tratamientos hormonales o quirúrgicos específicos.

La necesidad de la intervención especializada no implica en ningún caso el diagnóstico de una enfermedad, sino el asesoramiento y acompañamiento profesional para garantizar integralmente la salud de los/as ciudadanos/as *trans*. (ATTTA s/f, 3)

Para el efecto, y sobre todo para la comprensión de esta realidad, ayudan las *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*, cuya séptima edición, de 2012, fue publicada por la Asociación Mundial para la Salud Transgénero.

Estas normas, emitidas en 1979, abarcan actualmente la finalidad, uso y aplicabilidad global de las normas, la diferencia entre variabilidad de género y disforia de género, las consideraciones epidemiológicas, el panorama de los enfoques terapéuticos, la evaluación y tratamiento de niñas/os y adolescentes, la salud mental, la terapia hormonal, la salud reproductiva, la terapia de voz y comunicación, la cirugía, los cuidados postoperatorios y su seguimiento, la atención preventiva y primaria permanentes y la

aplicabilidad de las normas de atención a personas que viven en entornos institucionales y a personas con variaciones biológicas del sexo (WPATH 2012).

Es decir, el panorama médico y psicológico es amplio, complicado e influido por las luchas sociales, lo que empieza a considerarse por los poderes públicos de los Estados. Así, la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 de la República Argentina, emitida en 2010,

(...) prohíbe expresamente diagnosticar en el campo de la salud mental ningún tipo de dolencia basada exclusivamente en la 'elección o identidad sexual', lo que ratifica el compromiso del Estado argentino contra la patologización de las personas *trans* (es decir, tratar su situación como una enfermedad). (ATTTA s/f, 2)

## CONCLUSIÓN

La realidad de las personas *trans* no es nueva; lo que resulta nuevo es su transparencia y el hecho de que ya no se la considere una enfermedad. Es a la sociedad a quien le corresponde adaptarse a las nuevas circunstancias, principalmente desde lo cultural, superando prejuicios. Por esto, junto con los necesarios cambios legislativos que consagren

claramente el derecho a la identidad y a la expresión de género, es indispensable la definición y ejecución de políticas públicas que propicien el respeto de este derecho, la prestación de servicios jurídicos, de salud y de asistencia social, y las campañas educativas y de comunicación en pos del respeto social de estas realidades.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATTTA, Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina. S/f. *Derecho a la identidad. Guía para comunicadoras y comunicadores*. Disponible en [http://www.agmagazine.info/downloads/falgbt\\_guia\\_para\\_comunicadores\\_sobre\\_identidad\\_de\\_genero.pdf](http://www.agmagazine.info/downloads/falgbt_guia_para_comunicadores_sobre_identidad_de_genero.pdf). Consultado el 14 de septiembre de 2014.
- Borja, Rodrigo. 2013. *Enciclopedia de la Política*. Disponible en <http://www.encyclopediadelapolitica.org>. Consultado el 23 de enero de 2015.
- Bossert, Gustavo. 2011. *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Carmona, Andrés. 2013. *El laicismo como versión política del escepticismo*. Disponible en <http://laicismo.org/2013/el-laicismo-como-version-politica-del-escepticismo/39839#cabecera>. Consultado el 17 de enero de 2015.
- Constitución de la Nación Argentina. 1994. Disponible en [http://es.wikisource.org/w/index.php?title=Constituci%C3%B3n\\_de\\_la\\_Naci%C3%B3n\\_Argentina\\_\(1994\)&oldid=502008](http://es.wikisource.org/w/index.php?title=Constituci%C3%B3n_de_la_Naci%C3%B3n_Argentina_(1994)&oldid=502008). Consultado el 11 de septiembre de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. 2008. Disponible en [http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Consultado el 11 de septiembre de 2014.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948. Disponible en [http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml). Consultado el 11 de septiembre de 2014.
- Deyoung, Nathaniel. S.f. *History of the DSM*. Disponible en <https://sites.google.com/site/psych54000/>. Consultado el 18 de enero de 2015.
- Fernández, Josefina. 2004. *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*. Buenos Aires: Edhasa.
- GIGT, Grupo de Identidad de Género y Transexualidad del Colectivo LAMBDA. S.f. *Transexualidad: el derecho a la propia identidad sexual*. Observatorio de Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos. Disponible en <http://www.observatori.apfcib.org/docs/11/transexualitat.pdf>. Consultado el 14 de septiembre 14 de 2014.
- Gil, Andrés; María Fama y Marisa Herrera. 2012. *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes, derecho constitucional de familia: Derecho constitucional de familia*. Tomos I y II. Buenos Aires: Ediar.
- Glanc, Pablo. 2013. La conquista de derechos y la Ley 26.743. En *TRANSformaciones. Ley, diversidad, sexuación*, Mónica Torres; Graciela Schnitzer; Alejandra Antuña y Santiago Peidro (Comp.), 85-99. Buenos Aires: Grama Ediciones.
- González, Gerardo. 2006. La igualdad y la diferencia en el Estado constitucional de derecho. Una reflexión feminista a la luz del pensamiento garantista. *Revista Alegatos*, 62. Disponible en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/56/62-09.pdf>. Consultado el 21 de enero de 2015.
- Habermas, Jürgen. 2010. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/dianoia/v55n64/v55n64a1.pdf>. Consultado el 19 enero de 2015.
- Itaborahy, Lucas Paoli y Jingshu Zhu Zhu. 2013. *Homofobia de Estado. Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, protección y reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo*. Bruselas-Ciudad de México: ILGA. Disponible en [http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA\\_Homofobia\\_de\\_Estado\\_2013.pdf](http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2013.pdf). Consultado el 17 de enero de 2015.
- Ley 18.620, Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos

- identificatorios. 2009. República Oriental del Uruguay. Poder Legislativo. Disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18620&Anchor=>. Consultado el 16 de septiembre de 2014.
- Ley 26.743, Establécese el derecho a la identidad de género de las personas. 2012. InfoLEG Información Legislativa. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Argentina. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>. Consultado el 16 de septiembre de 2014.
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. 2007. BOE Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/16/pdfs/A11251-11253.pdf>. Consultado el 16 de septiembre de 2014.
- MedlinePlus, Enciclopedia Médica. 2014. *Disforia de género*. Disponible en <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001527.htm>. Consultada el 14 de septiembre de 2014.
- Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. Oficina Regional América del Sur. 2013. *Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Disponible en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>. Consultado el 23 de septiembre de 2014.
- , 2012. *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*. Nueva York - Ginebra: Naciones Unidas.
- OEA. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. 2012. *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes. Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "CIDH" en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. Organización de los Estados Americanos. Disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF\\_166-12\\_esp.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf). Consultado el 22 de septiembre de 2014.
- Pérez Royo, Javier. 2012. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. 2007. Disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/orientacion\\_sexual\\_Principios\\_de\\_-Yogyakarta\\_2006.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_-Yogyakarta_2006.pdf). Consultado el 22 de septiembre de 2014.
- Psychology Glossary Alleydog.com. 2014. *Dysphoria definition*. Disponible en <http://www.alleydog.com/glossary/definition.php?term=Dysphoria>. Consultado el 14 de septiembre de 2014.
- WPATH, World Professional Association for Transgender Health (Asociación Mundial para la Salud Transgénero). 2012. *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*. 7a. versión. Disponible en [http://www.wpath.org/uploaded\\_files/140/files/SOC%20-%20Spanish%20v2.pdf](http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/SOC%20-%20Spanish%20v2.pdf). Consultado el 15 de septiembre de 2014.

**VOLVER SOBRE LA HEGEMONÍA  
GRAMSCI EN LOS LÍMITES DE LA CULTURA**

**BACK TO HEGEMONY  
GRAMSCI IN THE LIMITS OF CULTURE**

**DE VOLTA EM HEGEMONIA  
GRAMSCI EM OS LIMITES DE CULTURA**

*Jorge Daniel Vásquez\**

*Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*

Recibido: 05/03/2015

Aceptado: 20/05/2015

**Resumen:**

El presente texto plantea las condiciones de posibilidad que el concepto de hegemonía mantiene de cara al análisis del lugar de la cultura en el capitalismo contemporáneo. Para esto se realiza una lectura de los argumentos del filósofo italiano Antonio Gramsci que subyacen en los planteamientos epistemológicos del antropólogo argentino Alejandro Grimson en su obra *Los límites de la cultura*. Con esta base, este artículo analiza la vinculación entre cultura, política y conocimiento otorgando centralidad a la conceptualización de la hegemonía, se problematiza la relación entre hegemonía y cultura desde la consideración de su importancia analítica, y se refiere a los anclajes subjetivos que se pueden encontrar en la relación entre hegemonía y capitalismo.

**Palabras clave:** Hegemonía; Cultura; Capitalismo contemporáneo; Gramsci; Grimson.

**Summary**

This paper presents the conditions of possibility that the concept of *hegemony* holds, in the light of the analysis of culture in contemporary capitalism. Hence, the article is based on selected texts of Italian philosopher Antonio Gramsci, and the epistemological approaches of Argentine anthropologist Alejandro Grimson in his book *Los límites de la cultura* (*The Limits of Culture*). On this basis, this

paper analyses the relationship between culture, politics and knowledge, with emphasis on the conceptualization of hegemony. It also questions the relationship between hegemony and culture from the perspective of its analytic importance, and refers to the subjective links that can be found in the relationship between hegemony and capitalism.

**Key words:** Hegemony; Culture; Contemporary Capitalism; Gramsci; Grimson.

**Resumo**

O presente texto plantea as condições de possibilidade para que o conceito de hegemonia mantenha a análise do lugar da cultura no capitalismo contemporâneo. Para isto se realiza uma leitura dos argumentos do filósofo italiano Antonio Gramsci que subjazem as apresentações epistemológicos do antropólogo argentino Alejandro Grimson em sua obra *Los límites de la cultura*. Com esta base, este artigo analisa a vinculação entre cultura, política e conhecimento outorgando centralidade e conceito da hegemonia, se estabelece como problemática a relação entre hegemonia e cultura desde a consideração de sua importância analítica, e se refere aos pontos firmes subjetivos que se podem encontrar na relação entre hegemonia e capitalismo.

**Palavras chave:** Hegemonia; Cultura; Capitalismo contemporáneo; Gramsci; Grimson.

\* Jorge Daniel Vásquez es ensayista, docente e investigador. Ha realizado estudios de Filosofía, Sociología y Educación en Brasil, Costa Rica y Ecuador. Es profesor-investigador de FLACSO-Ecuador, en el Departamento de Sociología y Estudios de Género y docente en la Escuela de Sociología de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. E-mail: jdvasquez@flacso.edu.ec

*El legado de Gramsci es vasto, pero quiero subrayar su proyecto para comprender una derrota, su rechazo a la idealización como fundamento de su implacable voluntad de transformar el mundo.*  
(Grimson 2011, 103)

El presente trabajo<sup>1</sup> gira en torno a la vinculación entre política, cultura y conocimiento desde el concepto de hegemonía de Antonio Gramsci. El argumento que se desarrolla consiste en que el análisis del carácter culturalista del capitalismo contemporáneo implica plantear constantemente el problema de la hegemonía. Tal cuestión se puede rastrear en la propuesta conceptual que el antropólogo Alejandro Grimson desarrolla en su obra *Los límites de la cultura. Crítica de las teorías de la identidad*, la cual se perfila como un texto que ejercerá significativa influencia en varias disciplinas y en la discusión conceptual.<sup>2</sup> Así, este artículo opta estratégicamente por traer al debate sobre las formas culturales del capitalismo contemporáneo, la concepción gramsciana de hegemonía, en diálogo con las argumentaciones de Grimson respecto a la cultura.

A fin de actualizar el debate dentro de la crítica al culturalismo, Grimson (2011, 91-107) señala cuatro puntos en los que se expresa la complejidad de la relación entre conocimiento, política y cultura: 1) los términos de la relación entre los niveles axiológico (valorativo), praxeológico (de sumisión al otro) y epistémico (de conocimiento o ignorancia de la identidad del otro);<sup>3</sup> 2) el lugar de la traducción como proceso social, histórico y político en el contexto de la complicada relación entre la metanarrativa de la antropología y sus categorías, y la metanarrativa de las supuestas inconmensurabilidades culturales

esenciales; 3) el problema de la subalternidad y las posibilidades de hablar que tiene el subalterno sin ser a su vez nombrado por la hegemonía; y 4) la dificultad de asegurar la 'utilidad' del conocimiento debido a su inevitable vinculación con los usos sociales.<sup>4</sup>

En relación al tercer punto, el antropólogo argentino vuelve a la pregunta de Spivak "¿Puede hablar el subalterno?" para plantear un reflexión sobre las relaciones del conocimiento con la política.<sup>5</sup> A diferencia de lo señalado por Spivak, para Grimson el subalterno puede hablar y habla,<sup>6</sup> pero "es necesario distinguir los procesos de conflicto que trabajan dentro de los límites hegemónicos de los que trabajan en las fronteras de la hegemonía sobre esos mismos límites, buscando transformarlos" (Grimson 2011, 46). Es decir, el análisis de la relación entre conocimiento y política se basa en la determinación de la hegemonía. Por lo tanto, es la crítica de la hegemonía lo que permite comprender la configuración del poder en la imbricación entre política, conocimiento y cultura, al mismo tiempo que la relación entre los tres elementos tiene que ver con la salida de las retóricas esencialistas para ubicarlos de lleno en una relación que adquiere una explicación histórica.

Centrarnos en la explicación de las apuestas epistemológicas de Gramsci y Grimson implicaría revisar varios conceptos claves que entran en juego para el análisis de la cultura, siendo muy cuidadosos

1 Agradezco a Jorge Luis Acanda los comentarios al borrador del presente artículo.

2 La obra *Los límites de la cultura* fue considerada como el mejor libro sobre Latinoamérica en el área de Ciencias Sociales y Humanidades por la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), haciéndolo merecedor del Premio Iberoamericano en 2012.

3 En relación a este último punto Grimson alude al problema de la otredad en Todorov (1995).

4 Grimson (2011, 92-107) se detiene en el análisis de este cuarto punto desde la problematización del valor político de los conceptos utilizados en las investigaciones y los riesgos que conlleva la instrumentalización de la investigación. Según el autor, la instrumentalización conduce a la reproducción de saberes del sentido común mientras que el reconocimiento del carácter constitutivamente ético-político de la investigación, puede ayudar al desarrollo de la 'imaginación sociológica'.

5 La misma Spivak (2011[1988]) había cuestionado ya la invisibilidad del factor político que está en juego en la representación elaborada por los intelectuales al dejar por fuera del análisis de la relación entre conocimiento y política, las características del sujeto colonial y las expresiones políticas en los entornos postcoloniales.

6 En esto sigue a Said (2002 [1997]).

en señalar las distancias contextuales. Asumir tal tarea en extenso desbordaría el alcance del presente artículo por lo que el trabajo se concentra únicamente en tres aspectos. Así, la exposición de los argumentos desde los cuales pretendemos plantear la vinculación entre cultura, política y conocimiento en el marco del actual capitalismo requiere situar tal vinculación

epistemológicamente (I), analizar la relación entre hegemonía y cultura en la matriz gramsciana de pensamiento (desde la conceptualización de ‘sentido común’ y ‘buen sentido’) (II), para finalmente identificar el problema conceptual en torno a la producción de subjetividades y las configuraciones culturales del capitalismo contemporáneo (III).

## I

Para Gramsci, las posibilidades de reconstruir el pensamiento revolucionario se encuentra en la recuperación de Marx, liberándolo de los esquemas positivistas. Si bien el positivismo había representado una superación del pensamiento medieval, derivó en una forma mecanicista de concebir los fenómenos. El materialismo, que había representado un punto de llegada para la explicación de los fenómenos sin recurrir a los movimientos de fuerzas extra-naturales, descuidó la función del sujeto cognoscente. Así, la versión positivista/mecanicista del materialismo se separó del Marx de las *Tesis sobre Feuerbach*: “La doctrina materialista acerca de la transformación de las circunstancias y de la educación olvida que las circunstancias deben ser transformadas por los hombres y que el propio educador debe ser educado” (Marx 2001 [1845], 113).

actividad gnoseológica que fundamenta una nueva dialéctica-materialista (más allá de la visión mecanicista), se comprende como un devenir de la relación de la realidad con la acción del ser humano (Acanda 2007, 152-159). Por su parte, en *Los límites de la cultura*, Grimson plantea una salida al entrapamiento de la diada objetivismo/subjetivismo en el que caen las ciencias sociales a la hora de preguntarse por la cultura. Para Grimson (2011, 18-34; 76-90), la contraposición entre objetivismo y subjetivismo se vería trascendida por el hecho de explicar la complejidad de una realidad social como particulares ‘configuraciones’ que responden a condiciones sociales, históricas, gnoseológicas, políticas. De este modo, Grimson acuña el concepto ‘configuraciones culturales’ como una alternativa que permite remitirnos al análisis de la cultura más allá del problema entre el culturalismo clásico y el posmodernismo.

En el terreno epistemológico, Gramsci realiza una crítica del pensamiento científico-natural y la relación de éste con la concepción idealista, que aspira a que la transformación social radique en la transformación de la conciencia individual. El señalamiento de los límites de tal planteamiento idealista pasa por reconocer, para Antonio Gramsci, que la centralidad del pensamiento y la formación de la conciencia está en la praxis, en tanto esta categoría permite expresar que los procesos de la realidad que los seres humanos afrontan son producciones sociales, como lo es también el propio sujeto (Gramsci 1977, 32-38). Es decir, para Gramsci, la división tajante entre una condición objetiva del mundo y una condición subjetiva (desligada totalmente de la objetiva) es insostenible, pues lo humanamente objetivo es históricamente subjetivo (Acanda 2007, 152-157).

El concepto ‘configuraciones culturales’ enfatiza la noción de un marco compartido por actores enfrentados o distintos, de articulaciones complejas de la heterogeneidad social (Grimson 2011, 172-173) y, como concepto estrictamente analítico, dice de la multiplicidad de factores que se entrecruzan en las formas de significación de la vida. En este contexto teórico es conveniente comprender el valor heurístico de los conceptos a la hora de plantearse el análisis crítico de la realidad, pues éste se refiere a las “formas particulares en las que históricamente se articulan heterogeneidades atravesadas por variadas formas de desigualdad, formas en las que se desenvuelven luchas de poder, formas de lo que puede ser hecho, pensando o imaginado” (Grimson 2011, 172).

Tal lectura de Gramsci a su vez significa que el desarrollo del pensamiento revolucionario como

Al igual que en el pensamiento de Gramsci, se trata de avanzar en la comprensión de la naturaleza

orgánica de la realidad y apelar al problema de la totalidad como un entramado heterogéneo que en última instancia remite a un sistema de relaciones. Tal sistema de relaciones se encuentra conformado

por distintos procesos y espacios sociales que operan desde racionalidades diferentes pero que, en tanto formas de expresión, se disputan su lugar como racionalidad del propio sistema.

## II

En el análisis de la cultura, el concepto de hegemonía tiene un lugar central. Esta relación fue expuesta por Gramsci en su análisis sobre la revolución comunista en la Europa de Occidente para contestarse la pregunta por la derrota,<sup>7</sup> recurriendo a explicaciones que se distancian del marxismo ortodoxo. Por lo tanto, referirse a la relación hegemonía y cultura nos ubica en lo que se podría denominar una 'matriz gramsciana de pensamiento'. Esta matriz gramsciana de pensamiento se comprendería como la articulación de los conceptos: 'hegemonía', 'Estado ampliado', 'bloque histórico', 'sociedad civil', 'revolución pasiva', 'guerra de oposiciones', 'sentido común', 'intelectual orgánico', entre otras que funcionan como instrumentos para la comprensión de la realidad en tanto sistema.<sup>8</sup> Grimson se inscribe en esta matriz desde la conceptualización del término 'hegemonía' en sentido gramsciano:

Una hegemonía no es la anulación del conflicto sino, más bien, el establecimiento de un lenguaje y un campo de posibilidades. No implica que los subalternos no puedan organizarse y reclamar, sino que lo hagan en los términos que establece la hegemonía. (Grimson 2011, 46)

Esta conceptualización permite pensar que el análisis del culturalismo puede ser visto como un correlato para comprender, en términos críticos, la vigencia del análisis de la relación entre cultura y hegemonía tal como lo planteó Antonio Gramsci.

Sabemos por Gramsci que la burguesía opera desde la acumulación de fuerzas mediante su rol dominante en la economía y en la producción intelectual, pues la economía, en tanto capitalista, involucra necesariamente una producción cultural. Tal operación de la cual el Estado sería 'el último golpe' (por representar la llegada al monopolio de la coacción) se mantiene por las posibilidades que la burguesía tiene debido a su acumulación constante de las formas desde las que se produce la filosofía, la pedagogía, la valoración de las prácticas sociales. Precisamente, en este sentido es que para Gramsci el análisis de "el momento cultural", la captación del sentido de unas determinadas circunstancias históricas, es vital para comprender la configuración de la 'hegemonía':

De ello se deduce la importancia que tiene el 'momento cultural', incluso en la actividad práctica (colectiva): cada acto histórico sólo puede ser cumplido por el 'hombre colectivo'. Esta supone el logro de una unidad 'cultural-social', por la cual una multiplicidad de voluntades disgregadas, con heterogeneidad de fines, se unen con vistas a un mismo fin, sobre la base de una misma y común concepción del mundo (general y particular, transitoriamente operante -por vía emocional- o permanente, cuya base intelectual está tan arraigada, asimilada y vivida, que puede convertirse en pasión). Si así son las cosas, se revela la importancia de la cuestión lingüística general, o sea, del logro de un mismo 'clima' cultural colectivo. (Gramsci 1971, 31)

7 Gerardo Ramos Serpa (2006:62) describe el momento histórico del trabajo de Gramsci como un tiempo marcado por la derrota del movimiento comunista que aconteció en Italia en las décadas de 1920 y 1930. Tal derrota y retroceso del movimiento comunista se da junto al empuje de la reacción que condujo al fascismo.

8 En su estudio *Traducir a Gramsci*, Jorge Luis Acanda ubica tal marco conceptual en la postura que Gramsci adquiere en su contexto histórico: "Para Gramsci resultó evidente que el marxismo de la III Internacional era incapaz de ofrecer los instrumentos conceptuales idóneos para pensar la realidad. Constató la insolencia de aquella doctrina que se presentaba como el marxismo oficial del movimiento comunista internacional, y comprendió que para salvar las profundas limitaciones existentes en el pensamiento revolucionario respecto al Estado y la política no solamente tenía que construir una nueva teoría política, sino que también necesariamente tenía que recuperar los fundamentos teóricos del pensamiento de Marx" (Acanda 2009, 130-131).

En el sentido que habíamos mencionado, la cita anterior se relaciona con el problema de la hegemonía en tanto disputa por la constitución de un determinado ‘hombre colectivo’ (que asume las heterogeneidades de fines), de la ‘unidad cultural-social’ (que asume las heterogeneidades de fines) y la ‘concepción del mundo’ que se impone. Esto nos remite directamente a la relación de la hegemonía con el ‘sentido común’.

Para Gramsci el ‘sentido común’ no implica simplemente una especie de ‘sentido general’ ni un conjunto de creencias que una mayoría acepta como verdad, o lo que se supone como lo ordinariamente conocido. Para Gramsci, sentido común, designa la absorción acrítica de una concepción de mundo que proviene de los ambientes sociales y culturales configurados desde la hegemonía burguesa (Gramsci 2007, 367-382).

Dado que la crítica de la hegemonía trata precisamente de pensar cómo se articulan las heterogeneidades y sus diferencias en diversos campos, esto implica una diferencia con las formas de ‘la tradición’ como recurso pre-moderno de otorgar identidad, pues ésta última es precisamente el conjunto de acepciones históricas que forman nuestros esquemas interpretativos del mundo que ofrecen una capacidad hermenéutica. A la vez, la tradición comporta un pasado que es fuente de normas y creencias que se traducen en formas de legitimación; y, en este sentido, la tradición legitima el ejercicio del poder y la autoridad (mediante características legales o carismáticas). En este marco, las identidades son construcciones simbólicas que se hacen sobre referentes territoriales y de relatos que vienen dados por la tradición tanto a nivel personal como a nivel colectivo.

Con el concepto de hegemonía, la tradición (y su vínculo con la identidad) no desaparece sino que juega un nuevo papel: constituirse como sentido

común. Ahora, para Gramsci existe, al interior del sentido común, un ‘buen sentido’ que constituye el núcleo sano de la concepción del mundo espontánea de las masas. Gramsci se refiere a la presencia, en el ‘sentido común’, de elementos de humanización y de racionalidad (como estructuras objetivas que se reproducen en una lógica inmanente) desde las cuales se puede construir un pensamiento contra-hegemónico (Gramsci 2007, 371-377).<sup>9</sup> Así, la relación entre ‘sentido común’ y ‘buen sentido’ no es antagónica, sino que precisamente el ‘buen sentido’, en tanto agregación de factores que sirven de base para postular la aniquilación del ‘sentido común’ construido por la burguesía, tiene como imperativo la producción de un nuevo ‘sentido común’.

La tradición funciona como argumento (no inmanente) por el que la burguesía ha dominado la conciencia cotidiana históricamente. Las posiciones de las clases dominantes han sido naturalizadas en el sentido común. Esto a su vez implica que la cultura sea un terreno de disputa por la generalización del ‘buen sentido’ en contra del control de la hegemonía burguesa sobre la conciencia, pues “los modos en que pensamos la economía, la política, las instituciones, están relacionados necesariamente a estos sentidos comunes, a estos hábitos que se han ido forjando a lo largo de la historia, y a lo largo de los conflictos y de las maneras en que se fueron resolviendo” (Grimson 2011, 41) ya que, precisamente, la disputa cultural remite a la contienda por instaurar los marcos de interpretación del conflicto.

Si seguimos la crítica de Grimson sobre los postulados de la esferización de la vida social,<sup>10</sup> tendríamos que aceptar que la cultura es una actividad desde la cual los seres humanos desarrollan un sistema simbólico para relacionarse con la realidad en su totalidad. Esto implica que las producciones culturales (i.e. producciones de significación) están destinadas a la satisfacción de necesidades humanas y no separadas de otras esferas pues “la cultura no es relevante

9 José Nun describe la propuesta de Gramsci en torno al ‘buen sentido’ de la siguiente manera: “Su empeño consiste en conciliar a Marx y su lógica de la transparencia con la distinción entre niveles de razonamiento y en volver plausible que la ‘filosofía superior’ (son términos de Gramsci para eludir la censura) se convierta en un discurso ideológico que logre penetrar el sentido común popular, al que denomina ‘la filosofía de los no filósofos’. Según se advierte, en su caso estamos ante una lógica de las diferencias y no de la transparencia y el trabajo político debe encargarse de construir los puentes que faciliten las transiciones entre niveles ¿Por qué supone que podría llegar a tener éxito esta empresa? Porque el sentido común popular (y esta es la respuesta) alberga siempre un núcleo de buen sentido que proviene del lugar que ocupa el trabajador en el proceso de producción, en tanto vendedor de fuerza de trabajo que es víctima de la explotación capitalista (Nun 2014, 20).

10 En esto Grimson sigue el argumento de Raymond Williams (2009 [1977]).

porque sea una esfera; es relevante porque no existe ningún proceso social que carezca de significación” (Grimson 2011, 41).

El reconocimiento de estos términos nos lleva a pensar el lugar de la cultura en el capitalismo contemporáneo en la línea del análisis gramsciano, por el cual el problema de la hegemonía subyace a lo expuesto por Grimson en relación con la cultura. En esta línea, una entrada para la problematización es reconocer que en el capitalismo la vinculación entre cultura y necesidad se da únicamente a través de la producción de éstas últimas dentro de un orden en el que la mercancía capitalista se convierte en *forma general* de cualquier producto encaminado a la satisfacción de necesidades. Tal cosa remite al mismo Marx en *El Capital*:

Sólo sobre la base de la producción capitalista la mercancía se convierte en forma general del producto, todo producto debe adoptar la forma de la mercancía, la compraventa abarca no sólo el excedente de la producción sino su propia sustancia y las diversas condiciones de producción se presentan de manera general como mercancías que, partiendo de la circulación, ingresan al proceso de producción. (Marx 2011 [1866], 110)

Al finalizar el apartado anterior hemos dicho que la cultura se valora como el problema de la individualización y la socialización, precisamente porque en el capitalismo la cultura se expresa como la individualización desde el carácter de excepcionalidad (identidad, si se quiere) y desde el consumo (reducido a la compra-venta), que a su vez se entiende como el desarrollo de características individuales. Es decir, en el capitalismo, la cultura se expresa como un fantasma de la individualización: se manifiesta como lo que no es. Incluso las mismas identidades pueden ser fetichizadas de tal manera que se ocluyan las prácticas y las condiciones sociales que las convirtieron en objetos (Grimson 2011, 26-27).

La cita de Marx plantea el carácter central que tiene la lógica de generación de plusvalía en relación con la hegemonía burguesa. Si la cultura dice de las formas de producción de la vida humana para la satisfacción de necesidades espirituales, la hegemonía de la burguesía se basa en el establecimiento de formas específicas de reproducción de la vida.

Esto es, que las producciones culturales (en tanto condensación de las formas de representación y simbolización que los seres humanos hacen de su realidad) se convierten en producciones fetichizantes/fetichizadas<sup>11</sup> que, en última instancia, pueden ser rastreadas originariamente en proyectos hegemónicos de la burguesía. Se trata del ‘monopolio político’ de la cultura.

Si las necesidades humanas constituyen el argumento objetivo para valorar, en el plano político, las producciones culturales, los elementos que existen con total indiferencia de los modelos humanos son los que conforman un sistema que se vuelve en contra de los seres humanos. Aun así, en el capitalismo la cultura se identifica como la producción de elementos mediadores que van a condicionar la configuración de la dialéctica entre individualización y socialización.

### III

La cultura y la política se encuentran encapsuladas por una matriz de dominación fundada en la ontologización del pensamiento (asumir que la explicación de la realidad es la realidad). Esto significa que la cultura entendida como forma de relacionarse con la realidad, se transforma de modo específico dentro del capitalismo, pues éste pone en operación mecanismos de coerción por los cuales determinadas formas de vida se establecen como ‘realmente’ válidas únicamente si se ubican dentro de la generación de plusvalía. Esto es posible porque el capitalismo, como expresión de la fetichización de la mercancía, brinda aparentemente formas no mediadas de relación con la realidad (el autoengaño consiste en creer que ‘no’ vemos las relaciones sociales de ‘una

<sup>11</sup> “El fetichismo es el ocultamiento del carácter de las relaciones sociales. La fetichización de los fenómenos sociales es el resultado del carácter enajenado y enajenante de la producción en las condiciones del capitalismo” (Acanda 2007, 125).

determinada manera' sino que las vemos 'tal como son'). La percepción de ausencia de la mediación de las relaciones sociales es precisamente el punto de anclaje de la fetichización.

Un ejemplo de este camino que adquiere la dominación se encuentra en la doctrina neoliberal en su potente arremetida contra las funciones reguladoras del Estado en los años 80 en América Latina, en términos de Grimson:

Una nueva hegemonía como el neoliberalismo, implica la institución de horizontes específicos de imaginación política que no pueden ser traspasados sin desestabilizar esos sentidos comunes acerca de lo viable y lo absurdo, lo nuevo y lo vetusto, lo inevitable y lo insoportable. (Grimson 2001, 46)

De este modo, el neoliberalismo nos dejó con la imagen de algunos personajes 'políticos' que dan cuenta del carácter estático desde el que se concibe, en el pensamiento conservador, las distancias entre sociedad civil, sociedad política y Estado, limitando las posibilidades de pensar el Estado como la articulación política de la sociedad, de todas las formas de producción de civilidad y espacio a transformar desde el 'buen sentido'.

Aquí cabe hacer una diferenciación entre 'la situación de la cultura' y 'el problema cultural'. El capital produce la percepción de una existente separación entre lo que Gramsci había formulado como inseparable para la construcción de hegemonía: la producción material de la producción inmaterial. Esto quiere decir que el capital se objetiva en relaciones de dominación que aparentemente prescinden de hegemonía. Si bien existen producciones de hegemonía de parte de ciertos grupos burgueses, la cultura es cada vez más dominada por el sujeto último del capitalismo: el propio capital. John Holloway lo contempla en las relaciones de producción:

La fragmentación en la que se basa el 'poder-sobre'<sup>12</sup> también hace a un lado a aquellos que ejercen dicho poder. En la sociedad capitalista el sujeto no es el capitalista. No es el capitalista el que toma las decisiones, el que da forma a lo que se hace. El sujeto es el valor. El sujeto es el capital, el valor acumulado. Aquello que el capitalista 'posee', el capital, ha hecho a un lado a los capitalistas. (Holloway 2005, 61)

Así las cosas, la cultura es cada vez más dominada por grupos que son desplazados por aquello que se desprende de su carácter de producción humana. El fetiche desplaza a su origen. Los procesos de vida se someten a la racionalidad de la plusvalía. La cultura no sólo opera como instrumento de sutil dominación de las clases burguesas sobre los grupos sometidos, sino que además se convierte en la serie de prácticas donde se expresa, no sin tensiones, la irracionalidad de la dominación del capital.

Sin embargo, la consolidación de la base material de la hegemonía burguesa no puede prescindir del campo de la producción cultural<sup>13</sup> de donde se aclara que el modo de acumulación de la hegemonía burguesa implica necesariamente un modelo específico de producción orgánica entre economía y cultura pues,

(...) la hegemonía sigue dos líneas estratégicas: "Una concepción general de la vida", una filosofía (...) que otorga a su adherentes como principio de lucha (...) y "un programa escolar", que interesa al sector más homogéneo y numeroso de los intelectuales (los docentes, desde los maestros a los profesores universitarios) y les posibilita el desarrollo de una actividad específica en su campo de trabajo. (Buci-Glucksmann 1978, 84)

Esta relación no es resultado sólo del vínculo entre grupos dominantes; sino de la interrelación orgánica que la clase dominante logra establecer entre los

12 Para John Holloway el poder se puede considerar como 'poder-hacer' cuando se refiere al poder de organizar el hacer (poner en juego la posibilidad de hacer cosas) y por lo tanto constituye socialidad; mientras tanto, el 'poder-sobre' se refiere a un poder que fractura el flujo social en tanto es expresión del comando que ejercen algunas personas sobre otras para que ejecuten lo que ya está concebido (Holloway 2005, 51-55). La cita que hemos introducido aparece en un desarrollado avanzado de esta distinción entre los tipos de poder, que consiste precisamente en señalar que el "poder-sobre", debido a su profundización en la negación del poder de organización de los sujetos (i.e. la negación del 'poder-hacer'), termina desplazando incluso a aquellos que ejercen el 'poder-sobre' otorgando centralidad al capital por encima de cualquier otro sujeto.

13 Dice Grimson (2011, 41): "no hay ninguna práctica económica que no sea una práctica de significación".

procesos de producción espiritual y de producción material.

Es claro que a Gramsci le interesa la hegemonía del capitalismo en tanto éste constituye la articulación orgánica de una unidad entre supuestos (aparentemente opuestos) pues la producción de mercancías no significa tan sólo la creación de un objeto, sino ante todo la producción de un tipo específico de subjetividad humana, como premisa y resultado -a la vez- de su existencia (Acanda 2007, 122-123). En el capitalismo, como en cualquier modo de producción, hay formas específicas en las que el proceso se objetiva; sin embargo, es marcada la diferencia entre el modo de producción feudal (en el que la coerción ideológica jugaba un papel secundario) y el capitalismo (que tiene una relación directa).

Una forma de ver la relación entre producción material y espiritual se encuentra, como dijimos antes aludiendo al Marx de *El Capital*, en la universalización de la forma-mercancía en el modo capitalista, lo que, a su vez, significa la fetichización de la mercancía desde la dialéctica entre contenido y forma. Si bien entre éstas no hay una relación directa, la forma perdura como expresión del contenido. Así, en el capitalismo la forma enmascara la esencia, porque esa forma es su condición: la apariencia es condición de existencia de esa esencia.

En continuidad con esta reflexión, gramscianamente es posible comprender que la hegemonía de una clase dominante no se puede entender solamente con el engaño y la mentira (su apariencia externa) sino por aquello que está detrás: la correspondencia entre esa imposición (desde afuera) de una cobertura ideológica (que se sobrepone en unas relaciones de fuerza) y la producción material.

La reflexión sobre la relación entre el capitalismo y las subjetividades podría pensarse desde la siguiente inquietud planteada por el propio Gramsci en sus *Cuadernos*:

¿Es todavía posible, en el mundo moderno, la hegemonía cultural de una nación sobre las otras? ¿O bien el mundo está ya a tal punto

unificado en su estructura económico-social que un país, si bien puede tener ‘cronológicamente’ la iniciativa de una innovación, no puede sin embargo conservar su ‘monopolio político’ y en consecuencia servirse de tal monopolio como base de hegemonía? (Gramsci 1986 [1932-1933], 94)

La pregunta de Gramsci (“¿Es todavía posible, en el mundo moderno, la hegemonía cultural de una nación sobre las otras?”) deja abiertas las puertas para pensar, en el plano internacional, la conformación del imperialismo y sus nuevas caras. Sin embargo, la pregunta por las posibilidades de una ‘hegemonía cultural’ conlleva a la legitimidad de las luchas de los dominados. Esto implica plantear las estrategias de resistencia que puedan llegar hasta el umbral de la rebelión en el que se juega el paso del subalterno al sujeto autónomo y no el paso del dominado al dominador.

Las formas de producción de subjetividades en un contexto hegemónico implican también la producción de formas de existencia. Esto es lo que gramscianamente se puede identificar como subalterno: el sujeto que se forja viviendo la subordinación, no como mera coerción sino también mediante la construcción de aparatos ideológicos de la sociedad civil (Modonessi 2010). De este modo, se construye una subjetividad que oscila en la aceptación relativa de la dominación pero que no es absoluta. Una condición que implica el análisis de la pasividad existente pero que implica también la resistencia. Lo anterior deviene en la concepción de la relación de la cultura y la política como proyecto que asume que al interior de la diversidad de existencias se dan condiciones para la construcción de una hegemonía anti-burguesa. En esto radica la convergencia de las diferencias que, para Gramsci, se traduce en una estructura de organización como instrumento de lucha sin resultados evidentes en lo inmediato:

La historia de las clases subalternas es necesariamente disgregada y episódica. No hay duda que en la actividad histórica de estos grupos hay una tendencia a la unificación aunque sea a niveles provisionales; pero esa tendencia se rompe constantemente por la

iniciativa de los grupos dirigentes y, por lo tanto, sólo es posible demostrar su existencia cuando se ha consumado ya el ciclo histórico. (Gramsci 2007, 493)

Esto, para aclarar que Gramsci, al hablar de hegemonía política-cultural, refiere además al ejercicio de poder en el que se apoyan las posiciones del grupo que controla la actividad económica. El filósofo cubano, Jorge Luis Acanda (2007, 241) cita a Gramsci en ese sentido: “Si la hegemonía es ético-política, no puede dejar de ser también económica, no puede menos que estar basada en la función decisiva que el grupo dirigente ejerce en el núcleo rector de la actividad económica”. Siguiendo en esta línea, Acanda enfatiza en que el papel del núcleo rector es mucho más que despojar a la burguesía de los medios de producción, pues de lo que se trata es de instaurar una nueva dinámica interna de funcionamiento de la economía. Eso significa impregnar de un carácter democrático

(carácter que se consolida en el paso de los grupos dirigidos al grupo dirigente como momento de consolidación de la nueva hegemonía anticapitalista) no sólo el campo político sino en las relaciones económicas.

Ahora, si se trata de pensar con Gramsci la relación entre política y cultura, es preciso librarse del reduccionismo que identifica como finalidad de la transformación política las alteraciones en el campo de las relaciones económicas dado que “no existe un aspecto puramente económico, completamente aislado de la cultura: las relaciones de producción son relaciones de significación y se instituyen a partir de encuentros complejos entre historias culturales y proyectos productivos” (Grimson 2011, 237), lo que a su vez llevaría a pensar en dinámicas de distribución de capital simbólico que conlleven el trastocamiento del lugar que el poder ha asignado a los subalternos y subalternas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acanda, Jorge Luis. 2007. *Traducir a Gramsci*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Buci-Glucksmann, Cristine. 1978. *Gramsci y el Estado* (8 ed.). México: Siglo XXI.
- Gramsci, Antonio. 2007. *Antología*. México: Siglo XXI.
- , 1986 [1932-1933]. *Cuadernos de la Cárcel IV*. México: Era.
- , 1977. *Política y sociedad*. Barcelona: Ediciones Península.
- , 1971. *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Grimson, Alejandro. 2011. *Los límites de la cultura. Crítica de las teorías de la identidad*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Holloway, John. 2005. *Cambiar el mundo sin tomar el poder. El significado de la revolución hoy*. (3 ed.). Buenos Aires: Herramienta/Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.
- Marx, Karl. 2011 [1845]. Tesis sobre Feuerbach. En *El materialismo de Marx. Discurso crítico y revolución*, Bolívar Echeverría, 110-121. México: Itaca.
- Marx, Karl. 2011 [1863-1866]. *El Capital. Libro I Capítulo VI [inédito]. Resultados del proceso inmediato de producción*. México: Siglo XXI.
- Modonessi, Massimo. 2010. *Subalternidad, antagonismo y autonomía. Marxismo y subjetivación política*. Buenos Aires: CLACSO / Prometeo Libros/ UBA.
- Nun, José. 2014. El sentido común y la construcción discursiva de lo social. En *Culturas políticas y políticas culturales*, Alejandro Grimson, 15-23. Buenos Aires: CLACSO.
- Said, Edward. 2002 [1997]. *Orientalismo*. Barcelona: Debolsillo
- Spivak, Gayatri. 2011 [1988] *¿Puede hablar el subalterno?* Buenos Aires: El cuenco de plata.
- Todorov, Tzvetan. 1991. *La conquista de América. El problema del otro*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Williams, Raymond. 2009 [1977]. *Marxismo y Literatura*. Buenos Aires: Las cuarenta.

# ENTREVISTA

*Wald*

**LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL. ¿GARANTÍAS  
DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL? EL CASO ECUATORIANO.  
ENTREVISTA A RICHARD ORTIZ\***

**CONSTITUTIONAL REFORM PROCEDURES. CONSTITUTIONAL GUARANTEES  
OF SUPREMACY? THE ECUADORIAN CASE.  
INTERVIEW WITH RICHARD ORTIZ**

**OS PROCEDIMIENTOS PARA A REFORMA CONSTITUCIONAL. ¿AS GARANTIAS  
DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL? O CASO DO EQUADOR.  
ENTREVISTA COM RICHARD ORTIZ**

*Dunia Martínez Molina\*\*  
Universidad de Las Américas*

**Entrevista realizada el 26 de mayo de 2015  
Quito, Ecuador**

---

\* Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; estudios de Ciencia Política, Derecho Público y Sociología en la Universidad de Heidelberg, Alemania; Doctor (PhD) en Ciencia Política por la Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de Derecho Constitucional y Metodología de la Titulación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas, Ecuador.

\*\* Abogada y doctora en Jurisprudencia por la Universidad Azuay; magíster en Derecho, mención en Derecho Económico por Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, Ecuador.

**DUNIA MARTÍNEZ:** La actual Constitución ecuatoriana de 2008 ha sido reformada una vez en el 2011 y se encuentra en proceso de ser nuevamente cambiada. En este contexto y en la búsqueda de clarificar el procedimiento reformativo de la Constitución y su alcance, realizamos las siguientes preguntas al Dr. Richard Ortiz:

**DM:** ¿Está limitado el poder de reforma constitucional en el Ecuador?

**RICHARD ORTIZ:** El poder de reforma se caracteriza por ser un procedimiento reglado, regulado y limitado, a diferencia de lo que en la doctrina se denomina como poder constituyente.

Esto también sucede en el Ecuador, donde existe un régimen de reforma reglado que está desarrollado en la Constitución en los artículos 441 a 444. Este articulado establece varios procedimientos que combinan técnicamente límites procedimentales con límites materiales.

La técnica es la siguiente: en el artículo 441 de la Constitución se regula la enmienda constitucional y se establecen mayores límites materiales pero con un procedimiento más sencillo; mientras que en el artículo 442, que regula la reforma parcial de la Constitución, se combinan menores límites materiales con un procedimiento más exigente.

**DM:** ¿Qué función tiene la regulación del procedimiento de reforma constitucional en el Ecuador?

**RO:** El objetivo básico de la regulación de la reforma constitucional, también establecido doctrinariamente, es la garantía de la supremacía de la Constitución. A través de la reforma garantizamos que la Constitución mantenga cierta estabilidad y que, cuando sea indispensable reformarla, se siga un procedimiento más rígido que el exigido para la elaboración de leyes para la reforma de Norma Fundamental.

La doctrina también afirma que la Constitución pasa a ser realmente norma jurídica cuando sus

garantías existen y se respetan. Esas garantías son básicamente la reforma a la Constitución y el control de constitucionalidad.

También se afirma que la reforma antecede al control; es decir, solamente se puede realizar control constitucional si existe una Constitución como norma jurídica. El control constitucional protege a la Constitución como norma, precisamente contra actos legislativos contrarios a ella.

El control constitucional básicamente lo que vigila es que el legislador no pueda reformar la Constitución a través de procedimientos ordinarios de formación de leyes. La reforma constitucional tiene como fin proteger la Constitución al igual que el control constitucional, por tanto, los dos mecanismos de garantía se complementan.

Por un lado, se busca garantizar la Constitución y su estabilidad y, por otro, permitir que la Constitución se ajuste a cambios sociales y políticos necesarios. Normalmente se recurre a la reforma cuando no se puede encontrar la solución a un problema político o social a través de la interpretación. Por tanto, la reforma es el camino que permite adaptar la Constitución a ciertas exigencias o necesidades político-sociales basadas en un consenso más o menos amplio y siguiendo los procedimientos establecidos en la misma.

**DM:** ¿La reforma constitucional puede afectar los derechos y garantías constitucionales?

**RO:** En principio no, pero depende de la profundidad de la reforma. Hay que considerar aquí, que los derechos y garantías constitucionales no solamente pueden ser afectados a través de una reforma directa a los mismos; sino también a través de algo que, si bien no se ha discutido ampliamente en nuestro país, es de trascendental importancia. Me refiero a la afectación que podría existir en la parte dogmática, a través de una reforma de la parte orgánica de la Constitución. Los constitucionalistas clásicos veían una vinculación muy estrecha entre el sistema institucional y el equilibrio de poderes, y las libertades y garantías de los ciudadanos.

Por tanto, si tenemos un amplio catálogo de derechos, éste solamente puede ser garantizado de manera efectiva a través de un diseño institucional apropiado. En este contexto, si la reforma de la Constitución, que es un debate actual, afecta a cierta parte institucional, podría tener consecuencias muy importantes sobre los derechos, especial y directamente sobre los derechos políticos, dependiendo del tipo de reforma.

**DM: En la actualidad, ¿qué papel ha desempeñado la Corte Constitucional ecuatoriana en la garantía de la supremacía constitucional en los procedimientos de reforma constitucional?**

**RO:** El papel de la Corte Constitucional viene determinado en el artículo 443 de la Constitución y consiste en fijar los diferentes procedimientos de reforma. Es decir, la Corte Constitucional tiene la competencia de calificar los procedimientos de reforma constitucional que están establecidos expresa y normativamente en la Constitución.

Su función, si interpretamos sistemáticamente la Constitución, es garantizar la supremacía constitucional; y esa garantía solamente puede funcionar si los límites materiales y los límites procedimentales son respetados.

El órgano que vigila el cumplimiento de estos límites es la Corte Constitucional y lo que tiene que verificar es qué procedimiento corresponde a las diferentes propuestas de reforma. Esta calificación de procedimiento se debe realizar en base a los límites materiales.

Por tanto, es indispensable señalar que el control constitucional de las reformas no es puramente formal. Tomemos como ejemplo la reforma de 2011 y la reforma actual que está llevando a cabo la Asamblea Nacional. Según el Presidente de la República, en el 2011 se trataba de una enmienda constitucional y según la Asamblea Nacional en el 2014 y 2015 también se trata de una enmienda constitucional ¿Cómo califico si es una enmienda o si es una reforma parcial o una asamblea constituyente el procedimiento adecuado? Pues, en base a los límites materiales.

Una vez establecido si los límites materiales se respetan, puedo calificar el procedimiento, no antes. Y para ello, la Corte Constitucional debió establecer el alcance del artículo 441 que desarrolla la reforma Constitucional vía enmienda. Sin embargo, si se revisa el dictamen del 2011 y el dictamen del 2014, la Corte no realiza una definición expresa, clara y fundamentada de los límites materiales establecidos en este artículo. Considero que esa era la única manera posible de hacer una calificación adecuada de los diversos procedimientos.

Según el artículo 441, hay cuatro límites materiales: el primero se refiere a la estructura fundamental de la Constitución; el segundo, al carácter y elementos constitutivos del Estado; el tercero, a las restricciones de derechos y garantías constitucionales; y, el cuarto, al procedimiento de reforma de la Constitución. No puede calificarse el procedimiento si no se establece de manera clara el alcance y contenido de estos cuatro límites materiales.

Adicionalmente, no se puede hacer una calificación adecuada del procedimiento sin analizar cada una de las propuestas. El último paquete tiene 17 propuestas de reforma constitucional, y para su calificación se debieron tomar una por una las propuestas de reforma y ver si es que las mismas estaban dentro o fuera de esos límites.

Este análisis verificaría, por ejemplo, si el proyecto implica o no cambiar la estructura fundamental de la Constitución o el carácter y elementos constitutivos del Estado; por tanto, ese análisis debe incluir qué se considera como estructura fundamental de la Constitución y cuáles son los elementos constitutivos del Estado.

Hay que considerar que el artículo primero de la Constitución establece una serie de características del Estado ecuatoriano; la pregunta es ¿cada una de esas dimensiones del Estado establecidas en el primer inciso del artículo primero, son parte de los elementos constitutivos del Estado? Esta pregunta no ha sido despejada de manera completa por la Corte. Lo mismo podemos observar sobre la estructura fundamental de la Constitución. Al respecto la Corte

Constitucional ni siquiera ha logrado identificar este límite material.

En definitiva, si revisamos los dictámenes, la Corte Constitucional no logra diferenciar estos cuatro límites materiales. Esto, sin contar con otros límites materiales complicados de delimitar, como son la restricción de derechos y garantías, porque, como mencioné, la reforma en la parte orgánica podría constituirse en una limitación a un derecho o una garantía. Así que, mediante un proceso de argumentación jurídica podríamos llegar a determinar afectación de derechos y garantías mediante la reforma a una institución y sus competencias. Es un camino un poco más largo, pero absolutamente coherente en la defensa de la supremacía constitucional, particularmente de los derechos constitucionales.

**DM: ¿Los intereses políticos se han impuesto a la voluntad constituyente al momento de determinar los procedimientos de la reforma constitucional?**

**RO:** Esa pregunta solamente se puede contestar evaluando el papel de la Corte Constitucional. Por otro lado debo aclarar que, a mi criterio, es inevitable que la reforma constitucional tenga un trasfondo político. La política y el Derecho se encuentran en el Derecho Constitucional.

Es comprensible, no es normal pero comprensible, que el Presidente de la República o la Asamblea Nacional, que son instituciones políticas, tengan el deseo de cambiar la Constitución y en sus pretensiones quieran ir más allá de ella. Sin embargo, la única que puede frenar el deseo de los poderes constituidos de ir más allá de la Constitución es la Corte Constitucional; institución en la cual debería primar el elemento jurídico frente al político.

Si realizáramos un balance de si en la reforma constitucional en el Ecuador ha primado más el factor político que la voluntad constitucional del constituyente, tenemos que evaluar el papel de la Corte Constitucional, y podríamos decir que ha primado claramente más el aspecto político, incluso por encima de las normas constitucionales.

Este balance implica un análisis de la calidad de los dictámenes de la Corte Constitucional su razonabilidad y adecuada argumentación. Y sus debilidades, desde mi punto de vista, están en la inexistente definición y delimitación de los límites materiales de la reforma. Esto abona a nuestra conclusión de que la tendencia es más política que técnico-jurídica.

**DM: ¿Cuál es entonces el garante de la Constitución?**

**RO:** Técnicamente las garantías constitucionales son la reforma y el control, y ya hemos visto que incluso en la reforma todo se decanta en el papel de la Corte Constitucional.

Es nuestra Corte Constitucional la defensora de la Constitución, para utilizar un término de Schmitt que luego también utilizó Kelsen. Pero básicamente cuando no se siguen los procedimientos constitucionales, ello debilita el empleo del Derecho en la resolución de conflictos; en este caso de conflictos constitucionales lo cual también tiene un impacto en la sociedad en cuanto a su cultura constitucional.

En los textos de Derecho Constitucional también se insiste que el verdadero garante de la Constitución, cuando se agotan los mecanismos jurídicos, es una opinión pública constitucional y son especialmente los ciudadanos los que deben estar conscientes de la importancia de la Constitución y de la importancia de respetar los procedimientos constitucionales.

**DM: Conociendo su vasto estudio e investigación sobre el presidencialismo y la democracia, ¿qué relación advierte entre presidencialismo, democracia, Derecho y la experiencia de la reforma constitucional en el Ecuador?**

**RO:** Hay una fuerte crítica de todos los constitucionalistas al presidencialismo, basada en que el presidencialismo tiende normalmente a la concentración del poder; pero en general, no solamente el presidencialismo, la política en sí misma, por su naturaleza, es expansiva e invasiva. La política quiere saltarse los límites y eso no solamente en el Ecuador, en todos los países.

Muchos dicen que en Alemania es diferente, que en otros países en los que la cultura constitucional es digamos más sólida, es diferente, pero diría que tampoco. En todos los países la política intenta siempre rebasar los límites establecidos por el Derecho y el Derecho Constitucional básicamente justifica su existencia por ser el intento no acabado de limitar al poder.

Actualmente, por ejemplo, se discute cuál es el alcance del artículo 1 de nuestra Constitución, en el que ya no consta que el gobierno es alternativo.

Sin embargo, si revisamos cuál era el espíritu de la Constituyente de 2008, podemos recordar que sí existió la intención de que se consagrara la mayor circulación de las élites políticas para superar lo que se denomina la 'partidocracia'.

Es decir, aquellos que hicieron la Constitución por mandato del Pueblo, sí tenían la intención clara de poner límites a que las clases políticas fueran las mismas, y por ello creyeron que un mecanismo eficaz era limitar la reelección a una sola vez, y lo incluyeron de manera expresa.

Si realizamos una lectura sistemática de la Constitución se verá que esta limitación a la reelección no solamente se dio para autoridades de elección popular, sino también para otros organismos como la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia, el Tribunal Contencioso Electoral, el Consejo Nacional Electoral; es decir, había una voluntad transversal a lo largo de la Constitución de no permitir que las clases políticas, las élites políticas permanecieran excesivamente en el poder. Esto con la intención de democratizar la participación popular en el poder público.

Creo que este argumento es mucho más poderoso que la utilización o no de la sola palabra 'alternabilidad'. Deberíamos reflexionar si esa decisión del constituyente es uno de los elementos de la estructura fundamental de la Constitución.

Si como se decía "el poder siempre tiende a ampliarse", la única manera de más o menos mantenerlo controlado es estableciendo ciertos límites, y uno de

ellos es el temporal. Es parte de la democracia que las elecciones sea periódicas y competitivas.

Esto se verifica claramente en un sistema presidencial en el cual la figura del presidente concentra mucho poder, recursos institucionales, recursos personales y materiales, y es aún más visible cuando controla la Asamblea Nacional. Lo peligroso es que además intervenga en los organismos de control, porque es allí donde puede desequilibrarse el sistema presidencial de manera más dramática.

Y por ello, debemos volver a una de las ideas que mencionaba anteriormente sobre algunos constitucionalistas clásicos que manifiestan que cuando la parte orgánica no tiene un equilibrio adecuado puede ser un peligro para los derechos de los ciudadanos. Si el sistema presidencial no tiene ciertos contrapesos, si no tiene ciertos frenos, eso puede desequilibrar completamente el sistema constitucional; y creo que deberíamos retomar otra idea de Montesquieu quien veía esa división de poderes como forma de control del poder. Los ciudadanos solamente en situaciones extraordinarias constituyen un contrapeso al poder. En tiempo de normalidad lo que limita a los poderes es el respecto de las competencias de las diversas funciones del Estado. Solamente el poder controla al poder.

Se debe establecer y respetar una relación de equilibrio entre los diversos poderes, una división de competencias racional, orgánica y, además, que tenga un seguro, que debería ser la Corte Constitucional.

Así, el sistema presidencial podría funcionar de mejor manera; sin embargo, si esos seguros no existen, si los diferentes órganos de control no funcionan, podría producirse que el sistema pierda el contenido democrático y que algunos derechos se encuentren en peligro.

Normalmente un político tiende a perpetuarse en el poder si tiene las condiciones para hacerlo y si tiene la posibilidad de acceder a los mecanismos de reforma constitucional y, si además tiene la posibilidad de influir sobre los mecanismos de control de la reforma, lo más seguro es que lo haga.

**DM:** ¿Considera que los artículos de la Constitución que regulan los procedimientos de cambios constitucionales debieron ser incluso más precisos para evitar la tentación de manipular el contenido de los límites materiales por parte de los poderes constituidos?

**RO:** Considero que hubiese podido ser más preciso, pero nunca hubiese sido suficiente. Cuando hay la voluntad de tergiversar normas jurídicas claras y no funcionan los mecanismos de control, no hay técnica legislativa que sirva. Quien hace que la

interpretación constitucional se realice de manera adecuada y además tenga un efecto en la realidad es la Corte Constitucional. Por lo que creo que hay muchas dudas sobre el papel que juega la Corte Constitucional en la actualidad.

**DM:** ¿Qué sucede si la Corte no funciona?

**RO:** Allí está el problema, en un Estado constitucional cuando los sistemas de control constitucional no funcionan, tenemos un callejón sin salida. Recurrir a nuestra cultura constitucional sería aquí la respuesta.



# RESUMEN DE OBRAS

*no/2.*

# CARLOS ESCUDÉ

## LA GUERRA JUSTA Y EL FIN DE LA HISTORIETA. UN MANIFIESTO NEO MODERNO

### A GUERRA JUSTA E O FIM DA HISTORIETA. UM MANIFESTO NEOMODERNO

Emilio Cerezo\*

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Recibido: 14/04/2015

Aceptado: 30/05/2015

#### Resumen:

La tesis es muy polémica. El autor rechaza el componente moral del relativismo cultural. Dos son las premisas: a lo largo de la historia de la humanidad ha existido una evolución técnica, así como una epistemología 'natural' que no puede negar la existencia objetiva de la muerte (tesis *neo moderna*); y, al menos desde el inicio del actual Sistema Mundo con la llegada de Colón a América, también hay evolución moral, pero esta se da en un marco de poder, en el cual la potencia global de turno -España, Inglaterra y EE.UU.- impulsa la defensa de los derechos humanos, aunque siempre en base a una actitud de doble estándar moral que aplica la coacción para defenderlos en forma diferencial: siempre a fin de impulsar su hegemonía o favorecer a sus aliados, y con el objeto de debilitar a sus enemigos geopolíticos. Sólo esta potencia puede, mientras sea el hegemón del siglo XXI, hacer de policía mundial con miras a evitar un holocausto nuclear, una catástrofe medio ambiental o el dominio mundial de fanatismos anti derechos humanos, como es el caso del actual fundamentalismo islámico.

**Palabras clave:** Relativismo moral; Evolucionismo; Globalización; Epistemología; Muerte; Matriz cultural; Derechos Humanos.

#### Summary

The idea is highly controversial. The author rejects the moral element of cultural relativism. There are two premises to support his thesis: throughout the history of mankind technical developments do exist, as well as a 'natural' epistemology, because it is impossible to deny the objective existence of death (*neo-modern thesis*). Also, the beginning of the current world system with the arrival of Columbus in America, brought a moral evolution. But this moral progress occurred in a context of power, in which the global powers of those days -Spain, England and the US- defended the progress of human rights, but in doing so they created

a moral double standard, that intends to inflict coercion and defend their interests them in a discriminatory fashion. The goal is to foster hegemony and favor their allies, while weakening their geopolitical enemies. This is the only power that is capable of avoiding a nuclear holocaust while it is still the hegemony. It can also prevent an environmental disaster or world domination by anti-human rights fanatics, like Islamic fundamentalists.

**Key words:** Moral relativism; Evolutionism; Double standard; Epistemology; Death; Globalization; Cultural matrix; Human Rights.

#### Resumo

A tese é muito polémica. O autor rechaça o componente moral do relativismo cultural. Duas são as premissas. Ao longo da história da humanidade, sim existe evolução técnica, assim como uma epistemologia "natural" que não pode negar a existência objetiva da morte (tese *neo moderna*); e, ao menos desde o início do atual Sistema Mundo com a chegada de Colombo a América, também há evolução moral. Mas esta se dá num marco de poder, na qual, a potencia global da vez - Espanha, Inglaterra y EE.UU- impuliona a defesa dos direitos humanos, mas sempre baseada em uma atitude de duplo parâmetro moral que aplica a coação para defendê-los de forma diferente: sempre a fim de impulsar sua hegemonia para favorecer seus aliados, e com o objetivo de debilitar seus inimigos geopolíticos. Só esta potencia pode, enquanto seja o hegemônico do século XXI, fazer uma política mundial visando evitar um holocausto nuclear, una catástrofe do meio ambiente ou o domínio mundial de fanatismos contrários aos direitos humanos, como e o caso do atual fundamentalismo islámico.

**Palavras chave:** Relativização moral; Evolução; Globalização; Epistemologia; Morte; Matriz cultural; Direitos Humanos.

\* Magíster en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Docente de la Universidad de las Américas y de la Universidad Católica.

## INTRODUCCIÓN

Este artículo presenta la tesis de Carlos Escudé, un argentino de origen judío que se autoproclama liberal. Es neohobbsiano y aplica las tesis que plantea Thomas Hobbes para un Estado nacional, un Leviathan mundial. Según esta visión, desde que hace unos 500 años se inició la humanidad globalizada, poco a poco se va construyendo un nuevo cuerpo o sistema constituido por seres humanos, ahora supranacional, que internamente está en constante reestructuración de acuerdo a sus propias leyes de funcionamiento. Es el colectivo humano más abarcador, que hoy funciona como un solo cuerpo, con dinámicas internas que constituyen su estructura funcionante. El autor se basa en la teoría del Sistema-Mundo del neomarxista Immanuel Wallerstein, para tratar de destrozarse las tesis de Huntington y de Fukuyama, que se ubican en una óptica conservadora mezclada con tintes posmodernistas y hablan, sin fundamentos, del “fin de la historia”. Escudé, también aprovecha este artículo para deconstruir ciertas narrativas histórico-míticas de los EEUU y de Argentina y, en especial, combate con eficiencia el relativismo cultural.

Su postura es muy polémica, pues se coloca a favor de un neorrealismo cognoscitivo y político, que él denomina ‘neo moderno’. Se basa en lo que considera dos constataciones innegables. La primera es que, si miramos la humanidad en su conjunto, a lo largo de la historia, ha tenido lugar una evolución técnica de la misma; y, en cierto momento de ésta, en Grecia Antigua, surgió con la nueva filosofía y con la ciencia basada en la lógica, una epistemología que él llama ‘natural’, la cual, desde entonces, no ha dejado de crecer y extenderse, constituyendo hoy el núcleo más poderoso de la actual globalización. La segunda es que, al menos durante el último medio milenio, se da una evolución moral positiva, centrada en el concepto kantiano de dignidad y en el descubrimiento y puesta en práctica paulatina de los derechos humanos. En aras de un realismo histórico hobbsiano (y tal vez schmittiano), el autor cree que son las superpotencias de turno las que impulsan esta evolución moral, pero siempre tratando de fortalecer su hegemonía. Por esa razón velan por el cumplimiento de los derechos humanos, siempre de acuerdo a un ‘doble estándar’ que persigue sus conveniencias.

En este sentido presenta casos concretos. Por ejemplo, pone la lupa en la actual confrontación islámico-occidental; que, sin dejar de ser importante, puede considerarse marginal frente a los auténticos conflictos de fondo, económico-estructurales, que se dan al interior del capitalismo mundial, una de cuyas principales ocurrencias es la que se da entre el bloque americano-europeo y el chino. Además, es muy probable que la mayoría de países islámicos estén ya funcionalmente integrados a la globalización neoliberal: Indonesia, Pakistán, Bangladesh, Egipto, Turquía, Arabia Saudí, Argelia, Marruecos, entre otras. Así, la defensa de la guerra occidental anti-islámica suena a ideología que sirve de alibi al poder capitalista global; y no se restringe a ser -como debería- un frío análisis espinosiano o schmittiano de la dura objetividad del poder.

Como parte del resumen, he tomado ciertas frases sacadas de algunas notas del texto original, que me parecen relevantes para su cabal entendimiento. Con el objeto de resaltar las ideas que juzgo fundamentales, he puesto las frases correspondientes en letras mayúsculas; las cursivas que constan en este resumen tampoco se hallan en el original, y cumplen la función de relieves otras ideas que estimo importantes.

La virtud que tiene este polémico texto sirve enormemente para iniciar discusiones muy pertinentes sobre el actual estatus de nuestro mundo y, de manera particular, acerca de los valores y principios éticos que se suelen defender como patrimonio civilizatorio de la actual humanidad. Su análisis será de particular valor en el marco de materias como la ética, deontología y filosofía del derecho.

Las dos tesis éticas objeto de análisis que presenta el autor al inicio de su artículo son:

- A) *SI TODAS LAS CULTURAS SON MORALMENTE EQUIVALENTES, HAY CULTURAS QUE ADJUDICAN A UNOS HOMBRES MÁS DERECHOS QUE A OTROS.*

B) SI TODOS LOS INDIVIDUOS POSEEMOS LOS MISMOS DERECHOS, TODAS LAS CULTURAS NO SON MORALMENTE EQUIVALENTES; PORQUE ALGUNAS NO RECONOCEN LA VIGENCIA DE ESOS DERECHOS UNIVERSALES.

El relativismo (A) se enfrenta al (B), evolucionismo, así como una teocracia jerárquica como la del Islam confronta al *republicanismo secularizado*. Este ensayo

postula la superioridad cultural en dos niveles: 1) Moral: *una cultura que reconoce un conjunto universal de derechos humanos (DDHH) es superior a una que los niega* aunque frecuentemente se desvíe de su cumplimiento; 2) epistemológico: *una cultura capaz de penetrar en la naturaleza elevando la esperanza de vida es superior a una que no lo es.*<sup>1</sup> *Librar guerras para defender una cultura superior es un imperativo categórico.*

## LA DISYUNTIVA NEOMODERNA

(A) “Todas las culturas son moralmente equivalentes” y (B) “Todos poseemos los mismos derechos”: estas dos afirmaciones son contradictorias. *La MATRIZ CULTURAL LIBERAL-SECULAR DE OCCIDENTE afirma que hay derechos y obligaciones individuales que pertenecen a la humanidad toda.*<sup>2</sup> Cuando caracterizamos a Occidente como civilización secularizada queremos decir que su derecho y su ciencia no se derivan de las Escrituras.

(C) *Las alternativas a A y a B son proposiciones totalitarias (éticas de máximos exacerbadas) basadas en la supuesta superioridad o derecho a dominar de una categoría de seres humanos, ancladas en la religión, raza o sexo.* Descartadas estas, debemos dar por válida la proposición A o la B: (1) *HAY UNA VERDAD UNIVERSAL OBJETIVA -conectada con la realidad ambiental y social- que puede ser descubierta por la mente humana, contra las pretensiones posmodernas*

*en contrario* o (2) existe un conflicto natural entre A y B. El terror ha sido un componente de la política humana. La guerra actual es contra los segmentos terroristas y fundamentalistas de todas las culturas y subculturas que niegan la proposición B y anhelan aniquilar la civilización occidental. Si esta guerra escalara hasta abarcar la totalidad de los enemigos de la misma, incluyendo tanto a los relativistas de la proposición A como a los fundamentalistas y absolutistas religiosos que se oponen a la B, sería una guerra civil global. En la historia del ataque a la proposición B, se repite una alianza táctica entre anti-relativistas que la rechazan y relativistas de la proposición A. Piénsese en la alianza implícita entre fundamentalistas islámicos y multiculturalistas, o en la convergencia de hecho entre los liberales opuestos a los Tribunales de Nüremberg y los criminales de guerra nazis.

## LA RECONSTRUCCIÓN LETAL<sup>3</sup> DE LA REALIDAD

La proposición B rescata verdades normativas universales *negadas también por segmentos de opinión de Occidente (multiculturalistas, constructivistas, postmodernistas, relativistas y subjetivistas), enemigos internos de su civilización, que se alarman frente a lo que perciben como el más efectivo imperialismo: el de UNA MACRO-CULTURA QUE SE PRESTA A LA UNIVERSALIDAD, por proponer un método (la tecnociencia) para penetrar en la realidad externa*

*y manipular la naturaleza, unida a una ética de tolerancia hacia todos los rasgos culturales excepto hacia la intolerancia.* Esta macro-cultura puede ser adoptada por cada pueblo y, puesto que su epistemología da poder a través de la manipulación de la naturaleza, parece ser el único camino al conocimiento abierto a la humanidad y, por ahora, es la única cultura de valor universal. (A) Al tratar de combatir este pseudo imperialismo, *relativistas*

<sup>1</sup> Ambas superioridades son sólo histórico-fácticas, pero no lo son *por principio* o esencialmente, pues todas, sin importar su evolución moral, cognoscitiva o técnica, son tan humanamente dignas unas como las otras; así como lo son todas las personas por principio, tal como proclama Kant.

<sup>2</sup> En principio sucede como indica Escudé, mas para completar esta visión realista, falta tomar en consideración la contextualización y el respeto a la *evolución cultural* de cada comunidad.

<sup>3</sup> ‘Letal’, porque toma como premisa la muerte física de los seres humanos.

*y posmodernistas caen en un curioso solipsismo, al afirmar que las verdades inducidas de la experiencia son construcciones sociales no independientes del contexto en que fueron formuladas.*

El *relativismo cultural* se remonta a Herodoto, los sofistas del s. V a.C., Montaigne y Hume. Su primera versión explícita fue la de William Graham Sumner, 1906. Luego Wittgenstein, W. Van Orman Quine, con su relativismo epistemológico y anarquía cognitiva en la lingüística, plantearon la virtual imposibilidad de comprensión intercultural. Aunque algunas de sus conclusiones nucleares resultaron desmentidas, tal relativismo se volvió la tendencia dominante sobre todo en Antropología. Varios antropólogos formularon fuertes argumentos anti-relativistas, pero no fueron aceptados por el núcleo central de la disciplina. La II Guerra Mundial, el Holocausto y el nazismo, representaron un golpe para su hegemonía. En los años 70 y 80, Clifford Geertz y David M. Schneider defendieron que culturas diferentes no pueden ser comparadas. Muchos postmodernistas europeos siguen esta doctrina. Geertz se burlaba de los anti-relativistas que rechazaban a los “cazadores de cabezas”, pero no reemplazó a estos con los nazis en sus frases: no aplicó su relativismo a los perpetradores del Holocausto; si lo hubiera hecho, ese habría sido el final de su relativismo. *El relativismo se opone a que las culturas sean comparables: superiores o inferiores; mas varios cultores suyos son racistas, lo que desprestigió la corriente. Popper demostró que la tesis relativista es científicamente insostenible.*<sup>4</sup>

El solipsismo postmodernista conduce a la neutralidad moral frente a Hitler, y a la negación de que exista una realidad terminal para todo ser humano. Sus cultores enuncian semi-ideas equívocas con la intención de evitar estos pronunciamientos

categoricos. *LA REALIDAD FÍSICA DE LA MUERTE no es una construcción social, aunque su ‘significado’ pueda ser interpretado por construcciones sociales. Esta realidad es un punto de partida sólido para la construcción de UNA TEORÍA OBJETIVA DEL CONOCIMIENTO. Análogamente, en el ámbito de la ética cívica, el rechazo de los DDHH como normativa universal equivale a tolerar las prácticas genocidas pero legales de Eichmann.* Si la neutralidad moral se mantiene de manera consistente con el relativismo cultural, sus teorías son perversas. La desesperación de relativistas y postmodernistas frente al “colonialismo de la mente” generado por la civilización occidental es comprensible; pero, más allá de todas las construcciones sociales, un cadáver de diez años está muerto. *A través de esta reconstrucción ‘letal’ de la realidad, la EPISTEMOLOGÍA NEOMODERNA es capaz de reafirmar hechos conocidos desde tiempos inmemoriales.*<sup>5</sup> La negación postmodernista de este simple razonamiento, cuya conclusión era obvia desde mucho antes de Darwin, no es más que palabrería de moda.

La construcción objetiva de la realidad comienza por un saber pre-científico presupuesto por cualquier articulación científica de hechos empíricos. Es el ámbito del ‘sentido común’, sin el cual una búsqueda científica ni siquiera puede comenzar, ya que presupone datos procesados por nuestros sentidos que no pueden ser verificados por ningún instrumento. *Basta con un sólo dato de valor universal que esté más allá de las construcciones sociales para demostrar que la realidad existe por fuera de nuestra subjetividad y puede ser aprehendida y expresada en afirmaciones de validez para todo el género humano.*<sup>6</sup> El progreso de la ciencia y la medicina refutan la retórica del solipsismo postmodernista. El avance de las ciencias, con consecuencias buenas o siniestras,

4 Ambas superioridades son sólo histórico-fácticas, pero no lo son *por principio* o esencialmente o profundicemos la crítica del autor al relativismo: al comparar la mente de dos personas solemos decir, sin rubor, que la una es más cultivada, más desarrollada por su finura de captación sensible, por su capacidad de análisis o por cualquier otro elemento espiritual. Y no tildamos a estas apreciaciones de ataque, insulto o -peor aún- desprecio, sino que las consideramos normales, pues la razón humana constantemente, y en todas las culturas, hace comparaciones de todo tipo entre los congéneres, las cuales son aceptables según la ética, con tal que no vayan unidas a connotaciones que vulneran la dignidad del prójimo. Pues bien: ¿no se podrá ejercer ese derecho de comparación racional -éticamente respetuosa- entre culturas, diciendo que unas son en promedio superiores a otras en esto o en aquello y que, por lo tanto han logrado un mayor desarrollo de ciertas *tecnologías institucionales* humanas? Eso sí, manteniendo que el espíritu que está en la base de sus modos de vivir, valorar y lograr la felicidad es tan humano como el de cualquier otra cultura; es decir, poniendo como postulado la igualdad en dignidad de todas las culturas, como proyectos de vida humana.

5 Esta idea básica la han tenido todos los pueblos. Más allá de lo que crean relativistas o escépticos de toda especie (antropólogos o no), cada cultura considera, como postulado implícito de su cosmovisión, que la conexión entre su teoría y su praxis sirve al ser humano para conocer la realidad y tener un rico ‘intercambio’ con ella. Son los occidentales quienes han insistido en posiciones filosóficas relativistas.

6 Este hecho se hace cada día más obvio; aun así, el *paradigma de los DDHH* exige que, por principio, respetemos todas las cosmovisiones diferentes a la de la tecnociencia global.

demuestra que algunas realidades son obvias en sí. *Y nada reafirma la objetividad de la realidad externa tanto como la muerte: “muero luego existo”; “puedo prevalecer en la lucha por la supervivencia, luego soy más apto que quienes no pueden”. “Mato, luego existo”: esta afirmación es independiente de su contexto, válida para quien sobreviva, hombre o mujer, indio, negro, blanco o amarillo, musulmán, cristiano, budista o judío.*

*El Occidente liberal-secular actual es una cultura construida sobre la premisa de una realidad externa cognoscible que puede volverse más controlable por la actividad humana, y sobre el valor trascendente que adjudica al individuo. Es la cultura de quienes han superado la subordinación a los dogmas religiosos pre-filosóficos de donde han emergido todas las civilizaciones. Es UNA CULTURA NATURAL POTENCIALMENTE UNIVERSAL. Su expansionismo es natural, porque ha generado categorías universales que trascienden a su propia civilización. Lo ilustran la incondicional adopción rusa y japonesa de la epistemología occidental, desde Pedro el Grande y la era Meiji. Lo que la hace metafóricamente imperialista es que se expande porque genera poder a través de la manipulación de la naturaleza.<sup>7</sup> Haber llegado a este punto representa un movimiento del reloj mundial y también de la historia natural. Como lo hace I. Wallerstein en su obra *The Modern World-System* de 1976, con la idea ‘historia natural’ me referiré a todo fenómeno que pueda conceptualizarse en ‘etapas de un proceso evolutivo’. El sistema-mundial tiene una historia natural, porque la sociedad humana ha pasado por etapas de tecnología y desarrollo de los medios de producción (y de destrucción); y la tecnología marca el tiempo del reloj-mundial. Esta idea ayuda a entender porqué*

el desarrollo económico no puede entenderse como una sucesión de etapas que se repiten en cualquier proceso de desarrollo; y, de igual forma, porqué los países no se modernizan políticamente siguiendo etapas comparables, a no ser que lo hagan bajo las mismas circunstancias mundiales. Por ej., en el siglo XVI, un imperio no hubiera sobrevivido sin la esclavitud, que en ese momento del reloj-mundial resultaba un rasgo adaptativo. Hoy, ni un país ni una región del mundo, visto aisladamente, es un sistema social independiente. El único verdadero sistema social es el sistema-mundial. Karl Popper, en *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach* (1972) propuso que *el conocimiento científico crece mediante falsación de hipótesis alternativas por los datos empíricos: hay una selección natural de hipótesis. El conocimiento proposicional o conjetural así generado es objetivo, acumulativo y constituye una dimensión de la evolución social (una teoría darwiniana del crecimiento del saber). En cada época, son las hipótesis que han sobrevivido hasta ese momento. Se trata de una epistemología natural que genera poder porque permite manipular la naturaleza.* El prerequisite para su desarrollo fue la idea de naturaleza, ideada por la filosofía de la Grecia antigua. El equivalente pre-filosófico de ‘naturaleza’ es ‘costumbre’ o ‘manera’: el graznido es el hábito del pato, luchar es la costumbre del soldado, crear es la manera de Dios. La naturaleza fue hallada cuando los griegos buscaban el ‘principio’ de todas las cosas. Sólo cuando este paso hubo sido dado, pudo Grecia desarrollar su método de identificación de causas y efectos, y la ciencia lógica. Su espíritu conquistó a sus sucesores macedónicos y romanos.<sup>8</sup> *La Edad Moderna fue factible gracias a la efectividad de la pólvora y su supremacía, independientemente de que fuera usada por blancos, negros o amarillos.<sup>9</sup>*

<sup>7</sup> Inclusive la manipulación de la naturaleza humana a través de la introducción de imaginarios sociales que son convenientes para algún tipo de poder histórico.

<sup>8</sup> Todo pueblo ha tenido, junto con los razonamientos analógico e inductivo, también el deductivo, sobre todo en su versión consistente en aplicar afirmaciones universales a casos particulares. Lo que hicieron Platón, Aristóteles y sus discípulos estoicos en esta materia, igual que un poco antes habían hecho los pitagóricos con temas de la matemática, fue tomar conciencia de las estructuras o formas de razonamiento, de modo que, una vez resaltadas y abstraídas, podían ser fácilmente enseñadas y utilizadas con la certeza de lograr conclusiones verdaderas a partir de premisas verdaderas: un método que daba a los cerebros del pueblo que lo poseía una ventaja mental comparativa enorme, es decir, aumentaba su poder de análisis y de investigación de la realidad. Hubo genios griegos, como Arquímedes o Hierón, que idearon máquinas muy avanzadas basados en la aplicación de la lógica a los principios de la física (artilugios de mecánica, de óptica...); pero el poco interés de la civilización sur-europea antigua por facilitar un trabajo que, en su concepción, realizaban suficientemente bien los esclavos, impidió que se llegara a desarrollar una revolución industrial temprana... Habría que esperar hasta la Modernidad. Ya en la Baja Edad Media se dio la invención de mecanismos de relojería y, en general de los autómatas, así como la artillería, que, asociada a la lógica y a la geometría de Euclides, refuncionalizó la invención china de la pólvora de uso bélico (en 1126 Li Gang defendió su ciudad de Kaifeng con cañones de pólvora: salitre [KNO<sub>3</sub>] + S con carbón, para propulsar flechas explosivas, que fue traída hacia Europa por persas y árabes [sitio de Algeciras, 1342]). Los castellanos fueron los primeros en usar naves artilladas desde 1359.

<sup>9</sup> De hecho, desde Mao Tze Tung en China, y en las últimas décadas la India junto a otros países no-occidentales, han entrado en la carrera por el dominio de la tecnociencia y de la economía mundiales; así, estas ya no son occidentales sino un gran proyecto fáctico de toda la humanidad; y depende de todos sus integrantes si direccionamos el mundo hacia metas más humanistas o, como en los hechos está sucediendo, más opresoras de los más débiles, individual o colectivamente.

En Europa, Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, Francisco Suárez y Luis de Molina, entre otros predicaron un *realismo filosófico*. *La primacía de la epistemología occidental se estableció fácticamente, por primera vez, en las conquistas de ultramar*. Sus protagonistas comprendieron la diferencia entre hecho empírico e hipótesis. Hernán Cortés tomó un imperio con solo cientos de hombres, porque los aztecas carecían de una metodología para procesar eventos totalmente inesperados, como la llegada de los españoles. Moctezuma apeló a sus dioses que le fallaron. Cortés desplegó una estrategia racional para enfrentar entre sí a tribus mesoamericanas (totonacos vs. aztecas) fingiendo ser el amigo de ambos para terminar dominándolos. Sólo pudo hacer esto porque había superado la sumisión a su propia religión, *desarrollando una metodología basada en una epistemología secular*.<sup>10</sup> Las atrocidades españolas en México fueron asesinatos ateos, pero los sacrificios humanos aztecas fueron dictado de sus dioses.

Cuando el ejército de Carlos V saqueó Roma en 1527, el sacro emperador romano incurrió en secularismo encubierto enseñando a un papado reluciente quién era el amo. Su abuelo, Fernando II de Aragón, había actuado análogamente con su

vasallo, el Papa Alejandro VI (el valenciano Rodrigo de Borja), y fue elogiado por este y por Nicolás Maquiavelo como el ideal del príncipe renacentista. Mientras estuvieron en la cúspide de su poder, los reyes españoles no necesitaron romper con Roma, como lo hizo Enrique VIII de Inglaterra, porque podían tratar al Vaticano como a un satélite. Enrique, Fernando, Carlos y Hernán Cortés fueron seculares encubiertos a quienes la religión no imponía límites, capaces de las acciones racionales más escandalosas para alcanzar sus objetivos. Ellos hubieran aprobado en secreto al Nietzsche de *Más allá del bien y del mal*, que tilda a la fe cristiana de encarnación de una moral de esclavos que iguala bondad a estupidez; pero, en público, hubieran puesto el grito en el cielo contra tal idea. *La fuente del poder occidental ha sido una creciente comprensión de los medios necesarios para manipular a otros hombres y a la naturaleza, y el entendimiento de que la humanidad es soberana y ninguna ley presuntamente divina puede limitar el accionar de un Estado*. Se trataba de la cualidad secular e instrumental del Renacimiento. La estabilidad global alcanzada por las detonaciones nucleares en Hiroshima y Nagasaki (1945), que duró 50 años, fue el logro culminante de la soberanía ética de la humanidad secularizada.

## EL PODER COMO EL PRODUCTO NATURAL DEL CONOCIMIENTO OBJETIVO

*Cuando epistemologías diferentes se enfrentan, la conquista es una prueba posible de la epistemología, porque es el triunfo de una matriz de capacidades cognitivas sobre otra. Por desgracia, la capacidad para matar es una medida objetiva de la evolución cognitiva y cultural*. Su postulación desbarata el relativismo extremo y abre el camino para una teoría evolutiva basada en la supervivencia del más apto. La narrativa sobre Occidente antes del postmodernismo, que se apoya en míticos ‘momentos mágicos’ y ‘pecados originales’, es una caricatura de la historia. El libro de Samuel P. Huntington *Who are we?* pretende hacernos creer que el desarrollo de una sociedad libre fue el producto de una sucesión de afortunados trances ahistóricos. Pero no fue así: la libertad creció

porque sirvió a los intereses del poder. La lucha por el poder<sup>11</sup> es una variable independiente; las libertades y el credo liberal, no.

*En los EEUU, la libertad creció sólo en la medida en que resultó funcional a los intereses del poder*. Las principales tribus indígenas en seis estados sureños fueron obligadas (cerca de 1830) a mudarse al otro lado del río Mississippi. Este mismo ánimo alentó a EEUU a crear el Estado africano de Liberia en 1821. Es dudoso que los negros libres que fueron enviados allí (entre 11 y 15 mil) hayan ido voluntariamente: en 1862, el Presidente Lincoln dijo al primer contingente de negros que alguna vez visitara la Casa Blanca que debían emigrar al África. Huntington sostiene

<sup>10</sup> Véase la obra *La conquista de América: el problema del Otro*, de Zvetán Todorov.

<sup>11</sup> Esta lucha solo se da en una interacción compleja con los intereses y circunstancias históricos.

que “Los principios del Credo (norteamericano) siguieron estables en el tiempo”; Seymour Lipset, que ha habido “más continuidad que cambio en los principales elementos del sistema nacional de valores”. Para llegar a esta conclusión, a la vista de la limpieza étnica de indígenas y la esclavitud de negros, es preciso manipular la lógica formal: *sólo se puede afirmar que el Credo no cambió si se reconoce que se modificó el contenido cultural del concepto de ‘individuo humano’ (supuestamente dotado de una dignidad e igualdad esenciales, y del derecho a la libertad y la justicia), de modo que en una primera etapa este no incluyera a indios ni negros. Lo que hubo fue una formidable EVOLUCIÓN DEL CREDO, que ES PARTE DE LA HISTORIA NATURAL DE LOS DDHH: hubo una libertad creciente, extendida a categorías crecientes de seres humanos. Y este crecimiento FUE CONSECUENCIA DE LA EVOLUCIÓN DE LOS INTERESES DEL PODER en una sociedad industrial cada vez más desarrollada.*<sup>12</sup>

La abolición de la esclavitud se convirtió en una aspiración sólo entre aquellos para quienes los esclavos ya no eran de vital importancia económica. Lo que hizo al Sur diferente del Norte en la Guerra Civil de EEUU fue la necesidad de esclavos: la diferencia en credos se derivó de allí.<sup>13</sup> Análogamente, lo que hizo a la Argentina (país donde la libertad de vientres fue legislada en 1813) diferente de Brasil y los EEUU, fue que carecía de importantes economías de plantación. Esta situación infraestructural generó el credo abolicionista argentino.

Los mitos complacientes y engañosos son relevantes sólo en tanto sirven como propaganda ideológica de los intereses del poder en países poderosos. Lo mismo pasa con lo inicuo e infame: el hecho de que la limpieza étnica de indígenas y su fundamento en el derecho positivo de EEUU sean rara vez recordados en la narrativa convencional, mientras la expulsión española de judíos y moriscos en los s. XV y XVI

es siempre señalada, lo que también es parte de las dinámicas del poder.

La libertad se acordó de los hijos de los esclavos de Buenos Aires antes que de los de Washington D.C., porque la esclavitud fue una institución económicamente importante por más tiempo en el Sur de los EEUU que en la Argentina: la libertad creció cuando sirvió a los intereses del poder. Y el gran poder de Occidente emergió de una epistemología natural, que es lo que realmente lo distingue de otras civilizaciones. Nuestra civilización se definió por su poder mucho antes que en términos libertarios o democráticos, porque su epistemología es natural, hecho que la ubica en una etapa superior del continuo evolutivo. Esta es una razón por la que EEUU evolucionará probablemente hacia una forma de organización política menos democrática.

El enemigo histórico rara vez se menciona en esa gran narrativa. Musulmanes, sarracenos, moros, árabes y otomanos, casi coparon la Europa cristiana en varias ocasiones. Tras derrotar al rey visigodo Don Rodrigo en la batalla de Guadalete (año 711), los árabes coparon la Península Ibérica y Carlos Martel les paró al norte de los Pirineos, en Poitiers (732). La Reconquista se inició con la batalla de Covadonga de 722, no fue concluida hasta 1492. La captura de Granada por Fernando e Isabel fue más comentada en la Europa de ese año que el ‘descubrimiento’ de Colón. Entonces, los turcos otomanos, islámicos continuadores del expansionismo árabe, habían tomado Constantinopla, conquistado los Balcanes, gran parte de Hungría y sitiado Viena. La tarea de contener al islamismo dependió de España, con el poder acumulado por la conquista de vastos territorios de ultramar y la herencia dinástica de otro imperio en Europa, que incluía Portugal, los Países Bajos Españoles, Milán, Nápoles, Sicilia, Cerdeña y parte de Borgoña. La flota cristiana, dirigida por el medio hermano bastardo de Felipe II, que sumaba

12 En América Latina quedó establecido teóricamente, desde el triunfo de la tesis del obispo Bartolomé de las Casas (s. XVI), que los indios eran seres humanos, pero no los negros, de modo que se siguió justificando su esclavización; si bien los religiosos católicos sí les evangelizaron, alfabetizaron, y enseñaron a crear artesanías y a tocar instrumentos musicales, reconociendo así su humanidad. Mas, haciendo caso omiso de las leyes hispanas y de la doctrina eclesial, encomenderos y otros blancos siguieron explotando a negros e indios hasta la muerte. Y se les mantuvo sometidos hasta mediados del s. XX (a los indios en el Ecuador hasta la abolición legal del huasipungo en 1964) y en algunos países (sobre todo en la pampa argentina) se les eliminó para que los terratenientes blanco mestizos extendieran la frontera agrícola y ganadera.

13 A diferencia de los confederados del sur, los yanquis del norte no necesitaban esclavos para las plantaciones, sino mano de obra abundante de obreros libres que impulsaran la industria y que se unieran al número creciente de compradores de manufacturas, de modo que el mercado se hiciera más robusto y produjera mayores ganancias al nuevo poder: a la burguesía industrial yanqui.

fuerzas aliadas del Vaticano, Venecia y Génova, infligió a los otomanos su primera gran derrota naval en Lepanto (1571), en la costa de Grecia. Mucho antes del Tratado de Westfalia de 1648, España,

Francia e Inglaterra eran ya Estados territoriales soberanos. Sin la construcción del Estado moderno y la concentración de su poder,<sup>14</sup> Occidente jamás se hubiera convertido en lo que es.

## EL GRAVÍSIMO PELIGRO PRESENTE

El predominio occidental global es producto de una *EPISTEMOLOGÍA NATURAL GRIEGA* que Europa había perdido con las invasiones germánicas pero que recuperó en el milenio posterior.

Los ‘descubrimientos’ de fines del s. XV son los más claros símbolos de la plena recuperación de la matriz cultural extraviada con la caída de Roma. Las guerras entre pueblos que comparten esta epistemología (incluyendo la Guerra Fría entre la Unión Soviética y los EEUU) son guerras intra-occidentales, más allá de diferencias en ideología: *las dos guerras mundiales y la Guerra Fría fueron “guerras civiles occidentales”*.

*SI AGREGAMOS UNA ÉTICA CÍVICA LIBERAL TENEMOS EL OCCIDENTE LIBERAL-SECULAR QUE EMERGIÓ DE LA ILUSTRACIÓN*. Pero no todas las sociedades de la comunidad epistemológica pueden identificarse con él: incluso en su centro algunos segmentos de población y grupos de interés no son liberales. *La civilización es secular, en el sentido de que su derecho y su ciencia no derivan de verdades reveladas. Las sociedades en que surgió la Ilustración han albergado siempre segmentos anti-modernos: el enemigo interno.*

Edmund Burke acota el liberalismo británico; judíos anti-modernos excomulgaron a Baruch Spinoza de su comunidad religiosa; el integrista católico actual se opone a las tendencias liberalizadoras de la Iglesia contemporánea; y el postmodernismo, en algunas de sus expresiones, tiende a justificar el accionar del extremismo islámico.

*Hoy enfrentamos un conflicto global entre la modernidad y sus enemigos. Este es el desafío que el neomodernismo debe clarificar: debido a su utilización*

*del suicidio místico asesino como método de guerra que lo torna inmune a la disuasión, y a su probable acceso eventual a armas de destrucción masiva, el extremismo islámico congrega la más peligrosa concentración de estos enemigos. El conflicto es asimétrico, porque aunque Occidente es abrumadoramente más poderoso, le resulta difícil, sin traicionar sus principios, librar una guerra material contra enemigos internos que son respetuosos de la ley pero carcomen sus cimientos. En cambio, las fuerzas anti-modernas del extremismo islámico pueden enorgullecerse de no tolerar disensos significativos en sus propios territorios: tal intolerancia es, para ellos, un principio estratégicamente ventajoso.*

Sin el marxismo, el postmodernismo no puede ofrecer un sistema social viable que genere previsiblemente igualdad. *Se vuelve hacia el nihilismo, que siempre protesta pero nunca propone. El fundamentalismo islámico encarna jerarquías:<sup>15</sup> el mundo será un lugar justo donde la ley islámica será la única, con los musulmanes gobernando sobre los infieles, los varones sobre las mujeres, y Dios sobre los hombres.*

Postmodernismo y fundamentalismo operan como contrapartes en oposición al dominio del individualismo. *Postmodernistas y mullhas son enemigos naturales, como lo eran Stalin y Hitler, pero su convergencia es tan reveladora del contexto actual como lo fue el pacto Hitler-Stalin en 1939, que pone a dos estrellas normalmente opuestas en conjunción temporal, debido al carácter natural de la matriz cultural occidental: todos los que no la comparten están destinados a ser dominados.<sup>16</sup>*

*La matriz natural está destinada a prevalecer y a ser compartida por la humanidad entera, a pesar de autores como Jean Baudrillard y Stanley Fish, y de*

<sup>14</sup> Es decir, sin la optimización de la potencia humana colectiva.

<sup>15</sup> Estas escalas jerárquicas suelen darse en las éticas de máximos que son muy marcadas.

<sup>16</sup> Así ha sucedido con las sucesivas generaciones de anarquistas, con los países regidos por un comunismo oficial, con los hippies; y (si no queremos seguir dorando la píldora) con la mayoría de los autoproclamados posmodernistas que, de facto, están integrados al sistema.

sus muchos enemigos extranjeros terroristas<sup>17</sup>. Para alcanzar esta victoria, el Credo debe ser temporalmente subordinado a los requisitos funcionales de la guerra,

como siempre ocurrió cuando Occidente luchó por su supervivencia y supremacía.<sup>18</sup>

## DERECHO NATURAL POR DEFECTO

La civilización occidental se basa en el supuesto de que existe un mundo fuera de nuestra mente, que el proceso cognitivo humano permite su comprensión y la transmisión de este saber de un modo que se presta a la acción. Este ámbito 'natural' incluye también un conjunto mínimo de elementos normativos. Siguiendo a Hobbes, estos emergen del hecho de que la organización de la vida humana en entidades políticas radica en los intereses del individuo, quien requiere un Leviatán para sobrevivir. Esta centralidad del individuo remite a la creencia de que todos los seres humanos fueron creados iguales. La afirmación opuesta, de que existe una desigualdad esencial entre individuos humanos, entre hombres y mujeres, es falsa. Al igual que hemos descubierto una epistemología física que permite una creciente manipulación de la naturaleza, la humanidad liberal-secular ha descubierto UNA EPISTEMOLOGÍA NORMATIVA, CONDUCTENTE A UN 'DERECHO NATURAL' QUE EMERGE DEL CONOCIMIENTO DE LA NATURALEZA: es la ley que sostiene que la vida de la especie humana debe ser preservada. Ambos datos pertenecen al ámbito del 'sentido común'. El salto metafísico no es mayor que el de la enunciación de la causalidad frente al problema de la inducción de Hume: la ley natural establece un puente entre lo que Es y lo que Debe Ser.

La vida humana es un hecho empírico y un valor normativo a la vez, en tanto que la muerte es una realidad física evidente en sí y el valor supremo de la vida es una verdad normativa. En el ámbito del Deber Ser de la filosofía clásica, la búsqueda del 'camino recto' implica poder alejarse de los dictados de la autoridad tradicional y aceptar los de la razón humana. No podía haber conocimiento del derecho natural en el

Antiguo Testamento, porque el descubrimiento de la naturaleza precede al del derecho natural. La opinión de la humanidad pre-filosófica es que el camino correcto es 'el nuestro', sancionado por la costumbre ancestral de la propia comunidad.<sup>19</sup> Mientras hubo un contacto con los dioses a través del jefe de familia, la discusión era innecesaria. Platón se sobrepuso a este dictado de la autoridad. De este modo, los griegos coronaron suprema a la razón. Sólo si se duda de la autoridad pueden las 'primeras cosas' y el 'recto camino' convertirse en objeto de búsqueda. Este hecho implica un salto colosal en el reconocimiento de los derechos del hombre: el desprenderse de los dictados de la autoridad ancestral mediante el hallazgo de la ley natural fue quizás la conquista libertaria más grande de todos los tiempos. Para Tomás de Aquino, la ley natural siguió siendo cognoscible por la mente humana sin ayuda de la revelación divina. Pero la ley natural es insuficiente y apunta más allá de sí misma: la razón natural 'descubre' la ley divina, que perfecciona al derecho natural. Así, éste se volvió inseparable de la teología natural, y ésta inseparable de la teología revelada. Con estos argumentos, la teología absorbió al derecho natural hasta los albores de la Ilustración; cuando, bajo la égida de T. Hobbes, J. Locke y B. Spinoza, la concepción moderna de la ley natural recuperó la cualidad libertaria del concepto griego.

Hay un sólo derecho natural que no puede coexistir con otro, a no ser que sea por razones pragmáticas. La Proposición A no es derecho natural, pues afirma que este no existe excepto para las culturas establecidas como tales, que pasan así a ser sujetos de derecho, y no el individuo. Es un ejemplo de que la ley natural está en guerra ideológica contra un relativismo extremo

17 Estos terroristas en la práctica son como pulga en lomo de elefante, debido a su inevitable aislamiento; pues pocas familias y ningún pueblo histórico, tomado en su mayoría, asumen posturas heroicas sostenibles en pos de ideales cuya realización es tremendamente insegura, dado el enorme poder amenazador del *statu quo* (temor) y dadas sus tentaciones y la esperanza que suscitan, tanto las promesas de felicidades cotidianas, que se constituyen en pasatiempos o en distractivos del dolor y de la miseria, y van unidas a los baratos aparatos de la techno-ciencia (celular, cine, TV...), como los seductores ejemplos de goce de la riqueza que el sistema, justo a través de los medios de comunicación masiva, difunde para tratar, con éxito frecuente, de 'colonizar' los deseos de la población.

18 Este proceso surge por las dinámicas del poder supremo que explican Hobbes y Spinoza, que rigen un sistema -aquí el de la humanidad- y que se imponen sin miramientos.

19 Tal mecanismo cultural es propio de toda ética de máximos.

*arbitrario*, aliado de las interpretaciones prefilosóficas de la ley divina, enemigas de la proposición B. *Esta guerra natural es total, pues los contrincantes sostienen posiciones irreconciliables con el más relevante de todos los asuntos humanos.*

La lapidación de mujeres acusadas de adulterio y la amputación de miembros de delincuentes menores, que son crímenes contra el derecho natural, son actos de justicia en algunas culturas y marcos jurídicos islámicos. La instancia es análoga a la del derecho positivo nazi, que obligaba a Eichmann a instrumentar órdenes conducentes a la “solución final”. Ambos casos representan ignorancia de la ley natural y un desconocimiento pre-científico de la naturaleza humana.

Los códigos legales del fundamentalismo islámico y el nazismo no son interpretaciones del derecho natural, y casos como el de Eichmann (ciudadano respetuoso de la ley y dedicado al cumplimiento de su deber en un régimen político legal) no pueden ser condenados a no ser que rechacemos el relativismo cultural, como hicieron Alain Finkielkraut en *La Défaite de la Pensée* (1987), Hannah Arendt en *The Origins of Totalitarianism* (1951) y Julien Benda en

*La Trahison des Clercs* (1926). Que los relativistas culturales extremos no consideren a la lapidación y la amputación crímenes en sí porque creen que deben ser evaluadas según los parámetros culturales de donde emergen, es la derrota de la ética y conduce al nihilismo, y esta es una de las razones por las que debemos insistir en el derecho natural.<sup>20</sup>

*Una intolerancia mínima debe condenar las leyes positivas que violan el derecho natural, sin importar el contexto cultural donde hayan surgido. Sin esta tesis perderíamos nuestro derecho a luchar contra formas extremas de injusticia en nuestra sociedad, sacrificando además la idea de “crimen de obediencia debida”.<sup>21</sup> El derecho a la revuelta, que corre paralelo a la obligación de desobedecer las leyes cuando violan el derecho natural, se perdería si no afirmáramos que hay un sólo derecho natural. Pero ningún derecho positivo podría consagrar jamás el derecho a la revuelta de Locke (sostenido antes por Aquino, Suárez y casi todos los principales escolásticos), porque ningún Estado sancionará jamás leyes que establezcan que su propio derrocamiento puede ser legítimo. Luego, o el derecho a la revuelta es un derecho natural, o no es un derecho; y si lo perdemos sucumbimos a la tiranía.*

## ELOGIO DEL DOBLE ESTÁNDAR<sup>22</sup>

*Luego debemos aceptar que hay solo una ley natural, por defecto.<sup>23</sup> Si no, aceptaríamos la tiranía por defecto, ya que renunciaríamos a nuestro derecho natural a rebelarnos contra leyes positivas injustas. Pero, dado que HAY UNA HISTORIA NATURAL DE LOS DDHH (etapas en su implantación), un Estado hegemónico (hoy EEUU) debe considerarse autorizado para desviarse de la norma cuando emerge una necesidad imperativa: por ej., no cumplir con la ley natural que le obligaría a intervenir en*

Arabia Saudita a efectos de prevenir violaciones de DDHH si, debido a razones estratégicas, una tal intervención resultara en detrimento de su poder (el cual posibilita la defensa global de los DDHH). Y si, en el caso de prisioneros tomados en la guerra de Afganistán, se considera probable que los efectos propagandísticos de los juicios públicos prescriptos por la III Convención de Ginebra habrían de generar miles de nuevos terroristas, la superpotencia debe considerarse exenta de cumplir con esa estipulación.

20 Los dos casos que aduce el autor son muy diferentes. El derecho islámico va unido a una moral religiosa que, en paquete, ha sido vivida en esa cultura por casi catorce siglos. Aunque, por justicia no podemos dejar que impongan al resto del mundo sus prácticas, quienes vivimos en la óptica de los DDHH debemos respetar que los islámicos vayan adoptando esta voluntariamente a su ritmo, según su cultura se vaya integrando de manera natural a la globalización tecnológica, que lleva asociada esa nueva óptica acerca de la justicia. Pero el plan nazi de exterminio racial constituía una monstruosidad moral dentro de la evolución socio-política de Occidente y, por lo tanto, un gran paso atrás en la construcción ética de la humanidad que era totalmente intolerable.

21 Esta excusa que pretende el perdón, emparenta los asesinatos y torturas en Argentina, llevados a cabo dentro de la última dictadura militar por orden del superior militar, con el caso de Eichmann.

22 Si la superpotencia no lo usa sería suicida; su papel es análogo al de la situación bisagra del *macho a*: como individuo que impulsa sus intereses y como depositario de la potencia colectiva del grupo que lidera, por lo que tiene una patente de curso natural, es decir, *necesaria* mientras dure.

23 Como una exigencia de la Razón Práctica, entendida en el sentido kantiano, una actitud ético-moral como esta debería asumirse en cada momento de la historia, si está en juego la defensa efectiva de la vida humana, cuando esta se halla gravemente amenazada por un peligro altamente probable.

A través del 'mecanismo de doble estándar', la humanidad ha dado pasos gigantescos en la esfera de la ética cívica. Se trata de *la tecnología más sofisticada para el progreso moral de las sociedades*, y como tal constituye un triunfo de nuestra epistemología natural. Por ej., frente al tráfico de esclavos, el campeón del abolicionismo fue la Gran Bretaña del s. XIX, que previamente había sido uno de los imperios coloniales esclavistas más entusiastas. *Cuando, gracias a la Revolución Industrial, se vio 50 años por delante de sus competidores más cercanos, su clase dirigente llegó a la conclusión de que la esclavitud ya no era funcional para su capitalismo*, y que no tenía sentido que sus competidores cosecharan ventajas de un sistema inhumano que ya no le servía al Imperio Británico. Aunque había habido abolicionistas en Inglaterra, sólo entonces se dieron las circunstancias

para que ellos pasaran de los márgenes al centro de la escena política. Desde ese momento, los británicos se lanzaron a negociar tratados, y enseguida a violarlos, y a la piratería (*cuando abordaron por la fuerza los buques de potencias amigas para verificar que no transportaran esclavos*). *En esta campaña incurrieron repetidamente en doble estándar, tratando a estados fuertes con más suavidad que a otros más débiles. Este uso del doble estándar fue preferible a la única alternativa real, abandonar el esfuerzo por abolir la esclavitud, si se hubiera optado por la consistencia en las medidas adoptadas frente a circunstancias diversas, y si los mismos británicos hubieran renunciado a la explotación de esclavos dos siglos antes, sólo hubieran conseguido abortar su propio poder, volviéndose impotentes para la promoción de cualquier causa de DDHH.*<sup>24</sup>

## HACIA UNA HISTORIA NATURAL DE LOS DDHH

Un caso análogo de violación sin injusticia de los DDHH, justificable en términos de la historia natural de estos, es que algunas ciudades alemanas fueron bombardeadas por USA y UK con artefactos incendiarios, a fin de quebrar la moral de los civiles.

El 27 de julio de 1943 lanzaron 10 mil toneladas de bombas sobre zonas densamente pobladas al este del Elba: una tormenta de fuego de 2 km de alto que duró 3 horas. Las llamas rodaban a más de 150 millas/h y generaron 200 km de calles destruidas y millón y medio de refugiados. Este y otros hechos parecidos contribuyeron a la estabilidad de la posguerra. La población alemana recibió el mensaje: de ser necesario, los vencedores acudirían al genocidio -y en Hiroshima y Nagasaki se envió el mismo mensaje de manera aún más rotunda.

El objetivo estratégico era aniquilar la oposición nazi-fascista a la proposición B, de modo que no sobreviviera a la derrota militar del Eje. Los campeones de la proposición B (a favor de los DDHH universales) enviaron a sus enemigos el mensaje de

que recurrirían a la exterminación masiva si seguía la resistencia (un mensaje que -no sin consecuencias- estuvo ausente frente a los iraquíes en la guerra y posguerra de 2003). Este mensaje hizo posible que, posteriormente, los Aliados pudieran abstenerse de cometer genocidio en una escala mucho mayor, a la vez que eliminaron de los asuntos humanos al nazi-fascismo. Gracias a ello, el mundo fue mejor durante medio siglo.

Para asegurar este resultado se establecieron los Tribunales de Nüremberg, a fin de someter a juicio a los criminales de guerra nazi por la violación del derecho natural de la proposición B, aunque no hubieran violado ningún derecho positivo y sólo hubieran llevado a cabo su obligación legal de cumplir las órdenes de sus superiores. Algunos fueron ejecutados; pero no se empleó tal procedimiento jurídico frente a los responsables del bombardeo nuclear de Hiroshima y Nagasaki. La violación selectiva de DDHH y la aplicación de un doble estándar en el establecimiento de procedimientos legales contra los perpetradores de crímenes contra

<sup>24</sup> A nivel intra-nacional, puede considerarse que habría casos en que el doble estándar ayuda a promover el mejor funcionamiento de la democracia. Ejemplo 1: un partido político que ha estado en el poder y ha ejercido abusos de cierto tipo, ahora que está en la oposición denuncia que los está cometiendo el gobierno de turno y, por esa vía, se descubren atentados contra el orden civil que, de otra manera, serían muy difíciles de detectar. Ejemplo 2: cuando un gobierno reformista destruye prácticas antidemocráticas de la oposición que acaba de estar en el poder, usando medios que rompen la ley positiva vigente (caso del gobierno de Rafael Correa en el Ecuador).

la humanidad fue el mecanismo más efectivo para el triunfo de los DDHH en esa etapa de su historia natural.

Nazi-fascismo y fundamentalismo islámico son aliados potenciales de la proposición A, por no reconocer ciertos DDHH universales. Aquél, al

afirmar la superioridad biológica de una rama de la especie humana se asemejaba al extremismo islámico, que supone que los seguidores de Mahoma deben gobernar el mundo. La guerra contra el nazi-fascismo fue una guerra natural moderna, análoga a la guerra natural anti fundamentalista de tiempos neo modernos.

## EL CONSEJO DE SEGURIDAD COMO ANTESALA DEL IMPERIO

Los vencedores de la II Guerra Mundial habían creado una organización para administrar los problemas interestatales en la posguerra, la que excluyó al inicio a los vencidos: las Naciones Unidas (ONU), nombre oficial del bando aliado. *Se creó un Consejo de Seguridad oligopólico con 5 miembros permanentes con poder de veto y de intervenir militarmente en cualquier lugar del mundo si la seguridad interestatal lo ameritare: las potencias triunfantes están allí por derecho de conquista.*

Esto refleja la estructura de poder del mundo en 1945. El derecho de EEUU, UK, Rusia, China y Francia de ser los virtuales dueños del Consejo proviene de su uso exitoso de la fuerza en los momentos fundacionales: *el derecho proviene del orden y no al revés.*<sup>25</sup> La mayoría de gente educada ha olvidado que la ONU emergió de la fuerza. Por décadas, la ONU pudo llevar algunos problemas mundiales constructivamente; así, aunque nacida de los genocidas bombardeos de Hamburgo, Dresden, Hiroshima y Nagasaki, realizó aportes valiosos para la humanidad. *Un derecho engendrado por la fuerza y conquista fue aplicado contra nuevos transgresores de manera selectiva, de modo que prevalecieron dobles e incluso múltiples estándares para beneficio de una humanidad que hubiera quedado impotente frente a la tiranía y la agresión si se hubiera optado por la consistencia de sancionar todas las tiranías y agresiones, o ninguna.*

La ONU fue creada por la violencia victoriosa de EEUU en bipolaridad. En cuanto esta cedió a la unipolaridad, porque la Unión Soviética colapsó y EEUU alcanzó un predominio militar abrumador,

la ONU se volvió anacrónica. Lo esperable es que EEUU recurra al unilateralismo o a coaliciones *ad hoc*, cuando la solución que propugna para un problema de seguridad prioritario no logre consenso en el Consejo.

*El progreso ético global y el mantenimiento de niveles aceptables de seguridad mundial (imperativo categórico en una era de proliferación de armas de destrucción masiva) requieren de la sabia administración de dobles estándares por parte de una potencia hegemónica; a través, no sólo de una coacción selectiva para evitar la agresión internacional y asegurar la vigencia del derecho natural en otros Estados, sino también de ocasionales violaciones de estas normas por la superpotencia.*

Según Carl Schmitt (y antes Hobbes): “El soberano está afuera del orden jurídico, pero pertenece al mismo, pues depende de él decidir si la constitución ha de ser suspendida *in toto*”. Desde Grocio sabemos que *esta paradoja de la soberanía se reitera en todo momento de excepción y en toda situación fundacional.* Grocio fue precursor de la tesis del ‘estado de excepción’, que libera al Estado del imperativo de obrar según códigos éticos. En un sentido similar, Alan Dershowitz, tiene razón en decir que la tortura debe reglamentarse para casos extremos, con orden del juez. *En la etapa actual de la historia natural del sistema-mundial, esta legítima licencia para desviarse de vez en cuando de la norma de no-agresión y del derecho natural en aras de la preservación del poder propio, debe limitarse a un solo Estado<sup>26</sup> que cuente con el poder avasallante suficiente para establecer las reglas de juego del actual SISTEMA INTERESTATAL*

<sup>25</sup> Esta afirmación se aplica también a todos esos nuevos puntos de partida que son los intentos serios de solucionar crisis sociales profundas.

<sup>26</sup> Esta tesis, que Grocio concedía a todos en tiempo de excepción en cada cuerpo nacional, se limita aquí a un sólo Estado en el contexto del ‘cuerpo’ de la humanidad entera o internacional.

(este sistema es una estructura jerárquica con tres tipos de Estados: generadores de reglas del juego, adoptadores de reglas, y rufianes incapaces de poner reglas pero que desafían las establecidas por los poderosos). *En efecto, la libertad para lanzar guerras preventivas y violar el derecho natural no puede generalizarse sin que se desate el caos y se renuncie al progreso moral.* Y mejor que ese estado sea una hiperpotencia hegemónica de matriz liberal-secular.

Su autoridad, que es natural, incluye el derecho de librar una ‘guerra justa’ por ser contra un enemigo de la humanidad. Cuanta mayor concentración de poder para la guerra menor será la necesidad de la hiperpotencia de aplicar estándares dobles en su política de DDHH. *La historia natural de los DDHH podría incluir un punto omega en que un Leviatán global ya no tendrá la necesidad funcional de violar estas normas.*

## UN “PUNTO OMEGA”

En una era de proliferación de armas de destrucción masiva, una concentración del poder interestatal en un sólo polo parece ser el único modo de elevar la probabilidad de supervivencia de la especie y de afianzar su progreso moral.<sup>27</sup> Esta constatación fue hecha ya en 1969 por Hannah Arendt: “La principal razón porque la guerra aún está con nosotros radica en que aún no ha emergido un árbitro final de los asuntos humanos. Tenía razón Hobbes al decir que ‘los tratados sin la espada no son sino palabras.’ Y no es probable un sustituto de la guerra mientras la independencia nacional de una dominación extranjera no se desvincule de la pretensión de una autonomía absoluta en los asuntos exteriores.

*historia natural de la conquista es revolucionaria. Con la especie humana globalizada, las reflexiones sobre el “poder constituyente”, originalmente acuñadas en referencia a órdenes intranacionales, se vuelven aplicables al orden mundial.*

La argumentación de H. Arendt no está contaminada por los cálculos políticos de los autores que en el s. XXI escriben sobre el tema: en la Guerra Fría, la posibilidad de que EEUU se volviera Imperio era inimaginable. En la cita dice: “a fin de que prevalezca una paz duradera (el objetivo esencial para la supervivencia humana en la era de armas de destrucción masiva), debe surgir un Leviatán global respetuoso de los gobiernos locales, que administre la seguridad interestatal”. Ya que muchos Estados no están dispuestos a ceñirse a las normas de no-proliferación (lo que Arendt llama “la pretensión de una autonomía absoluta en los asuntos exteriores”), *una gran guerra preventiva debe ser librada con anterioridad. La constitución de la soberanía es necesariamente violenta. Y una especie humana globalizada por la tecnología que debe enfrentar problemas de orden planetario de vida o muerte, requiere un soberano universal. Esta fase final de la*

Hoy, el derecho a la tutela del mundo por el *hegemon* no será diferente del que tuvieron los 5 aliados triunfantes en la II Guerra, con la potestad de intervenir militarmente en cualquier rincón del planeta (Cap. 7 de la Carta de las Naciones Unidas). El derecho del Imperio puede resultar imprescindible para la supervivencia humana. *Esta justificación del Imperio no está acuñada en interés de los EEUU, sino en función de una humanidad amenazada por armas de destrucción masiva, y por la necesidad de prevenir futuras guerras totales a cualquier costo.* Los peligros en el medio ambiente y la biosfera son razones igual de duras para alentar una concentración de poder global que imponga medidas conservacionistas. Mas, dada la insensibilidad del gobierno de EEUU en la cuestión, estamos aún más lejos de una solución que en el caso de la proliferación de armas de destrucción masiva.

*Nuestra óptica es cosmopolita y diferente de la visión Cheney-Rumsfeld-Wolfowitz-Perle del papel de EEUU en el mundo, aunque exista cierta convergencia en sus secuelas normativas. No está basada en los objetivos de EEUU sino en lo que ese papel debería ser, dado que necesitamos un Leviatán global y EEUU es el único candidato actual para el rol.* Es el proceso histórico y no nuestra voluntad lo que ubicó a EEUU en su sitio presente. No nos une el amor sino el espanto, como diría Hobbes. Los

<sup>27</sup> La posibilidad cierta de un holocausto humano jerarquiza los valores, que convergen en el valor supremo de la supervivencia de la especie.

norteamericanos deben desempeñar esta función, les guste o no: librar guerras preventivas para eliminar armas de destrucción masiva en los estados rufianes más peligrosos; e *impedir que sus aliados compitan con ellos por el poder militar, porque las relaciones amistosas de hoy pueden convertirse en la guerra fría del mañana* y, eventualmente, en la futura guerra global total. Esta es la única ocasión histórica en que la humanidad se aproxima a constituir un Leviatán global. *Ya que en cada uno de los siglos recientes se ha producido al menos una guerra total y que con el desarrollo de armas de destrucción masiva la próxima significará el fin del mundo*, la ocasión no debe desperdiciarse. Al desarmarnos adjudicamos a los EEUU una medida adicional de poder; y, moralmente, debemos exigirle que lo usen. Abogar por el desarme universal sería caer en el utopismo. *EEUU viene fracasando en su esfuerzo contra la proliferación; y el error de su política no estriba en la doctrina de la guerra preventiva sino en su timidez para instrumentarla.*

Pero, ¿quién custodiará a los custodios? En los estados llevó siglos crear un parlamento y un poder judicial ¿Cuánto requerirá que el Leviatán global desarrolle los custodios internos de un mega-Estado global? Pero más alarmante que carecer de custodios del custodio por un tiempo, es que nuestra especie aun no desarrolle este Leviatán global para hacerse cargo de amenazas globales inminentes. En su nacimiento se desencadenará esa gran violencia propia de todo momento constituyente. *Es probable que la necesidad de enfrentar problemas medioambientales genere un impulso hacia el gobierno autoritario y el unilateralismo ¿De qué otra manera se lidiará con individuos, empresas y estados transgresores? Estas medidas también serán parte de la historia natural. El pentágono ya advierte que el cambio climático es un problema de seguridad para EEUU. La próxima fase de la historia humana probablemente esté más cerca de la dictadura que de la democracia liberal en el mundo entero.*

## EL FIN DE LA HISTORIETA

Wallerstein indica que hubo grandes puntos de inflexión en la historia como el neolítico. Escudé cree que los más recientes son: la expansión ibérica a ultramar del s. XV (que marca el comienzo del sistema-mundial moderno), el bombardeo de Hiroshima y los ataques terroristas de septiembre de 2001, que en forma conjunta simbolizan el advenimiento de una era de armas de destrucción masiva y del sistema-mundial neo moderno.

*Sin importar qué sistema triunfará, dado el avance de la tecnología, el planeta se convertiría con el tiempo en una sola unidad. Una civilización no-tecnológica no hubiera podido prevalecer en el largo plazo, pues tarde o temprano hubiera emergido una cultura tecnológica que la hubiera conquistado, gracias al poder que emana de la manipulación de la naturaleza posibilitada por la tecno-ciencia. Los aspectos políticos, comerciales y financieros de la globalización son reversibles, mas la globalización de los medios de destrucción es irreversible. Y, dado que las armas de destrucción masiva son un hecho, debemos ir a un paradigma evolutivo en las ciencias sociales. La*

*economía-mundial capitalista no fue inevitable, pero el advenimiento de las armas de destrucción masiva y la globalización sí lo eran; y una vez engendradas estarían con nosotros para siempre, pues el ser humano raramente des-inventa nada; luego la alternativa es el Apocalipsis. Existe una dimensión inevitable de la historia que proviene de la acumulación de tecnología -en 10 años de existencia del celular, ya lo tiene un tercio de la población mundial. La globalización es un proceso de largo plazo de acumulación tecnológica, que convierte al planeta en una sola unidad en términos de transporte, comunicación y posibilidad de destrucción.*

*La estructura del sistema-mundo moderno incluía 2 subsistemas complementarios: una economía-mundial capitalista y una estructura de seguridad fragmentada que, desde 1945, incluye la proliferación de armas de destrucción masiva: un modo de producción y un modo potencial de destrucción. Tras lanzar el Sputnik de 1957, la Unión Soviética (URSS) se volvió un gigante militar capaz de destruir al mundo -una parte del centro de la estructura de seguridad fragmentada*

del sistema-mundo, sin ser parte del centro de la economía mundial.<sup>28</sup>

*El sistema-mundo moderno fue reemplazado por el neo moderno que, tras el colapso de la URSS, consta de un modo capitalista de producción, un modo masivo de destrucción y la 'democratización' de los medios de aniquilación a través de su proliferación. Así, nos acercamos al fin de la historia, pero no como imaginó Fukuyama (un choque entre ideologías o sistemas de organización económica), sino vinculado a la globalización de la capacidad de destrucción. Sólo se puede evitar el Apocalipsis por la concentración de un poder interestatal avasallante en una sola cabeza, conducente a la construcción de un Leviatán global. Esta necesaria guerra que recién comienza traerá muchas injusticias subordinadas, que serán cometidas por los guerreros que tienen la misión de traer paz y justicia a la humanidad. Esta no es*

una traición. *EN LA ESFERA ÉTICA, EL GRAN SALTO ADELANTE DEL OCCIDENTE LIBERAL-SECULAR HA SIDO EL ARRIBO HISTÓRICO A UNA LEY NATURAL QUE RECONOCE CIERTOS DERECHOS Y OBLIGACIONES UNIVERSALES, ESENCIALES AL INDIVIDUO HUMANO, cuya formulación no equivale a su aplicación universal. La distancia entre la negación y el reconocimiento de los DDHH universales es mucho mayor que la distancia entre su mero reconocimiento y su cumplimiento generalizado en forma consistente. Una hiperpotencia llegará a respetar la ley natural, en el extranjero y en el interior de su sociedad, cuando ello sea posible sin detrimento de su poder; porque, en una era de armas de destrucción masiva, la constitución de un soberano universal es un imperativo categórico. La prioridad estriba en la supervivencia y el poder para asegurarla. Una potencia hegemónica está destinada a violar sus propios "mandamientos naturales"*<sup>29</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

Escudé, Carlos. 2005. *La guerra justa y el fin de la historieta un manifiesto neo moderno*, en el sitio web de la Universidad del CEMA, Argentina, Sección publicaciones. Disponible en <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/295.pdf>. Consultado el 25 de mayo de 2015.

Todorov, Zvetán. 2007. *La conquista de América: el problema del otro*. México: Siglo XXI.

28 Y ahora Rusia pudiera jugar un papel militar similar en el sistema-mundo neo moderno. Y, a la vez, avanza a ser un integrante del centro económico, en el grupo de crecimiento rápido "BRICS".

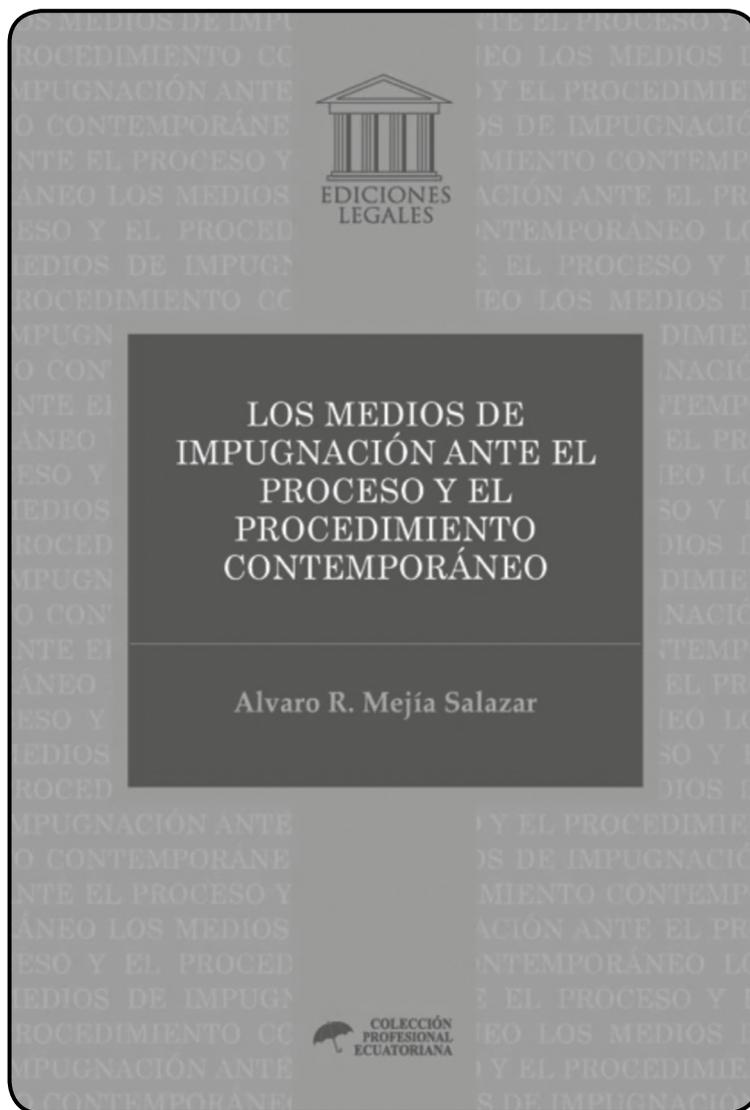
29 Como, según Hobbes, era el caso del soberano en un estado moderno.

# RESEÑA

*Handwritten signature or stylized text in a cursive script.*

## LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN ANTE EL PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO CONTEMPORÁNEO

Álvaro Mejía Salazar



*Efrén Guerrero\**  
*Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Máster en Protección de Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá. Máster Oficial en Gobierno y Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset, Madrid). Doctorando en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid/Instituto Ortega y Gasset. Profesor agregado en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. E-mail: eeguerrero@puce.edu.ec

El sistema de administración de justicia ecuatoriano sufre una sugerente transformación, producto de una arquitectura constitucional expansiva, un amplio interés por parte del Estado Central en la mejora del acceso a los servicios jurídicos y una renovación del acto procesal. Este último hecho es de singular importancia, considerando que el meollo de la actividad judicial ha estado limitado a un Derecho escrito, frecuentemente anclado a una raíz decimonónica, y francamente inabarcable para el usuario del sistema judicial.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la capacidad de corregir los errores de un juez que ya ha conocido un caso es, probablemente, la garantía más importante que tiene el sistema democrático para defenderse de sus propios errores. Contar con medios de impugnación por un lado, asegura al ciudadano una nueva oportunidad de hacer valer sus pretensiones y, por otro lado, hace que la administración de justicia pueda contar con espacios en los que asumir sus propias equivocaciones, resarcir lo actuado, y con ello, asegurar la justicia y la seguridad jurídica. Este hecho será cada vez más necesario, considerando el Código General de Procesos recientemente aprobado.

Frente a esto, las respuestas provenientes del mundo jurídico ecuatoriano han sido disímiles: los abogados que ejercen el Derecho toman una decisión racional (en el sentido de la *rational choice theory*), en el que los cambios en la manera de ejercer la profesión se toman de manera pragmática, sin discutir sus implicaciones o consecuencias respecto a la estabilidad del sistema jurídico; y otros, sin embargo, deciden enfrentarse al ejercicio científico, al poner al sistema jurídico bajo el filtro de la doctrina, con el fin de encontrar sus ventajas y puntos de mejora. Esta es una consecuencia crítica en el sistema ecuatoriano, tan centrado en el litigio, ya que el conocimiento del funcionamiento interno de la maquinaria legal es vital para un operador jurídico que busque tener una ventaja estratégica en la práctica profesional.

Para poder contar con una perspectiva total de los medios de impugnación procesal, bien vale contar con reflexiones que superen la descripción del

Derecho adjetivo, esto es, que muestren una idea más amplia de lo jurídico que refleje los grandes contextos políticos y filosóficos que la construcción política de la norma implica. Esa es una falencia de la academia ecuatoriana, y que autores como Nino, Monroy Cabra o Ferrajoli sí hacen, ya que logran construir un aparato conceptual que pueda explicar su teoría procesal.

Afortunadamente, hay varios abogados ecuatorianos que logran este cometido y entre ellos Álvaro Mejía Salazar, joven procesalista, docente universitario y miembro de distintas asociaciones académicas. En la primera parte de su ensayo "*Los medios de impugnación ante el Proceso y el Procedimiento contemporáneo*", dedicada a lo jurisdiccional, logra tres objetivos: clarificar el sistema procesal en el caso de que el ciudadano quiera recurrir a una decisión judicial, comparar el sistema judicial con la práctica contemporánea y, finalmente, poner al proceso "frente al espejo" y mostrar los vicios internos de las prácticas impugnatorias.

En primer lugar, hay un imprescindible alcance histórico de las diferentes tendencias que tienen los sistemas procesales iberoamericanos en este proceso. Al respecto cabe anotar la capacidad de síntesis en el texto, toda vez que hay diversos sistemas de uso de la herramienta como legislaciones y prácticas judiciales. Para esto, el autor recoge los precedentes jurisprudenciales de ambos lados del Atlántico. Esto es de agradecer, considerando la falta de uso de interesantes fuentes doctrinales de la academia jurídica española, a la que se debe incluir, por razones históricas y filosóficas, dentro de las reflexiones respecto a la actividad judicial latinoamericana.

Mejía Salazar presenta el sistema ecuatoriano a partir de cuatro variables de análisis: 1) existe un sistema cerrado de recursos consagrados en la legislación, y limitado a mecanismos puntuales; 2) hay causales taxativas en cada caso bajo *numerus clausus*; 3) la existencia de modelos 'alternativos', por sus características propias, como la nulidad en materia civil; y 4) la existencia de dos ramas de impugnaciones, tanto judiciales, como de índole administrativa.

Este segundo tema, la impugnación en sede administrativa, es el que tiene una mayor extensión en el ensayo y causa una mejor impresión. Los Estados modernos, a decir de Ferrajoli, expanden sus competencias de manera exponencial, ya que el Estado de Bienestar, con un amplio despliegue de políticas públicas, obliga a que se entreguen mayores recursos y servicios hacia la ciudadanía. Este hecho, sumado a la existencia de un entorno líquido y caótico, hace que la autoridad tenga mayores posibilidades de cometer errores, que sólo pueden repararse en la medida en que el sistema jurídico encuentre un medio para presionar al Estado a cumplir sus deberes, que en el caso ecuatoriano se construyen en torno a “derechos y justicia” (art. 1 de la Constitución 2008) y al “Buen Vivir” como principio rector del hecho público.

Con el fin de absolver este tema, el autor comienza con un desmenuzamiento conceptual: hace una diferencia entre reclamos, recursos y nulidades en el sistema administrativo. Considerando que en Derecho Público solamente puede hacerse lo permitido y que el contenido de las palabras genera conceptos que son, parafraseando a Sartori, “ladrillos del pensamiento lógico”, se celebra que haya una distinción entre los diferentes elementos y se haga una distinción de su espacio procesal, sus características y lo que debería hacer el servidor público al enfrentarse a estos conceptos.

Es aquí donde surge el aporte del presente texto. Si bien la Constitución del año 2008 es el intento más importante (hasta ahora) de dotar de cierta racionalidad al sistema jurídico ecuatoriano,

jaloneado por una telaraña jurídica de normas hechas a medida de necesidades coyunturales, deja abierto el espacio para que el Estado tenga un margen de acción que limita las capacidades de los ciudadanos para solicitar la corrección de errores.

En este orden de cosas, este libro hace un recorrido de las diferentes áreas de la masiva expedición de normas realizadas a partir del 2008, en ámbitos tan diferentes como el derecho tributario, el de competencia, el manejo de inversiones, la propiedad intelectual y el ejercicio de la descentralización. Este esfuerzo de unificación de categorías procesales era necesario tanto para el interés científico como para la práctica procesal; los abogados necesitan contar con miradas procesales que los ayuden a desenredar la telaraña legal y puedan hacer que su trabajo brinde una mayor celeridad a la práctica procesal.

Considero que este texto, a pesar de que hace un análisis extensivo de la dinámica impugnatoria ecuatoriana, deja abierta una puerta que, aunque sugerida en sus páginas, no logra ser completada: es necesario que haya, para los operadores jurídicos, certezas en relación a los actos de la Función Ejecutiva en torno a lo previsto en los artículos 424 y 425 de la Constitución: la jerarquía normativa constitucional choca con la multitud de resoluciones, actos administrativos y órdenes realizadas por varios organismos que a veces se contradicen entre sí. Pese a esto, esta investigación suple un vacío conceptual explicado más arriba y cumple su objetivo de poder difundir consideraciones imprescindibles sobre una institución procesal poco explorada.

# ESCRITOR INVITADO

*Wald*

## ÉTICA DE LA VERDAD Y DE LA MENTIRA

### ETHICS OF TRUTH AND FALSEHOOD

### ÉTICA DA VERDADE E DA FALSIDADE

*Miguel Catalán\**  
*Universidad Cardenal Herrera*

Recibido: 03/03/2015

Aceptado: 04/03/2015

#### SEUDOLOGÍA VI<sup>1</sup>

*También entre las mentiras hay dos tipos:  
las buenas y las malas*  
*Werner Sprenger, Wahrheiten über die Lüge*

Debo empezar este libro con un recuerdo personal. En el primer curso de mi vida docente, hace de esto casi treinta años, pedí a mis alumnos un trabajo escrito sobre la novela *El hombre invisible* de Herbert George Wells. Al corregir aquellas tareas escolares di con una cuya conclusión me debió de intrigar, porque la consigné en mi cuaderno de notas. Refiriéndose a las tropelías del protagonista, el invisible Griffin, mi alumno concluía su escrito diciendo: “Este hombre robaba, mataba y llegaba hasta a engañar”.

El lector no debe alarmarse si ha tenido que leer dos veces la frase para sonreír, pues lo mismo le ha ocurrido a la mayoría de los lectores del borrador de este libro. La tardía respuesta a la extravagante idea de que engañar a alguien es peor que asesinarlo no se debe a ningún déficit de atención o comprensión, sino al hecho de que el horror teórico ante la mentira forma parte del sentido común de nuestra civilización en grado semejante al que suscitan el robo y el

asesinato. Entre estos y aquella, sin embargo, media un abismo cuya profundidad no cesa de aumentar cuanto más nos asomamos a él; pues resulta tan lógico que nos horrorice el robo y el asesinato a quienes nunca robamos ni asesinamos como ilógico que nos horrorice la mentira a quienes mentimos varias decenas de veces al día.

Si el número diario de falsedades deliberadas de una persona socialmente activa se cuenta por decenas,<sup>2</sup> ¿cómo es que todo el mundo participa de idéntica repulsión hacia la ‘sola idea’ de la mentira? Mi antiguo alumno adolescente, que a esa altura de su vida ya habría dado numerosas excusas falaces a sus padres por distintos motivos, no es una excepción sino en la forma ingenua de expresar la creencia compartida. Pues a la pregunta “¿cuándo podemos mentir?” hemos respondido desde tiempo inmemorial: Nunca.

Nadie confiesa tratos con la mentira y todo el mundo se muestra ajeno por completo a su influjo, hasta

\* Ensayista y escritor. Licenciado y Doctor en Filosofía Pura, Universidad de Valencia. Su principal proyecto de investigación gira en torno a las implicaciones filosóficas, morales y políticas del engaño y la mentira. Docente de la Universidad Cardenal Herrera, Valencia, España.

1 El presente texto constituye un fragmento de la obra inédita *Ética de la verdad y de la mentira*, el cual ha sido cedido gentilmente por el autor.

2 Vid., por ejemplo, Feldman, Forrest y Happ 2002 o Jellison 1977.

el punto de que una sola insinuación en sentido contrario supone el peor de los insultos. Como ya señalé en el volumen segundo de este tratado, la mera acusación indirecta “Eso es mentira”, resulta tan ofensiva que ha dado paso a eufemismos del tipo de “eso es incierto”, “es inexacto”, “es erróneo”, “no responde a la verdad” o “no es exactamente así”, como si lo dicho en falso no pudiera atribuirse a la voluntad del hablante sin acusarlo de una infamia. Por tal motivo, la mentira aparece en las encuestas como el más abominable de los vicios y el que más odia el encuestado.

Muchos siglos después de que los teólogos elevaran la veracidad a la categoría de deber perfecto, es decir, sin excepciones lícitas, la prohibición absoluta de mentir se manifiesta de múltiples maneras aun hoy día a nuestro alrededor en flagrante desacuerdo con la práctica habitual del propio sujeto: desde el “yo nunca miento” que se oye con tanta frecuencia entre dos mentiras hasta el “siempre hay que decir la verdad” que se enseña a los niños después de engañarlos con los rumbosos Reyes Magos, la cigüeña portadora de bebés o el Cielo de los Gatos a donde van las mascotas al dormirse para siempre. En la cultura popular los héroes nunca mienten, y cuando Superman explica en el balcón a la asombrada Lois que ha venido al mundo a defender “la verdad, la justicia y el modo de vida americano” (*I’m here to fight for truth, and justice, and the American way*) (Rosenberg 2011), Lois bromea con su salvador, pero al poco Superman le espeta muy serio: “Lois, yo nunca miento”. Es una pena que la vida entera de Superman responda a una impostura; que Clark Kent finja ante sus propios amigos carecer de superpoderes y que deba ocultarse en cabinas de teléfono u otros lugares más sórdidos cuando cambia de personalidad. Nadie sabe dónde guarda Superman la ropa de calle (su pantalón y camisa, sus zapatos y calcetines de diario) antes de salir volando con las manos libres desde la cabina en su soberbio traje azul ceñido por el cinturón amarillo y su roja capa a juego con las botas, pero ese escamoteo del modesto atuendo diario del impostor Kent no deja de ser una metáfora de cómo la visión épica de nuestra propia veracidad intemporal barre bajo la alfombra del guión las humildes mentiras que nos ayudan a salir adelante cada día.

Dado que solemos concebir como intrínsecamente malas aun las mentiras más inocentes, la mayoría solventa la angustia que le ocasionan sus pequeños o medianos embustes con el autoengaño: es así como al decir una mentira casi todo el mundo cree no haber mentido. Con ello miente dos veces; la primera acaso por delicadeza, como al declarar excelente un plato sólo aceptable, y la segunda engañándose a sí mismo al pensar que no fue mentira, “puesto que no ha hecho daño a nadie”. Como si toda mentira fuera dañina y no se fingiera a veces por motivos altruistas, piadosos y hasta heroicos.

El equipo de investigación dirigido por el psicólogo de la Universidad de Massachusetts Robert Feldman grabó hace unos años conversaciones de estudiantes que hablaban entre sí por primera vez. Se les dijo que participaban en un estudio sobre la interacción de las personas recién presentadas.

En una segunda fase, el equipo de Feldman les pasó su grabación respectiva pidiéndoles que identificaran sus afirmaciones falsas. Los más indicaron con antelación que no les hacía falta oírse a sí mismos, pues ellos siempre decían la verdad. Luego manifestarían su asombro al oír de sus propias bocas una mentira tras otra cada poco más de tres minutos.

Un estudiante había asegurado que acababa de firmar un inexistente contrato discográfico, pero la mayoría de embustes eran de poca monta: “Cuando estaban viéndose a sí mismos en el video”, explicó Feldman en una entrevista posterior, “encontraron que mentían mucho más de lo que pensaban que mentían” (Feldman, Forrest y Happ 2004, 3-4 y Moskowitz 2010, 147).

Entre las decenas de mentiras que pronuncia cada persona al día figuran las más blancas y comunes: “Encantado de conocerlo”, “Estoy estupendamente”, “Nos llamamos”, junto a otras benignas: “eso carece de importancia”, defensivas: “no veo televisión” u ofensivas: “no me interesa lo que diga”. Pero los hablantes creen en su gran mayoría que no están mintiendo “de verdad” debido a la falsa creencia compartida en virtud de la cual toda mentira es intrínsecamente maligna.<sup>3</sup> De aquí procede la

3 Vid. Catalán 2014, 13-38.

autoimagen tan frecuente del sujeto como una persona absolutamente sincera.

Una víctima del rigor de la mentira, Samuel Johnson, exponía esta paradoja observando que ningún vicio despierta una repulsa tan amplia: el corruptor de la inocencia virginal se ve admirado por los hombres y no tan detestado por las mujeres como pudiéramos suponer; el beodo encuentra con facilidad compañeros para sus incoherentes brindis y ruidosas alegrías; hasta el ladrón y el asesino tienen seguidores que admiran su osadía y argucias. Pero el mentiroso... “sólo el mentiroso es universalmente despreciado, abandonado y repudiado: carece de consuelos domésticos que pueda oponer a la censura de la humanidad” (Johnson 1825, 21-25). Y no obstante, observa Johnson, ocurre algo pasmoso: aun cuando sería natural esperar que apenas nadie cometiera un crimen tan generalmente detestado, sucede justo al contrario: “la verdad es violada con frecuencia”. ¿Cómo ha llegado nuestra civilización a aunar de forma tan asombrosa una severidad teórica

superlativa con la mayor laxitud práctica? ¿Cómo lo más odiado puede ser a la vez lo más practicado y la abominación general del engaño convivir de forma tan abierta con su práctica universal? Este compuesto anómalo de dos elementos tan contrarios es el producto de una historia perversa que ya hemos olvidado. Tal historia de intolerancia homicida tuvo un principio bien definido, una suerte de explosión absolutista en los orígenes de Occidente cuyos rescoldos están lejos de apagarse. Vamos a rastrear en adelante la génesis incendiaria de la sinceridad absoluta.

Este libro que tiene el lector en sus manos se ocupará de trazar la genealogía del rigorismo que nos envuelve como el aire que respiramos hasta dar con el origen de un tabú verbal tan firmemente asentado en nuestro imaginario que casi nadie lo percibe. Para resolver el enigma del culto a la verdad debemos primero comprender su causa, y para comprender la causa es preciso echar la vista atrás.

## BIBLIOGRAFÍA

- Catalán, Miguel. 2014. *Antropología de la mentira*. Madrid: Verbum.
- Feldman, Robert S., James A. Forrest, y Benjamin R. Happ, 2004. Self-Presentations and Verbal Deception: Do Self-Presenters Lie More? *Basic and Applied Social Psychology*, XXIV, 2, 163-170.
- Jellison, Jerald M. 1977. *I'm sorry, I didn't mean to, and other lies we love to tell*. Nueva York: Chatham Square Press.
- Johnson, Samuel. 1825. On Lying. En *The Works of Samuel Johnson IV. The Adventurer and Idler*. Londres: Talboys and Wheeler.
- Moskowitz, Michael. 2010. *Reading Minds: A Guide to the Cognitive Neuroscience Revolution*. Londres: Karnac.
- Rosenberg, Robin S. 2011. I never lie. En *Psychology Today*. Disponible en <http://www.psychologytoday.com/blog/the-superheroes/201104/i-never-lie>.



## POLÍTICA EDITORIAL

*Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos* es la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas. *Cálamo* es una revista especializada en Estudios Jurídicos pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten para el conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

### Política por secciones

**Dossier:** Es la sección principal de revista. Los artículos que se publican bajo este rubro giran en torno a la temática principal que es el hilo conductor del número en cuestión. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los artículos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

**Ensayos:** En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, independientes al tema central del Dossier. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los ensayos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

**Artículos de investigación:** En esta sección se presentan artículos que reflejen los resultados de una investigación sobre un tema específico de manera clara, concisa, coherente y fidedigna. Debe dejar claro que representa un aporte personal del investigador y que no es producto de una recolección de ideas de otros autores. Es una sección que recibe únicamente trabajos investigativos de profesores de la Facultad de Derecho de la UDLA.

**Entrevista:** Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país. Se recibirán entrevistas realizadas por académicos internos y externos a la institución. Las mismas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Serán privilegiadas aquellas entrevistas relacionadas con el tema central del *Dossier*.

**Escritores Invitados:** Es una sección reservada a la publicación de artículos de autores ya consolidados en la academia a nivel nacional o internacional. No se requerirá que los mismos sean originales e inéditos.

**Reseña:** Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Las reseñas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

**Resumen de Obras:** Es una evaluación crítica o análisis reflexivo de un texto o del conjunto de la obra de un autor reconocido. No se requiere respetar un criterio de actualidad de dichas obras. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los resúmenes deberán ser originales, inéditos y no estar postulados para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

## Normas de publicación

### *Requisitos para las secciones de Dossier, Ensayos y Resúmenes de obras*

- El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios, en español y en inglés.
- Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título del mismo; en español y en inglés.
- El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Sin embargo, si el editor sugiere cambios serán aplicados en mutuo acuerdo.
- El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- La extensión de los artículos para *Dossier y Ensayo*, será de 30 a 45.000 cce (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros). Los *resúmenes de obras* tendrán una extensión de 25 a 30.000 mil cce (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).
- El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- El Departamento de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como “recibidos” y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus escritores.

### *Requisitos para las secciones de Artículos de investigación*

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier el artículo de investigación deberá:

- Contar con una introducción que incluya antecedentes, novedad, actualidad y posible impacto social, problema, objetivos, marco teórico, métodos y técnicas utilizadas.
- Describir los resultados obtenidos, la discusión y la valoración de los mismos.

### *Requisitos para las secciones de Reseñas*

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier, en el caso de las Reseñas:

- No deben contar con resumen.
- Deben presentar los siguientes datos técnicos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, páginas de que consta. Luego puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. Portada escaneada de la publicación.

- Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- Por último deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.
- Tendrán una extensión entre 3 y 5.000 mil *cce* (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).

### **Orientaciones para los autores**

Los artículos deben ser originales e inéditos, lo cual implica que, al momento de la recepción del artículo por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho no habrán sido entregados a otra revista para su evaluación y publicación.

El autor deberá remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que será facilitado por la coordinación editorial de la revista, donde especifique su grado académico/ institución a la que se encuentran vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o email). Además, debe indicar si desea que se publique su correo electrónico en el artículo.



*ud/a.*