

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 2 Diciembre 2014

ISSN: 1390-8863

Cábalmo

udla

FACULTAD DE
DERECHO

PLURALISMO JURÍDICO

- Percepción sobre la justicia indígena en Riobamba
- La independencia de los jueces y las autoridades indígenas en Ecuador
- Hermenéutica y pluriculturalismo
- Pluralismo Jurídico, Derechos Humanos y Globalización

CRÉDITOS

RECTOR

Carlos Larreátegui

VICERRECTOR ACADÉMICO

Gonzalo Mendieta

DECANA

Alexandra Vela

DIRECTORA ACADÉMICA

Valeria Noboa

DIRECTOR CÁLAMO

Santiago M. Zarria

COORDINADORA EDITORIAL

Lilium 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
- Lilium 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, España
- Roberto Bueno, PhD Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD Universidad Católica del Perú, Perú
- Mónica González Contró, PhD Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD Universidad de la Habana, Cuba
- Julio Antonio Fernández, PhD Centro de Estudios de la Administración Pública, Cuba
- Patricia Reyes, PhD Universidad de Valparaíso, Chile

- Nayibe Chacón Gómez, PhD Universidad Central de Venezuela
- Martin 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

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo, Mg.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS Y EDICIÓN

Sandra Zapata, Mg.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD (c)

Sandra Lima PhD (c)

COLABORADORES

Gabriel Hidalgo Andrade

Ximena Zapata

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 2: Los artículos que conforman el número 2 de Cálamo han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares previos a su publicación.

El Comité Editorial de *Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos* presenta su segundo número, dedicado al pluralismo jurídico, fenómeno que ha sido abordado con el objetivo de promover los estudios interdisciplinarios a través de los cuatro ensayos que conforman el *Dossier*, a los que se suman los trabajos presentados en las demás secciones.

El punto de partida para situar el debate se encuentra en la sección de *Dossier*. El primer ensayo, *La neutralidad en torno a la interpretación de la ley es imposible: percepción sobre la justicia indígena en Riobamba*, de Karla Encalada, plantea un estudio de caso sobre la práctica de interpretación de la ley y la interacción entre los sistemas de justicia indígena y ordinario en la ciudad de Riobamba, su hipótesis plantea la imposibilidad de neutralidad de la ley y la falacia del principio de igualdad que sustentan al Estado Constitucional de Derecho. En *La independencia de los jueces y las autoridades indígenas en el Ecuador: una ecuación jurídica difícil*, Alonso Fonseca explora las posibilidades de asimilar el principio de independencia de los jueces con la autonomía de las decisiones de las autoridades indígenas, fin con el que analiza algunas decisiones de la Corte Constitucional de Ecuador y de Colombia en torno a la necesidad de generar reglas para comprender la actuación de la jurisdicción indígena. Elena Rojas en *Pluralismo jurídico: ¿nuevo paradigma de juridicidad?* se pregunta bajo qué condiciones o criterios se puede entender al pluralismo jurídico como un nuevo paradigma de juridicidad, fuera de los marcos del Estado Moderno. El último ensayo, *De la pluralidad como condición para el advenimiento de lo político, y el riesgo de la estetización de la diferencia*, de Pamela Jijón, estudia la amenaza de la estetización de la diferencia como forma de negación del otro desde el pensamiento de Rancière y Hannah Arendt.

En la sección *Entrevistas*, Marcella Da Fonte dialoga con Nina Pacari sobre los retos de la lucha en contra de la violencia de género en las comunidades indígenas y sus posibles soluciones, que deben fortalecer el derecho a la autodeterminación. El trabajo de Antonio Carlos Wolkmer, escritor invitado por su amplia trayectoria académica en las discusiones sobre el pluralismo jurídico, tributa de manera definitiva a la temática central del *Dossier* con *Pluralismo jurídico, derechos*

humanos y globalización donde Wolkmer explora nuevas formas emancipatorias y contra hegemónicas de legitimación del Derecho. Finalmente, se reseña el texto de Anna Barrera, *Promoviendo la justicia propia, dejando atrás un trato indigno....* he inserta al debate los resultados del estudio sobre cambios en sistemas legales indígenas y campesinos en seis localidades andinas de Ecuador, Perú y Bolivia.

Del mismo modo, en la sección Ensayos se presenta cuatro trabajos: *Hermenéutica y pluriculturalismo*, de Wladimir Sierra, quien reconstruye los momentos más importantes en el desarrollo de la hermenéutica filosófica y de la categoría de *pluriculturalidad*, analizando sus conexiones; en *Estándares internacionales para la administración de justicia*, de María Helena Carbonell, realiza un acercamiento a los estándares internacionales en materia de administración de justicia, con énfasis en la cosa juzgada fraudulenta a nivel internacional, que tributa al análisis del caso conocido como “Fybeca”; *Tributos, regla solve et repete y afianzamiento tributario. Crítica a la decisión de la corte constitucional ecuatoriana*, de Mauricio Maldonado Muñoz, analiza de modo interrelacionado la regla *solve et repete* y el afianzamiento tributario; por último, en *Derecho de los consumidores a la salud*, Sandra Lima realiza un estudio comparado entre Ecuador y Brasil sobre la legislación y la práctica jurisprudencial respecto a los derechos de los consumidores en el ámbito de la salud. Emilio Cerezo, en la sección *Resumen de Obras*, presenta un epítome del breve tratado de teoría política escrito por Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*.

En definitiva, este número responde al interés de insertar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas en los debates sobre el pluralismo jurídico en Ecuador. Teniendo en cuenta que la situación de pluralidad jurídica es una realidad incuestionable en el país y en el contexto latinoamericano, lo que presenta numerosos desafíos para el paradigma de Estado que se intenta construir, no sólo desde la dimensión constitucional, sino desde los actores socio-políticos.

Santiago M. Zarria
Director

ÍNDICE

Dossier

- **Percepción sobre la justicia indígena en Riobamba** 6
Karla Encalada Falconí
- **La independencia de los jueces y las autoridades indígenas en Ecuador:
Una ecuación jurídica difícil** 24
Alonso Fonseca
- **Pluralismo jurídico: ¿Nuevo paradigma de juridicidad?** 38
Elena Rojas
- **De la pluralidad como condición para el advenimiento de lo político y el riesgo
de la estetización de la diferencia** 47
Pamela Jijón

Ensayos

- **Hermenéutica y pluriculturalismo** 58
Wladimir Sierra
- **Estándares internacionales para la administración de justicia: Análisis del caso
conocido como Fybeca** 75
María Helena Carbonell
- **Tributos, regla *solve et repete* y afianzamiento tributario.
Crítica a la decisión de la corte constitucional ecuatoriana** 92
Mauricio Maldonado Muñoz
- **Derecho de los consumidores a la salud** 115
Sandra Lima

Entrevistas

- **Violencia de género contra las mujeres indígenas en el contexto del pluralismo jurídico.
Entrevista a Nina Pacari** 134
Marcella da Fonte

Escritor invitado

- **Pluralismo Jurídico, Derechos Humanos y Globalización** 142
Antonio Carlos Wolkmer

Resumen de obras

- **El Príncipe de Maquiavelo** 154
Emilio Cerezo

Reseña

- **Promoviendo la justicia propia, dejando atrás un trato indigno** 172
Nancy Carolina Fabara

DOSSIER

ndb.

LA NEUTRALIDAD EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ES IMPOSIBLE: PERCEPCIÓN SOBRE LA JUSTICIA INDÍGENA EN RIOBAMBA

NEUTRALITY IN THE INTERPRETATION OF THE LAW IS IMPOSSIBLE: PERCEPTION ON INDIGENOUS JUSTICE IN RIOBAMBA

A NEUTRALIDADE EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO DA LEI E IMPOSSIVEL: PERCEPÇÃO SOBRE A JUSTICA INDÍGENA EM RIOBAMBA

*Carla Encalada Falconí**
Universidad de Kentucky

Recibido: 20/01/2014
Aceptado: 21/08/2014

Resumen:

A partir de un estudio de caso sobre la percepción del sistema de justicia en Riobamba, el ensayo pretende dar cuenta de la imposibilidad de neutralidad de la ley, así como de la falacia del principio de igualdad ante la misma que sustenta al Estado Constitucional de Derecho. Para ello, después de un recorrido teórico sobre las ideas fundamentales del Contrato Social y las bases del Estado moderno, la autora analiza la práctica de interpretación de la ley y la interacción entre los sistemas de justicia indígena y ordinario en la ciudad de Riobamba, con vistas a demostrar su hipótesis.

Palabras clave: pluralismo jurídico; Estado Constitucional de Derecho; Contrato Social; igualdad ante la ley; sistema de justicia; subjetividad.

Summary

Through a case study about the judicial system's perception in Riobamba, this essay attempts to understand, not only the impossibility of neutrality within the law, but also the fallacy of the equality principle that sustains the Constitutional State of Right. In order to do that, first, the author reflects about some theoretical ideas about social contract and the modern State foundations. Then, the author analyzes the law interpretations and interactions between the indigenous peoples and the ordinary judicial systems in Riobamba, as a way of demonstrate her hypothesis.

Key words: juridical pluralism; Constitutional State of Rights; Social Contract; equality principle; judicial systems.

Resumo

A partir de um estudo de caso sobre a percepção do sistema de justiça em Riobamba, o ensaio pretende dar conta da impossibilidade de neutralidade da lei, assim como da falácia do princípio de igualdade ante a mesma que sustenta o Estado Constitucional de Direito. Para isso, depois de um percurso teórico sobre as ideias fundamentais do Contrato Social e das bases do Estado moderno, e autora analisa a prática de interpretação da lei e a interação entre os sistemas de justiça indígena e ordinário na cidade de Riobamba, com vistas a demonstrar sua hipótese.

Palavras chaves: pluralismo jurídico; Estado Constitucional de Direito; Contrato Social; igualdade ante a lei; sistema de justiça; subjetividade.

* Estudiante de PhD en Antropología en la Universidad de Kentucky, EE.UU. Major en Teoría Social por la Universidad de Kentucky, 2013. Ganadora del Premio Eduardo Archetti a la mejor tesis de maestría en Antropología en Argentina, Ecuador, Guatemala, Noruega, y los países donde vivió Archetti durante la dictadura argentina. Máster en Antropología, FLACSO-Ecuador, 2011. Licenciatura en Comunicación Social de la Universidad Central, Quito 2003-2008.

INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento del Estado-nación que tiene lugar en Europa durante el siglo XVIII, y en varios países de América Latina, entre estos el Ecuador, durante el siglo XIX, se pueden identificar al menos dos problemas ligados al sistema de Derecho. Por un lado, en palabras de Bourdieu (2000), el Derecho moderno produce una mediación entre los individuos y el Estado, los individuos no resuelven sus conflictos entre sí, sino que éstos aparecen regulados tanto por los derechos y leyes escritas como por las instituciones del sistema de justicia estatal. Por otro lado, el criterio de legitimidad del Derecho moderno descansa en el discurso científico que aparece ligado al desarrollo de una ciencia profundamente influida hasta la actualidad, valga decirlo, por un paradigma positivista, cuyo problema fundamental es la presunción de objetividad, la interpretación de las leyes y la resolución de los conflictos.

En este contexto, el Estado Constitucional de Derecho pregona como uno de sus valores fundamentales la 'igualdad ante la ley' (Santos 2003). Sin embargo, en la práctica esto no ocurre, toda vez que la idea de igualdad está determinada, desde su constitución histórica, por una presunción filosófica: la idea de un contrato social ideal donde las leyes son entendidas como entidades filosóficas absolutas y donde los elementos que constituyen la ciudadanía, es decir, los sujetos jurídicos, suponen para las clases económicas mayoritarias la negación del acceso al poder. A esto hay que añadir la imposibilidad de una interpretación neutral de la ley ya que la misma no está separada de la subjetividad de los funcionarios de justicia, cuyas interpretaciones tampoco están divorciadas de las jerarquías existentes en la sociedad. En otros términos, la idea de la existencia de una interpretación neutral de la ley no es posible debido a la subjetividad que toda interpretación supone; la idea de igualdad que sustenta el Estado constitucional de Derecho se enfrenta al problema de la interpretación subjetiva de sus funcionarios, que impide su existencia.

De acuerdo con lo estudiado en el campo de la antropología jurídica (Poole 2009; Tiscornia 2004; Nader 1998), los sistemas de Derecho siempre están determinados por valores culturales y sociales. Sin

embargo, en este ensayo no necesariamente se tratará de defender la existencia de un relativismo absoluto, sino de entender cómo la sociedad, sus valores y prácticas, determinan las interpretaciones y prácticas de los funcionarios de justicia. En particular, se trata de mostrar cómo las desigualdades existentes en la sociedad ecuatoriana, en particular en torno a la inferiorización a los indígenas (Whitten 1999; De la Torre 1996; Cervone 1999; Rivera 1999; Hollenstein 2009), son actualizadas por los funcionarios de justicia en Riobamba, en sus interpretaciones en torno a los casos de justicia indígena.

Para entender este problema, narro brevemente el origen teórico y el significado de la idea del contrato social con el fin de mostrar la imposibilidad de la existencia de una 'igualdad ante la ley' en relación a la corriente filosófico-histórica dentro de la cual se genera. Luego, de manera sucinta, analizo el origen del Estado Constitucional de Derecho y sus implicaciones en la actualidad, en particular para concluir que es precisamente la brecha que existe entre la constitución y las leyes, tipificadas en los códigos dentro del Estado Constitucional de Derecho, la que es utilizada para actualizar prácticas culturales específicas. Posteriormente, desarrollo brevemente el concepto de ciudadanía, no en la línea de su potencial político, sino más bien como una limitante en torno a los logros alcanzados en términos de ley por los movimientos indígenas.

Finalmente, examino las prácticas del sistema de justicia ordinario en Riobamba. Para ello, trato de analizar algunos indicadores cuantitativos acerca de la percepción del sistema de justicia. La interpretación de estos indicadores es enriquecida con un trabajo antropológico-cualitativo realizado en 2011, basado en entrevistas y conversaciones con administradores de justicia ordinaria, principalmente jueces, cuyos testimonios permiten entender la relación que existe entre sus representaciones socio-culturales, sus decisiones en torno a la justicia indígena y la reproducción de desigualdades existentes en la sociedad, en particular, en torno a la inferiorización de los indígenas o la reproducción del racismo dentro del sistema de justicia ordinario ecuatoriano.

LA FICCIÓN FILOSÓFICA DE “LA IGUALDAD ANTE LA LEY” Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En pos de comprender la imposibilidad de la existencia de una verdadera interlegalidad en el Ecuador es necesaria una breve reflexión teórica acerca de los alcances y limitaciones del principio de igualdad ante la ley, no sólo como uno de los fundamentos que legitiman al actual modelo del Estado liberal Constitucional de Derecho (Santos 2003), sino como requisito para la generación de un verdadero proceso de diálogo, que suponga como iguales, tanto el sistema de justicia ordinario como el sistema de justicia indígena.

Por un lado, se trata de entender la idea de igualdad a partir de una breve perspectiva histórica, en particular en torno a dos paradigmas teóricos que construyen la idea de igualdad dentro del Estado actual: el Iluminismo y el cientificismo; y por otro, de determinar los nuevos desafíos a los que se enfrenta el concepto de igualdad de los ciudadanos frente al Estado en la actualidad, tomando en cuenta el surgimiento de diversos grupos culturales que buscan su reconocimiento y, a la vez, desafían el modelo de la existencia de una ciudadanía universalmente igualitaria dentro del Estado.

Para Foucault (1992), en todo concepto teórico existen ‘las fisuras’ que hacen imposible pensar que la idea teórica-jurídica de la igualdad ante la ley que promulga el Estado se cumpla únicamente debido a que consta en la constitución. Esta igualdad no necesariamente forma parte de las prácticas de sus funcionarios, quienes lejos de garantizar su cumplimiento, están determinados por condiciones culturales e históricas, que influyen sus prácticas judiciales

La Constitución ecuatoriana declara que:

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, identi-

dad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (Art.11, numeral 2).

La pregunta es ¿por qué a pesar de estar este principio vigente en la Constitución, la población de Riobamba, de acuerdo con una encuesta realizada por *Prime Consulting*, se ha sentido discriminada por su color de piel (37%), lugar de origen (33%) y situación económica (53%)? La idea es, pues, entender cómo se muestra esta discriminación en las prácticas de los funcionarios de justicia en esta ciudad.

Estado, iustnaturalismo, cientificismo y constitucionalismo

Hay dos paradigmas que han sido determinantes en la formación del Estado como modelo político vigente, a saber, “el Iluminismo y el cientificismo” (Santos 2003), de ahí que sea pertinente un breve análisis acerca de estas influencias, para entender algunas razones que, desde los mismos presupuestos filosóficos que legitiman la formación del Estado, vuelven sospechosa la posibilidad de una verdadera igualdad ante la ley.

Para entender la influencia del Iluminismo¹ en la constitución del Estado, me remonto varios siglos atrás, en particular, a la corriente iustnaturalista, como una de sus bases teóricas. Hacer un relato breve acerca de la forma de pensar de estos teóricos, permitirá comprender el desfase que existe entre la teoría, la ley y las prácticas sociales.

1. El Iluminismo es una corriente europea que se desarrolla a partir del siglo XVII y alcanza su apogeo en el siglo XVIII. Lo que se busca con el Iluminismo es, en términos weberianos, el desencantamiento del mundo y la legitimación de la razón como nuevo paradigma de verdad, en contraposición con la verdad religiosa. Por ello busca la creación de nuevos modelos políticos, cuya legitimidad sea immanente a los hombres, para superar la persistencia de una soberanía “divina” del poder, mediante el uso de la razón, como nueva fuente de legitimidad. Para un análisis más exhaustivo ver: Steele 1980.

Para legitimar al Estado como modelo político, tanto Maquiavelo (quien dio fundamentos para el desencantamiento de la política) y Hobbes, como Rousseau y Locke, parten de la afirmación de la existencia de un ‘estado de naturaleza’ como presupuesto ontológico o esencia universal común a todos los hombres.² Los dos primeros afirman que esta característica fundamental da cuenta de que el hombre es malo por naturaleza. De un lado, Maquiavelo intenta aconsejar al príncipe de Italia sobre cómo administrar al pueblo mediante un doble discurso retórico que permita su control. De otro lado, Hobbes, con su conocida frase “el hombre es lobo del hombre”, plantea la necesidad³ de la construcción de una entidad fuerte, el *Leviatán*, como única posibilidad para superar este estado de naturaleza. Para Hobbes, ante la maldad intrínseca de los hombres, éstos se vuelven seres desprotegidos debido a la amenaza de muerte que supone el otro.

En cambio, para Rousseau los hombres son buenos por naturaleza; es la sociedad la que genera maldad en los seres humanos porque implica una búsqueda incansable de poder, de ahí que para educar bien a un niño haya que volver al campo.⁴ La solución para estos autores está en la realización de un ‘contrato social’ que implica: en el caso de Hobbes, que los individuos cedan al Estado su poder total (en torno a la posibilidad de eliminar o matar al otro) para obtener a cambio la protección estatal de la vida de todos. En el caso de Rousseau, se trata de ceder parte del poder individual al Estado, poder que puede ser revocado, para regular la distribución del poder entre los individuos. Lo importante es que esta regulación se realizará precisamente mediante la promulgación de leyes.

En este marco histórico, el Derecho surge como el instrumento de regulación que hace posible el funcionamiento de este pacto social, justificado a partir del presupuesto de una maldad intrínseca de los hombres. Es a partir de este paradigma que se desarrolla el Estado actual. No obstante, sin querer ahondar en la forma en que estos modelos europeos

se aplicaron en Latinoamérica, sólo añadiré que, de acuerdo con Zaffaroni (2009, 110), esta adaptación de modelos extranjeros trajo como consecuencia que en América Latina existiera “un caos de estructuras judiciales”. El problema es que la idea de la necesidad de la ley y la creación de un órgano de regulación política basado en un contrato social, partiendo de un criterio filosófico abstracto como supone la idea de la existencia de un “estado de naturaleza” de bondad o maldad universal del hombre, constituye, a decir de Boaventura de Sousa Santos, sólo “un artificio lógico o una elaboración teórica dedicada a justificar la institucionalización de la sociedad civil” (2003, 149).

Luego de este primer momento de constitución del Estado-nación, y en medio del surgimiento de nuevos actores políticos y sociales, apareció el Estado moderno o Estado de Derecho del siglo XIX, determinado por el auge del paradigma científico, pero sin desligarse de su herencia iluminista-iustnaturalista del período anterior. Sin embargo, para Foucault cuando se producen cambios históricos, éstos no se desligan totalmente de los modelos que cuestionan, sino que permanecen y transmutan. De ahí que para el filósofo francés, no exista un divorcio entre la Edad Media y la Modernidad y su modelo político; entre el paradigma filosófico-iustnaturalista y el paradigma científico del Estado moderno.

Durante la Edad Media se construyeron varios dispositivos de poder, como la indagación o la confesión, que serán mantenidos y resignificados en función de las técnicas científicas en el ejercicio de administración de justicia dentro del moderno Estado de Derecho. En particular, el Estado actual permanece muy ligado, tanto a la primacía de la ley escrita-ilustrada, como a la necesidad de la aplicación de criterios científicos en la producción y ejercicio de la ley.

Hay que entender, entonces, que el Estado secular moderno nace de la necesidad de crear un nuevo instrumento político que ya no legitime su autoridad en Dios o en lo trascendente. Este nuevo modelo busca una legitimidad inmanente y para ello utiliza a la ra-

2. “Por la confusión y el desorden tuvo Dios ciertamente que haber designado un gobierno que limitara la parcialidad y la violencia de los hombres” (Locke 1980, 71).

3. Necesidad que permanece vigente, al ser retomada por autores como Niklas Luhmann en el desarrollo de su moderna “teoría de los sistemas”. Para una mayor comprensión de este tema ver: Luhmann 1989.

4. Véase Rousseau 1972.

zón y a la ciencia como nuevas fuentes de legitimidad. Sin embargo, y con el desarrollo de las ciencias, surge también un ‘aparato racional-burocrático’ que genera un nuevo modo de ejercer justicia, a través de la “centralización de la administración de justicia” o, en otros términos, “su estatalización” (Santos 2003).

Al igual que ocurrió con el Contrato Social, la dominación jurídica racional que se desarrolla a partir del siglo XIX, a decir de Boaventura de Sousa Santos está legitimada por un sistema racional de leyes universales y abstractas emanadas del Estado, que presiden una administración burocratizada y profesional, y que son aplicadas a toda la sociedad por un tipo de justicia basado en una racionalidad lógico-formal (2003, 161).

En este sentido, cabe anotar que el modelo teórico-científico que persiste en los procesos de administración de justicia, tiene como principal paradigma el positivismo; corriente que permanece vigente y cuyos principales representantes dentro del Derecho son Kelsen (1972) y Bobbio (1993), entre otros. Como se ha descrito, los modelos teóricos a los que responde la formación del Estado delimitan también dos períodos históricos de su formación. La primera fase corresponde a la formación del Estado dentro del paradigma del ‘estado de naturaleza’ durante el siglo XVIII y el segundo período está determinado por el moderno Estado de Derecho del siglo XIX. Ferrajoli hace una distinción entre lo que denomina derecho iusnaturalista, para el primer período, y derecho positivo, para el caso del Estado moderno:

El rasgo distintivo del positivismo jurídico, en contraste con el iusnaturalismo que había sido la cultura, la meta-teoría, subyacente a la ciencia y a la experiencia jurídica premoderna: cuando, en ausencia del principio de legalidad como norma exclusiva de reconocimiento del derecho válido, era el “derecho natural” como sistema de normas y principios considerados justos o racionales en sí mismos, el parámetro de legitimación y al mismo tiempo de reconocimiento de la validez de las tesis propuestas tanto por la doctrina jurídica como por la práctica judicial (Ferrajoli 2006, 114).

Es decir, que el “Derecho bajo el modelo del positivismo ya no está basado en una disquisición filosófica sino -en términos de Foucault (2001)- en todo “un aparato de saber-poder” (burocracia y ciencias jurídicas), que se visibiliza mediante un conjunto de técnicas, pero también de instituciones y funcionarios encargados de determinar un nuevo pacto social, basado en la verdad neutral que busca la ciencia y sus métodos, así como en la primacía de la ley y sus procedimientos escritos; lo que en palabras de Kelsen deslindaría definitivamente la justicia, como fin abstracto y *telos* del sistema jurídico, de la institucionalidad estatal:

La Justicia es un ideal irracional (...). La solución de los conflictos sólo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos. El que sólo uno de esos órdenes sea justo es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional (Kelsen 1972, 15).

De ahí que cuando Kelsen marca la distinción entre *Derecho* y *Justicia*, proclama que la definición pura de Derecho es el objeto del positivismo jurídico (Kelsen 1972, 6 y 15), mismo que “no admite más que el saber positivo que parte y termina en la experiencia sensible (...), con lo que pretende suprimir la metafísica del conjunto sistemático del saber humano” (González 1979, 259); y cuyas características más sobresalientes son: “a) Seguridad en la validez de la ciencia; b) admisión de leyes naturales absolutamente constantes y necesarias; c) uniformidad de las estructuras de la realidad; d) continuidad en el tránsito de una ciencia a otra, y; e) tendencia a la matematización y al mecanicismo” (González 1979, 260).

En ese contexto, define a la *norma jurídica* como “un juicio hipotético que declara que el hacer o no hacer un determinado acto debe ir seguido de una medida coactiva por parte del Estado” (González 1979, 287); así, el Derecho sería un orden unitario “formado por diversas clases de normas que van desde la individualizada hasta la norma básica o fundamental, que es la Constitución Política de un país” (González 1979, 287).

A decir de Ferrajoli:

El derecho positivo moderno nace en el momento en que se afirma el principio de legalidad como meta-norma de reconocimiento, como garantía de la seguridad jurídica y de la libertad frente a la arbitrariedad (...) todas las normas jurídicas y, por ello, todas las reglas de uso del lenguaje jurídico existen y son válidas en la medida en que sean dictadas por autoridades establecidas sobre la base de otras normas de competencia normativa (Ferrajoli 2006, 114).

Para Ferrajoli existe un tercer período dentro de la formación del Estado de Derecho, que se produce a partir del fin de la segunda guerra mundial. Esta transición “permite completar el paradigma del Estado de Derecho, o sea la sujeción de la ley de todos los poderes, incluso el de la mayoría –que se subordina también a él (...) más precisamente a la Constitución” (Ferrajoli, 2006).

Este modelo, que surge en Europa luego de la segunda guerra mundial, cuestiona -según Ferrajoli (2006)- el consenso de las masas que, al permitir las dictaduras fascistas, no necesariamente garantizan el derecho de todos. Es por ello que “se vuelve a descubrir el significado y el valor de la constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso el mayoritario, según la noción estipulada dos siglos antes en el artículo 16 de la Declaración de los derechos de 1789”. Para Ferrajoli, el positivismo jurídico vigente hasta ese momento, si bien planteaba a la ley escrita como única fuente en la producción de verdad jurídica, no garantizaba en la práctica el cumplimiento de los derechos fundamentales, en particular la igualdad ante la ley.

Emerge entonces el modelo constitucionalista que busca controlar la producción de leyes mediante un mecanismo del propio Derecho, basado en la producción de normas positivas. Se trata de meta-normas o de la producción de principios básicos que permitan controlar la producción de reglas y con ello lograr que el ser o la existencia del derecho ya no pueda derivarse de la moral ni extraerse de la naturaleza sino que es puesto o hecho por hombres y

como éstos lo quieren (...) el “deber ser” del derecho, o sea sus condiciones de validez, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones mediante las que se piensa y proyecta el derecho, estableciendo los valores ético políticos -la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales- que se ha convenido deben ser informadores de aquellas (Ferrajoli 2006, 259).

En este contexto, este tipo de legalidad positiva cambia de naturaleza, ahora ya no sólo controla, sino que es controlada mediante el establecimiento de normas constitucionales que ya no dicen únicamente acerca de los mecanismos de producción de leyes, sino que establecen límites en sus contenidos para poder garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, en particular de la igualdad ante la ley.

Pero entonces, si de acuerdo con Ferrajoli la existencia de normas constitucionales permiten garantizar el cumplimiento de la igualdad de la ley, ¿por qué existen personas que han sentido discriminación como muestran los datos cuantitativos de la encuesta realizada en Riobamba ¿Qué pasa con este paradigma garantista en la práctica y cómo se relaciona con la imposibilidad de un divorcio entre las interpretaciones de la ley por parte de los funcionarios de justicia y la cultura a la que pertenecen, en particular las desigualdades existentes en la sociedad?

Vemos que el panorama a analizar es muy complejo. Sin embargo, en ello radica el desafío de esta investigación, esto es, que al final nos permita entender mejor las prácticas de administración de justicia en Riobamba dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho vigente, y sobre todo en relación con una marcada desigualdad que aún afecta a los indígenas y que persiste en la actualidad.

Todavía nos queda por analizar una pieza fundamental en relación, no a las respuestas que genera la misma institucionalidad del Estado para controlar el cumplimiento de las leyes, sino a las respuestas que surgen de la sociedad, en particular en el Ecuador. Me refiero a la emergencia del movimiento indígena en América Latina que ha sido largamente estudiado. La idea es entender cómo a pesar de que los movi-

mientos indígenas lograron grandes avances en base a la reivindicación de sus derechos como ciudadanos, no sólo en torno a la constitución, sino también en torno a la promulgación de legislación secundaria, existen límites que tienen que ver con las interpretaciones que los funcionarios de justicia hacen de estos, y las desigualdades que persisten en la sociedad.

Estado Constitucional de Derecho: igualdad ciudadana y reconocimiento

Cabe anotar que la promulgación de derechos ha sido históricamente el resultado de profundas luchas sociales. Por ejemplo, en el Capital, Marx muestra cómo en el siglo XIX, se produjeron un sinnúmero de conflictos sociales que llevaron a la producción de leyes que intentaban controlar los horarios y la edad de los trabajadores, debido a la cruenta explotación que vivían los trabajadores en el inicio de la formación de fábricas.

En este sentido, el concepto que utiliza la teoría liberal del Estado para designar la existencia de individuos iguales ante la ley es el de ciudadanía que, de acuerdo con Marshalls, se refiere al “*statu* que se concede a los miembros de una comunidad en pleno derecho” (Marshalls en Díaz 2009, 33).

Marshalls realiza una tipificación, en base a la periodización de los derechos ciudadanos alcanzados a través de la historia. De acuerdo con este autor, la ciudadanía está compuesta por tres generaciones de derechos que se obtuvieron a través de grandes luchas a través del tiempo. En el siglo XVIII se promulgaron los derechos civiles o de primera generación; en el siglo XIX los derechos políticos o de segunda generación; y en el XX se luchará por la obtención de los derechos sociales. En la actualidad, se habla de la pugna por derechos de cuarta generación que, para Adela Cortina, se refiere a los derechos culturales (Cortina en Díaz 2009, 33).

Dentro de estos últimos se encuentra el tipo de derechos que se reivindican con fuerza en la actualidad en América Latina por parte de varios grupos de indígenas que han llevado a cabo grandes movilizaciones con el objeto de lograr su autonomía y a la vez inclusión igualitaria dentro del Estado, debido -entre

otros factores- al racismo del que han sido objeto por siglos (Salman 2009; Stavenhagen 2002; Baud 1996; Assies 2001). De ahí que buscan ser reconocidos como iguales y a la vez autónomos.

Lo importante de estas reivindicaciones es que ponen en jaque al concepto de ciudadanía igualitaria porque hacen visible el hecho de que, en la práctica, la igualdad ciudadana nunca ha existido. Las luchas de estos grupos, que han sido recogidas en varias de las constituciones de los países de América Latina, continúan generando varios debates teóricos y prácticos sobre la igualdad dentro del Estado Constitucional de Derecho vigente y la necesidad de autonomía sin discriminación o exclusión.

Esto nos hace pensar sobre el problema de la igualdad y la diferencia ciudadana. La teoría clásica de ‘ciudadanía moderna’ de Marshalls reivindica el *statu* de igualdad ciudadana, sin embargo, autores como Eduardo Díaz critican a teóricos liberales como el propio Marshalls o Amartya Sen. De acuerdo con Díaz (1999), estos autores vuelven ontológica una categoría que, en realidad, es histórica. En su criterio, el problema de los teóricos liberales como Marshalls o Sen, es que universalizan desde una concepción abstracta y esencialista la igualdad del ciudadano que en la práctica no se corresponde necesariamente con la realidad.

En este mismo sentido, para Young el problema con la idea de ciudadanía igualitaria en el pensamiento moderno liberal es que asume que la universalidad ciudadana de por sí “transcends particularity and difference” (Young 1990, 263). De otro lado, la extensión de derechos para todos que reivindica Amartya Sen no ha logrado una verdadera justicia y equidad, por tanto la solución para Young tiene que ver con establecer “*a concept differentiated citizenship as the best way to realize the inclusion and participation of everyone in full citizenship*” (Young 1990, 264); idea que está acorde con las demandas de varios movimientos sociales en la actualidad en América Latina.

En este contexto, el surgimiento de estos movimientos produce según Assies “una nueva politización de la identidad indígena” (1999, 515). Esta politización supone no sólo la defensa de la diferencia

cultural y de las autonomías, sino que pone en discusión los supuestos del Estado-nación unitario y, sobre todo, del concepto de igualdad frente a la ley. Sus luchas, en principio, se dan por la necesidad del reconocimiento del Estado como multicultural, sin embargo, en un segundo momento estos mismos grupos sobrepasan dicha idea del reconocimiento de sus prácticas como autónomas o separadas, y plantean la necesidad de ser interlocutores igualitarios dentro del Estado. No buscan ser considerados como *guetos*, sino como grupos que interactúan con el resto de la sociedad y forman parte en las decisiones políticas y sociales.

En el caso del Ecuador, a partir de la Constitución de 1998 y la ratificación en el mismo año del Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas, que entró en vigor en 1999 (García 2010), el multiculturalismo aparece en importantes avances relacionados con el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y el establecimiento del Ecuador como un país pluricultural y multiétnico, y de igual manera como intercultural y plurinacional a partir de la Constitución del 2008.

En la Constitución de 1998 se estableció el reconocimiento de la justicia indígena, en el artículo 191, siendo ratificado en la de 2008, en el artículo 171. En esta última, se añadieron algunos elementos importantes como la garantía de los derechos de las mujeres, niños y niñas en su práctica, la jurisdicción territorial (artículo 171) y su reconocimiento a la par del sistema de derecho ordinario (artículo 167). Incluso se ha avanzado en la aprobación de legislación secundaria, en concordancia con el artículo 171, tanto en el Código Orgánico de la Función Judicial (artículos 343-346), como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (artículos 65 y 66).

No obstante, para Assies, la justicia indígena, para ser integrada como un sistema de justicia igual al ordinario, no puede ser entendida como “lo prístino, o un pasado ancestral” (Assies 1999), sino como un proceso que se constituye a partir de coyunturas políticas en movimiento. De ahí que para Yashar los movimientos que representan a la politización de la identidad étnica no sólo buscan autonomía colectiva,

sino que expanden sus agendas “*to take more than the defense of their collective Rights...they have also come to demand inclusion and equal treatment as individuals in the democracy that are now in place*” (Yashar 2005, 285). La autonomía y el reconocimiento de los derechos colectivos se han vuelto herramientas políticas para legitimar su inclusión social, económica y simbólica dentro de los Estados.

Sin embargo, si bien es innegable la importancia de estos alcances, hay que decir que estos planteamientos no nos ayudan por sí solos a resolver el conflicto de la imposibilidad de la igualdad ante la ley dentro del Estado de Derecho Constitucional, sino que más bien vuelven el problema más complejo, ya que nos llevan a repensar seriamente en los supuestos liberales que promulga el Estado acerca de la igualdad de los individuos, y que en el caso de los indígenas ha significado también, en muchos aspectos, un intento de asimilación, discriminación y exclusión constantes.

De lo analizado surge esta reflexión: si bien el Derecho aparece como un instrumento político utilizado por varios grupos identitarios que les ha permitido lograr reivindicaciones, posibilitando la existencia de una mayor igualdad dentro del Estado, también puede decirse que constituye su propio límite. En otras palabras, a la vez que posibilita la igualdad y autonomía, también las restringe. Me refiero a la idea de Foucault acerca de que el Derecho es también un mecanismo de control que permite -junto a la ciencia y a la Ilustración- clasificar e institucionalizar las ‘desviaciones’ de lo que se considera como ‘normal’ (Foucault 1992), a la vez que promulga la igualdad, también promulga la discriminación. Esto es precisamente lo que ocurre con la justicia indígena ya que, a pesar de los avances a favor de la existencia de una verdadera interlegalidad, este sistema de justicia no es considerado por los funcionarios como un sistema de igual *statu* que el sistema de justicia ordinario, sino que es visto como inferior.

De aquí que para Santos, la obtención de derechos, si bien puede ser el resultado de luchas sociales, también ha sido un mecanismo por el cual estas luchas han sido reguladas, esto es, que el Derecho históricamente ha aparecido más como un mecanis-

mo funcional “a la regulación que a la emancipación” (Santos, 2003). Los logros alcanzados en términos de derechos por parte de grupos sociales, si bien pueden ser entendidos como mecanismos que posibilitan mayor igualdad social, también constituyen instancias que la limitan, tienen por fuerza dentro de sí mecanismos que les permiten moverse en ambos sentidos y que, debido a esta lógica contraria, vuelven al Estado paradójico.

En principio, la formación de Estados Constitucionales de Derecho genera una brecha irremediable y naturalizada por varios teóricos del neoconstitucionalismo (Ferrajoli 2008; Zaffaroni 2009; entre otros). Esta hace referencia a la distancia que el Estado Constitucional de Derecho genera entre los principios fundamentales constitucionales -que son vistos como ideales, y en los que constan las reivindicaciones indígenas- y que no necesariamente se cumplen; y la legislación secundaria, entendida como la práctica.

Esta brecha, que en principio aparece como un mecanismo para controlar la producción de leyes secundarias -tal como lo planteó Ferrajoli- hace que, como muestra el trabajo de campo realizado en Riobamba (y que explicaré más adelante), en la práctica jurídica exista una mayor ambigüedad en la aplicación de justicia que, en consecuencia, facilita que los funcionarios algunas veces den prioridad a los principios constitucionales y otras prefieran ser consecuentes con las reglas escritas en los códigos. De ahí que el análisis de esta brecha es importante en el sentido de que muestra precisamente que los controles que el mismo Estado genera para garantizar el cumplimiento de la igualdad ante la ley, paradójicamente pueden producir el efecto contrario. Esta paradoja nos permite visibilizar la imposibilidad de una interpretación neutral de la ley cuya ambigüedad inicia desde la misma estructura del Estado.

JUECES, SUBJETIVIDAD Y LA IMPOSIBILIDAD DE LA NEUTRALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN RIOBAMBA

Administración de justicia en Riobamba

A partir del trabajo de campo realizado en Riobamba se puede decir que la administración de justi-

La aplicación de las leyes se produce a partir de una interacción entre los principios establecidos en la constitución, que plantean la igualdad en el acceso a la justicia (y su contraparte, la no discriminación), y las leyes que se encuentran en el código penal, que mantiene categorías que reproducen la desigualdad y permiten la utilización de conceptos arcaicos. Un ejemplo en este sentido es el concepto de *rusticidad*, aun vigente en la legislación ecuatoriana. Este concepto es utilizado para caracterizar a los testigos indígenas, y su vigencia supone y justifica la inferiorización de estos individuos en las prácticas judiciales, incluso a pesar de lo que plantea el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 343, 344, 345 y 346, acerca de las garantías en el acceso a la justicia ordinaria de los indígenas, así como en lo referente a la cooperación entre justicia indígena y ordinaria, pero sobre todo en contra de los principios de igualdad y no discriminación que plantea la constitución ecuatoriana.

Sin embargo, sostengo que el problema no es únicamente la brecha que existe entre lo estipulado en la constitución y las leyes vigentes en los códigos, como plantea Ferrajoli, sino la imposibilidad de pensar en la existencia de una interpretación neutral. Por tanto, esta brecha debe ser entendida como un instrumento que no sólo controla el cumplimiento de las leyes sino que permite visibilizar la arbitrariedad existente en la interpretación de las mismas. Los funcionarios de justicia no son sujetos abstractos que aplican las leyes objetivamente, como supone el positivismo jurídico, sino que constituyen sujetos eminentemente históricos, cuya interpretación y práctica de la ley están influenciadas tanto por la brecha que el Estado Constitucional de Derecho genera, como por las características sociales y culturales que influyen su interpretación. Mi hipótesis es que esta interpretación subjetiva no está desligada de las desigualdades sociales existentes. De ahí la imposibilidad de plantear una igualdad ante la ley.

cia en esta ciudad está conformada por una serie de actores e instancias que complejizan su ejercicio. Es preciso tomar la idea de Boaventura de Sousa Santos para quien, debido a los desafíos que presenta el

Estado en un contexto transnacional y multicultural, de cierta forma “estamos volviendo a la existencia de un pluralismo jurídico” (Santos 2003), que no es lo mismo que interlegalidad. El primero supone un tipo de inclusión aditiva, un reconocimiento igualitario de los diversos tipos de justicia existentes, pero no necesariamente aboga por una interacción conjunta como lo hace el concepto de interlegalidad. Si bien el objeto central de esta investigación es el análisis del principio de igualdad ante la ley, en la práctica de la justicia ordinaria es importante mencionar estas otras formas de justicia que, claramente influenciadas por la justicia indígena, coexisten en la ciudad junto con la justicia ordinaria y son utilizadas también por grupos de mestizos y campesinos.

En Riobamba, además de los juzgados, existen centros de mediación que, a decir de una de sus directoras, “son opciones que han surgido debido a los problemas que presenta la justicia ordinaria, en términos de dinero, tiempo y solución de conflictos” (Entrevista con la directora de un centro de mediación de Riobamba, 25 de enero de 2011). Esta funcionaria plantea que muchos mestizos acuden a solucionar sus conflictos en estos centros, pero sobre todo indígenas. De acuerdo con su testimonio, ellos prefieren esta forma de resolución de conflictos porque

“los abogados les sacan dinero y no les resuelven sus problemas. Aquí (en el centro de mediación) se les habla en su idioma y se les evita el papeleo, por eso hay mucha gente que nos prefiere”.

Sin embargo, estos centros de mediación no están separados de la justicia ordinaria. A veces, un mismo caso tiene audiencia tanto en el sistema de justicia ordinaria como en los centros de mediación. Esto muestra que hay individuos que utilizan ambas formas: la justicia formal ordinaria y el sistema de mediación o resolución de conflictos -los mismos que no solo están compuestos por las partes en conflicto y sus mediadores, sino también por los abogados para resolver un conflicto.

Existe por ello en Riobamba, una suerte de justicia en dos niveles, justicia ordinaria y centros de mediación. Sin embargo, estas dos instancias no están separadas sino que coexisten paralelamente, lo cual

puede generar varios conflictos. Por ejemplo, una mujer indígena a quien llamo ‘Eva’ me contó que su marido había sido acusado por lesiones al golpear a otro sujeto. De acuerdo con su testimonio, ellos arreglaron el problema en los centros de mediación e indemnizaron al afectado, sin embargo el conflicto jurídico surgió cuando el abogado del marido de ‘Eva’ se olvidó de detener el proceso que había iniciado dentro de la justicia ordinaria. Ahora su esposo debe ir a la cárcel aunque el problema ya fue arreglado mediante acuerdos según la sentencia dictada.

Se dan también casos de mestizos campesinos que forman comunidades y se organizan políticamente para ejercer sus propios mecanismos de justicia. Me refiero a las “Juntas del Campesinado” que existen en varias regiones de Chimborazo, Tungurahua, Cotopaxi, entre otras provincias. Sin ahondar sobre esta forma de organización que es muy compleja, lo interesante es ver cómo la justicia ordinaria debe relacionarse con todos los actores que influyen en la administración de justicia en Riobamba.

Por su puesto está la justicia indígena, que aparece como radicalmente distinta al sistema de justicia ejercido por las juntas lideradas por campesinos y mestizos. En particular, uno de los problemas que enfrenta la justicia indígena en los casos que se refieren al ámbito penal se da debido a la existencia de conflictos de jurisdicción entre ésta y el sistema de justicia ordinaria.

Lo importante de esta descripción es entender que los funcionarios de justicia deben lidiar con todos estos actores en el marco de un pluralismo jurídico. En este punto hay que aclarar que no existe una interacción horizontal, relativa o vacía, sino que, como plantea Santos, en medio de este pluralismo jurídico -que se asemeja al existente en el régimen feudal- “la justicia estatal sigue siendo central” (2003); por tanto, sus mecanismos legitiman las demás.

Percepción ciudadana acerca de la imposibilidad de una justicia neutral e independiente

De acuerdo con los datos cuantitativos de una encuesta realizada en Riobamba, ante la pregunta: ¿Qué independientes cree Ud. que son los jueces

para tomar sus propias decisiones?, los riobambeños respondieron lo siguiente:

Nada Independientes	1	21%
Poco independientes	2	57%
Bastante Independientes	3	19%
Totalmente Independientes	4	2%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012. Cuadro elaboración propia.

Estos indicadores muestran que la población en general, lejos de considerar la ley como algo neutral, sabe que no existe una independencia en las decisiones que toman los jueces en su interpretación. En otras palabras, la población es consciente de que no se pueden interpretar las leyes de una manera neutral o apolítica. Esto es obvio si se toma en cuenta que, de acuerdo con estos indicadores, el 78% de la población piensa que los jueces son nada o poco independientes, mientras que apenas el 2% afirma que son totalmente independientes. Por tanto, no es sorprendente que si la población en general percibe que no existe una dependencia en la interpretación de la ley, ni siquiera por parte de los funcionarios de justicia, tampoco sientan la obligación de cumplirla.

Ante la pregunta ¿Qué tan de acuerdo o en desacuerdo está usted con las siguientes frases?, en el caso del indicador sobre la necesidad de desobedecer la ley, las respuestas fueron las siguientes:

	Muy en desacuerdo	En desacuerdo	De acuerdo	Muy de acuerdo
	1	2	3	4
P22a. "Hay momentos en los que es necesario desobedecer la ley"	10%	39%	44%	6%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012. Cuadro elaboración propia

Al sumar los porcentajes de las personas que están muy de acuerdo o de acuerdo con la idea de que es necesario desobedecer la ley, resulta que la mitad de la población en Riobamba da por sentada la posibilidad de hacerlo. Si a esta afirmación se añaden los

porcentajes acerca de a quién beneficia la ley, tenemos que:

Las leyes en el Ecuador se hacen pensando en los grandes intereses nacionales.	1	56%
Las leyes en el Ecuador se hacen para beneficiar a intereses privados.	2	42%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012. Cuadro elaboración propia.

Si bien para el 56% de la población las leyes se hacen pensando en los intereses nacionales, el porcentaje de personas que piensan que las leyes se hacen para beneficiar intereses privados también es muy alto (42%). Además, el hecho de que más de la mitad de la población en Riobamba piense que las leyes representan el interés de todos nos lleva a preguntarnos ¿si las leyes son percibidas como positivas, dónde está el problema entonces?

Para responder a esto es necesario incluir los porcentajes referentes a la pregunta acerca de cuál de todas las opciones planteadas es percibida como el principal problema del sistema judicial en el Ecuador por parte de la población estudiada:

Se equivocan	1	11%
Mala administración	2	14%
Falta de valores	3	6%
Hay desconocimiento de las leyes	4	7%
Falta de recursos	5	3%
Leyes deficientes	6	3%
Hay mucho intereses	7	7%
Nepotismo / tráfico de influencias	8	6%
Procesos y trámites tardados	9	4%
No cumplen las leyes	10	9%
Jueces y funcionarios corruptos	11	11%
Hay corrupción	12	9%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012. Cuadro elaboración propia.

Los dos indicadores que tienen el mayor porcentaje están relacionados con la percepción de una mala administración de justicia (16%) y con la idea de que los jueces y funcionarios de la administración de justicia son corruptos (11%), o que hay corrupción en la administración de justicia (9%). En contraste, apenas

el 3% de la población considera que el problema de la justicia en el Ecuador tiene que ver con la existencia de ‘leyes deficientes’.

El problema entonces no está tanto en las leyes que en Ecuador han sido el resultado innegable de grandes luchas políticas llevadas a cabo por los movimientos sociales en los últimos años. En cambio, la corrupción de los jueces o su falta de independencia, son percibidas por la mayoría de la población como el cuello de botella de la justicia ecuatoriana.

Por tanto, para hablar de la existencia de igualdad en torno a la justicia, son los funcionarios, su cultura, subjetividad y el contexto histórico como parte de la interpretación y práctica de los principios constitucionales, y no tanto lo que está escrito en las leyes, lo que debe ser objeto de análisis. En este sentido, son coherentes las respuestas de la población ante la pregunta de ¿Qué tanto cree Ud. que se cumple la Constitución Nacional en el Ecuador?:

Nada	1	4%
Poco	2	69%
Bastante	3	22%
Totalmente	4	3%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012. Cuadro elaboración propia.

Casi dos tercios de la población consideran que la Constitución no se cumple o se cumple muy poco (73%), mientras que apenas un tercio de la población piensa que se cumple. Se refuerza la tesis de que el problema no es tanto, o en cualquier caso no solamente, la constitución o los principios vigentes en ella, sino quienes garantizan su cumplimiento. De ahí la pertinencia de un estudio antropológico acerca de la cultura de los funcionarios de justicia para entender la imposibilidad de la igualdad ante la ley como principio vigente en la Constitución ecuatoriana, en particular, en torno a las representaciones y decisiones que se toman en los casos de justicia indígena.

Cultura jurídica: tribunales y jueces

De acuerdo con el trabajo de investigación de campo realizado en Riobamba, los jueces que conformaban los tribunales penales se mostraron, en un inicio, distantes e inasequibles, pero conforme pasaron los días de observación de campo pude establecer una relación más cercana. Al principio, algunos me miraban con cierta sospecha, tal vez debido al proceso de reestructuración del sistema de justicia; otros se acercaban con curiosidad para preguntarme sobre el tema de la investigación que estaba realizando.

Durante la observación de los dos tribunales penales (que llamaré a y b) en Riobamba, resultó interesante cómo éstos no son vistos por el resto de funcionarios como entidades iguales: cada uno tiene su cultura y tradición interpretativa específica y cada uno tiene su ‘fama’ como muestra el testimonio del amanuense de un abogado:

si te cae en el ‘a’, ellos son más estrictos con los asesinatos, sobre todo por el juez ‘x’. Si está mal el proceso a él no le importa liberar o juzgar a quien sea; si hay algo incorrecto el man ve eso primero, por eso se le conoce como estricto.

¿Y qué pasa con el tribunal “b”? le pregunté enseguida:

“en cambio si te cae en el “b” y tienes un acusado de robo, esos manes sí son bien duros, ponen la pena máxima ¿No ve?, a un señor que robó un dólar ochenta, le pusieron cinco años (Conversación con el ayudante de un defensor público, 15 de febrero de 2010).

En las audiencias a las que acudí, noté que si un acusado de robo tiene antecedentes penales en cualquiera de los dos tribunales, es prueba casi irrefutable de que es culpable.⁵ Cuando hablé con un fiscal -dado que los jueces pueden ser acusados de prevaricato- le conté sobre el caso de “los cinco años por un dólar ochenta” para tratar de entender el razona-

5. Esta práctica es contraria a la Constitución de la República del Ecuador, donde, a tenor del artículo 11, el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de (...), pasado judicial (...). La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

miento que lleva a los operadores de justicia a dictar una sentencia tan desproporcional. Éste me dijo: “yo sí le hubiera acusado, le hubiera dado la misma pena” (Conversación con fiscal, 16 de febrero de 2010). Pero ¿por qué cinco años?, respondí asombrada, ¿no le parece desproporcional?, a lo que me respondió: “Mira, lo que pasa es que si hay ocho robos, esto no quiere decir que hay ocho ladrones ¿cierto?, entonces, si encuentro a uno, supongo que el robo que cometió no es el único”. “Ah, así pensado ya no es tan desproporcional la cosa” -le dije irónicamente y sin juzgar su razonamiento. “Sí”-me respondió- “exactamente”.

Si analizamos su razonamiento, tal desproporcionalidad es posible debido a que la sociedad ecuatoriana ha desarrollado una preocupación enorme por el tema de la inseguridad. Es por ello que en las prácticas de estos jueces, ‘el clima de inseguridad’ que es parte de la subjetividad ecuatoriana actualiza una lógica inquisitoria que indudablemente enmarca la interpretación de las leyes dentro de este marco social.

En cuanto a la relación de los funcionarios de justicia con los indígenas, si bien éstos pueden ser criminalizados (existen varios casos de indígenas acusados de tráfico de drogas), es su inferiorización el mecanismo que impera. En una de las primeras conversaciones que tuve con un juez del tribunal “b”, al preguntarle si habían audiencias que involucraran a personas indígenas, luego de pensar un momento me respondió: “de indígenas no, casi no hay aquí, a ver...” luego de pensar otra vez me dijo: “ah sí, en audiencias de robo, pues. Ese robo que se cometió hace poco en la carretera era de unos indígenas” (Entrevista a juez del Tribunal Penal de Chimborazo, 14 de Marzo de 2011). Nunca pude encontrar la audiencia a la que este juez se refería, sin embargo, él asoció indígenas con robo.

Sobre el tema de la inferiorización, para un juez de uno de los tribunales el hecho de que varios indígenas -que fungieron como testigos en una audiencia de juzgamiento que presencié- no supieran hablar fluidamente el castellano no solamente los hacía diferentes, sino que fue una razón para considerarlos como inferiores. De ahí que este juez prefirió gritarles varias veces durante la audiencia como solución para resolver la diferencia de lenguaje, antes que

traer un traductor como lo establece el Código de Procedimiento Penal en el artículo 117. Este hecho demuestra que los jueces presuponen la existencia de una diferencia entre ellos y los indígenas, basada en la inferiorización de los últimos.

Representaciones y toma de decisiones acerca de la justicia indígena: la imposibilidad de la igualdad ante la ley

Algunos testimonios de los funcionarios de justicia en Riobamba permiten visibilizar el problema de la inferiorización de la justicia indígena. En otras palabras, ésta no es tratada en términos de igualdad como promulga la Constitución.

De acuerdo con un defensor público:

Nosotros tenemos en la justicia ordinaria el código penal que es el código sustantivo donde se tipifican todas las infracciones que están constituidas como delito pero como les aplicamos a través el código de procedimiento penal que nos indica como se va a juzgar las infracciones tipificadas en el código penal. En cambio en la justicia indígena, no hay normativa, que tenemos la constitución que nos dice el 171, y habla de una regla general y nada más (Entrevista con Defensor Público de Chimborazo, 5 de abril de 2011).

De acuerdo con un juez de uno de los Juzgados de lo Penal de Chimborazo:

En la justicia indígena, ellos simplemente reciben las versiones del ofendido y de la ofendida...y se impone una pena; pero, me pregunto, si esa pena no está escrita ¿por qué se aplican normas y procedimientos propios primitivos? Existe un serio riesgo de que se vayan a cometer errores (...) ahí no se respeta el debido proceso, ahí no se tiene un abogado para que le diga si está faltando al debido proceso, entonces mi concepto es de que este es un sistema retrógrado. Pese a que se dice que la Constitución de la República es una de las mejores del mundo, no sé con qué objeto se estableció esto de la justicia indígena. Es verdad que lógicamente

nosotros como mestizos tenemos un punto de vista hasta un poco sesgado; pero si Ud. habla con un indígena, ellos le hablan de cosmovisión y de una serie de elementos que son muy respetables, pero no podemos conciliar entre la justicia ordinaria y la justicia indígena (Juez del Juzgado de lo Penal de Chimborazo, 27 de abril de 2011).

Con estos testimonios, es innegable que para los funcionarios de justicia ordinaria, la justicia indígena es inferior. Sin ahondar sobre el hecho de que en el sistema de administración de justicia ordinaria no necesariamente se cumple el debido proceso o la legítima defensa, lo importante es que estas representaciones acerca de la justicia indígena están relacionadas con un largo proceso histórico de inferiorización hacia estos grupos por parte de la sociedad ecuatoriana, que sin duda influye en las interpretaciones/decisiones de los jueces acerca de la competencia y jurisdicción de la justicia indígena. Cito el caso de uno de los jueces del Tribunal Penal que tiene 'fama' de neutral y estricto.

Al inicio de la conversación este juez comenzó a hablarme de un escenario positivo acerca de la existencia de la justicia indígena:

Actualmente el Ecuador es un Estado Constitucional de Derecho y de Justicia. Ahora ya no hay solo la justicia ordinaria de los jueces sino también la justicia constitucional y también la justicia indígena. En el Ecuador ya no tenemos un monoculturismo jurídico sino un pluriculturismo jurídico porque se reconoce a la justicia indígena. Sus sentencias tienen validez y producen el efecto de cosa juzgada. Esas personas juzgadas por la justicia indígena ya no pueden ser juzgadas por la justicia ordinaria (...). La justicia indígena tiene pleno valor, pero para que sea efectiva (...) supongamos que yo pertenezco a una comuna, pero yo ya no vivo en una comunidad, sino vivo en Riobamba, entonces ahí ya no me protege la justicia indígena porque para que me cobije la justicia indígena yo debo vivir en esa comunidad (Entrevista con Juez del Juzgado de lo Penal de Chimborazo, 14 de abril de 2011).

Sin embargo, al preguntarle acerca de los casos que este juez ha tenido que resolver en torno a la justicia indígena el panorama cambió totalmente, el discurso de lo escrito en la ley se relativiza a partir del análisis de sus interpretaciones y prácticas. De acuerdo con su testimonio:

En un caso de justicia indígena que me pidieron que yo no conozca, el caso en una comunidad que queda entre Punin y San Luis. Ya había sido juzgada por la justicia indígena, esa comunidad queda a diez minutos de aquí. Se trataba de una muchacha que había entrado en labor de parto y (...) el niño murió. Luego ella había ido a trabajar como que nada había pasado pero uno niños vieron el cadáver y ellos avisaron al presidente de la comuna para que vayan rápido y que los lobos no se coman al muerto. El presidente y las mujeres lo limpiaron y enterraron, entonces como no sabían el presidente de la comuna dijo que al día siguiente iba a traer a todas las mujeres para sacarles leche y determinar quién había estado embarazada. La muchacha asustada esa noche le avisó al papá y le dijeron al presidente de la comuna. Como los comuneros le bañaron y le ortigaron, ella alegó que ya había sido juzgada por justicia indígena. Sin embargo, nosotros no aceptamos, porque acogiendo lo que dice Zavala Baquerizo (1976), la justicia indígena tiene que aplicarse a los sectores más remotos de la civilización. Una tribu que viva a dos horas del oriente, a dos días en canoa, o donde no llegue civilización. Para esto está bien la justicia indígena; pero aplicarle a comunidades que quedan a cinco minutos es imposible. Más aún, dice este autor, cuando los indígenas ya han llegado a la presidencia con Antonio Vargas, cuando se declararon dictadores con Lucio Gutiérrez. Entonces es imposible aplicar la justicia indígena. Cuando los indígenas ahora tienen celulares por ejemplo, y están al tanto de todo (...). Entonces la justicia indígena es sólo para las personas que viven en lugares remotos de la civilización y no saben que matar es delito; es indudable que a ellos sí se les debe aplicar la justicia indígena. Por su ignorancia, por su aislamiento de la sociedad ellos mal

pueden saber que esa conducta en el Ecuador es un delito y merece una sanción penal; pero ahora, claro, los indígenas siempre alegan que ellos aplican la justicia indígena porque es preferible ortigarle expulsarle de la comunidad o que trabaje para la viuda o los hijos antes que esté preso (...). Pero ahí viene el problema del debido proceso, Ud. tiene derecho a un abogado, no tortura, Habeas corpus, etc. Pero ellos dicen que tienen su propio debido proceso (Entrevista con Juez del Juzgado de lo Penal de Chimborazo, 14 de abril de 2011).

Este testimonio muestra claramente que las interpretaciones de los funcionarios de justicia no son neutrales, sino que están mediadas por una subjetividad que responde a valores culturales y sociales específicos. Es interesante cómo este juez, al hablar de lo escrito en la Constitución, muestra un panorama po-

sitivo, su discurso es a favor de la justicia indígena y de la interlegalidad. Sin embargo, al enfrentarse con sus interpretaciones y prácticas acerca de este tema, este discurso alentador se cae debido a que no es independiente sino que está mediado por procesos históricos y coyunturas vigentes en la sociedad, en particular en torno a la inferiorización de los indígenas en el Ecuador. El juez, para argumentar las razones que le llevaron a no considerar como cosa juzgada un conflicto que ya fue resuelto por la comunidad, cita a Zavala Baquerizo, cuyos planteamientos acerca de la justicia indígena, escritos durante los setentas, son más importantes para el juez que lo normado en la Constitución. De ahí que el argumento acerca de la cercanía o lejanía de la civilización o el conocimiento o la ignorancia son considerados como argumentos válidos para desconocer lo juzgado por la comunidad indígena.

CONCLUSIONES

A partir de este análisis cabe una última reflexión que tiene que ver con los conceptos de igualdad y diferencia. Es importante citar a Santos cuando plantea el problema acerca de la forma en que se intenta superar el problema de la desigualdad en la actualidad.

Para él, el dispositivo ideológico de la lucha contra la desigualdad y la exclusión es el universalismo, una forma de caracterización esencialista que, paradójicamente, puede asumir dos formas en apariencia contradictorias: el universalismo antidiferencialista que opera por la negación de las diferencias, y el universalismo diferencialista que se da por la absolutización de las diferencias (Santos 2010, 7).

De acuerdo con este autor, la primera implica la homogenización y la segunda el relativismo. Así, el problema es que este universalismo homogeneizante dentro del Estado es, más bien, un particularismo universalizado, es decir “una especificidad (...) que consigue imponerse muchas veces por la violencia, frente a otras diferencias de otros grupos sociales y con esto logra universalizarse” (Santos 2010, 19), de ahí que los jueces, abogados y fiscales juzguen los

comportamientos de los indígenas desde su cultura mestiza y no desde la diferencia alterativa.

Para Santos conviene hacer una distinción de las diferencias, a saber porque hay diferencias que no inferiorizan sino que, al contrario, posibilitan, aunque suene paradójico, la igualdad. Así mismo me atrevo a pensar que hay igualdades que inferiorizan, me refiero a la igualdad como asimilación del otro al Yo, como plantea Levinás,⁶ que tiene que ver con la presunción de la existencia de grupos superiores e inferiores y que permite reproducir, otra vez paradójicamente, la desigualdad.

Roberto Saba, en su estudio sobre la igualdad ante la ley para el caso de Argentina, plantea que “el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas” (2010). Una verdadera igualdad, entonces, debe considerar una “lectura estructural de la igualdad ante la ley” (Saba, 2010), lo cual tiene que ver con las diferencias históricas entre grupos sociales que han favorecido a unos y puesto en desventaja a otros. Por tanto,

6. Para una reflexión más profunda véase: Levinás 1977 o Derridá 1987.

un nuevo objetivo de la igualdad ante la ley es el de “evitar la constitución y el establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos” (Saba 2010, 80).

De ahí que para hablar de una igualdad ante la ley en el país sea pertinente visibilizar las prácticas de desigualdad existentes, no en la ley, sino sobre todo en las prácticas de los funcionarios de justicia. En el caso analizado en Riobamba, es visible que las interpretaciones de los jueces no están divorciadas de las desigualdades existentes en la sociedad, que en este caso en particular tiene que ver con la inferiorización de los indígenas y su sistema de justicia. Desde este punto de vista, no es incoherente pensar que el juez haya dado más valor a un discurso fuera de la ley para validar sus decisiones, y no a lo escrito en la constitución.

Por tanto, ya no se puede ‘no hablar’ acerca del hecho de que tanto los principios constitucionales

como las leyes establecidas en los códigos no son entidades neutrales, éstas son resignificadas por los funcionarios de justicia. Por tanto, si son progresistas o no funcionales a los valores o prejuicios vigentes en la sociedad, los funcionarios buscan otros recursos para reproducirlos como muestra el caso de este juez en Riobamba.

En este contexto, una mayor igualdad ante la ley, paradójicamente pasa menos por la ley que por los cambios políticos, económicos y culturales de una sociedad. Los logros de las luchas de los movimientos sociales se ven ante la paradoja de un discurso escrito que responde a sus necesidades, pero ante una práctica jurídica que lo niega. Por tanto la conclusión es que lo escrito en las leyes, si bien es necesario, nunca es suficiente para lograr cambios verdaderos.

BIBLIOGRAFÍA

- Assies, Williem. 2001. La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos? *Alteridades*, 11(21).
- Assies, Willem, Van der Haar, Gemma y Hoekema, André. 1999. *El reto de la diversidad, Pueblos indígenas y reforma en América Latina*. México: Ed. Colegio de Michoacan.
- Baud, Michel; Kees Koonings; Gert Oostindie; Arij Ouweneel y Patricio Silva. 1996. *Etnicidad como estrategia en América Latina y el Caribe*. Quito: Abya-Yala.
- Bobbio, Norberto. 1993. El positivismo jurídico: lecciones de filosofía del derecho reunidos por el doctor Nello Morra. Madrid: Debate 1993.
- Bourdieu, Pierre. 2000. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Cervone, Emma. 1999. *Ecuador Racista. Imágenes e identidades*. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Código de Procedimiento Penal, Legislación Conexa, Concordancias, Jurisprudencia. 2010. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de la Función Judicial. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República de Ecuador. 1998. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República de Ecuador. 2008. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- De la Torre, Carlos. 1996. *Racismo en el Ecuador: experiencias de los indios de clase media*. Quito: CAAP.
- Derridá, Jacques. 1987. Psyché: Invenciones del otro. En AA.VV. *Diseminario. La desconstrucción, otro descubrimiento de América*. Montevideo: XYZ Editores.
- Díaz, Eduardo. 2009. El estudio sociopolítico de la ciudadanía: fundamentos teóricos. *Intersticios, Revista Sociológica de pensamiento crítico*, Vol 3, 1.
- Ferrajoli, Luigi. 2009. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- . 2008. *Democracia y garantismo*. Madrid: Ed. Trotta.
- . 2006. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Ed. BEFDP.
- Foucault, Michel. 1992. Nietzsche, la Genealogía y la Historia. En *Microfísica del Poder*. Madrid: Ediciones La Piqueta.
- García, Fernando. 2010. El proceso de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y la justicia ordinaria. *Ponencia presentada en el VII Congreso internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*. Lima-Perú del 2 al 6 de agosto de 2010.
- González, Francisco. 1979. *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*. México D.F: Ed. Limusa.
- Hollenstein, Patric. 2009. *La reproducción de la dominación racial*. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Kelsen, Hans. 1988. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F: Ed. UNAM.
- . 1972. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F: Ed. UNAM.
- Locke, John. 1980. *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Ed. Aguilar.
- Luhmann, Niklas. 1989. *Sistemas Sociales*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main.
- Maquiavelo, Nicolás. 1998. *El príncipe*. Madrid: Alianza Editoria.

- Nader, Laura. 1998. Ideología armónica. *Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*. México: Instituto Oxaqueño de las culturas -Centro de Investigaciones y Estudios superiores en Antropología social.
- Prime Consulting. 2012. Encuestas sobre la percepción de la Justicia en el Ecuador. Ed. sn.
- Poole, Deborah. 2009. Justicia y Comunidad en los Márgenes del Estado Peruano. En *Repensando la Subalternidad*, Coord. Pablo Sandoval. Lima: IEP.
- Rivera, Freddy. 1999. Las aristas del racismo. En *Ecuador Racista. Imágenes e identidades*, Coord. Emma Cervone. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1972. *Emilio o de la educación*. México: Porrúa
- Saba, Roberto. 2010. (Des)igualdad estructural. En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ed. Danilo Caicedo y Angélica Porras. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Salman, Ton. 2009. We Want a Democracy for Us. Representation and Democracy: Current Debates in Bolivia. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 87.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2010. Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ed. Danilo Caicedo y Angélica Porras. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- . 2003. *Crítica de la razón indolente*. Bilbao: Ed. DESCLÉE DE BROUWER.
- Sen, Amartya. 1999. La democracia como valor universal. Discurso pronunciado en el Congreso por la Democracia celebrado en Nueva Delhi (febrero de 1999). *Journal of Democracy*, vol. 10, 3. (julio): 3-17.
- Stavenhagen, Rodolfo. 2002. Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales. En *Etnopolítica y Racismo: Conflictividad y Desafíos Interculturales en América Latina*, Ed. Vladimir Zambrano. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Steele Commoger, Henry. 1980. *El imperio de la razón: teoría y realidad del Iluminismo*. Buenos Aires: Editorial Fraternal.
- Tiscornia, Sofía. 2004. *Burocracias y violencia: Estudios de Antropología Jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia.
- Whitten, Norman. 1999. Los paradigmas mentales de la conquista y el nacionalismo: la formación de los conceptos de las razas y las transformaciones del racismo. En *Ecuador Racista: Imágenes e identidades*. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Yashar, Deborah. 2005. *Contesting Citizenship in Latin America*. Nueva York: Ed Cambridge University Press.
- Young, Iris Marion. 1990. *Polity and Group difference: a critique of the ideal of universal citizenship*. Londres.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2009. Dimensión política de un Poder Judicial democrático. En *La transformación de la justicia*, Ed. Santiago Andrade y Luis Ávila. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Zavala Baquerizo, Jorge. 1976. *El proceso penal ecuatoriano*. Guayaquil: Casa de la Cultura Ecuatoriana, núcleo del Guayas.

LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y LAS AUTORIDADES INDÍGENAS EN ECUADOR: UNA ECUACIÓN JURÍDICA DIFÍCIL

INDEPENDENCE OF JUDGES AND INDIGENOUS AUTHORITIES IN ECUADOR: A DIFFICULT LEGAL EQUATION

A INDEPENDENCIA DOS JUIZES E AS AUTORIDADES INDÍGENAS NO EQUADOR: UNA ECUAÇÃO JURÍDICA DIFÍCIL

Alonso Fonseca Garcés*
Universidad de Las Américas - Ecuador

Recibido: 14/10/2014
Aceptado: 01/12/2014

Resumen

El presente trabajo plantea una perspectiva de equivalencia jurídica entre el sistema ordinario de justicia y la jurisdicción indígena, desde la noción del estándar de independencia y autonomía de sus decisiones. Para contextualizar esta discusión en Ecuador, se revisa la normativa constitucional e infra-constitucional que da cuenta de la existencia de la justicia indígena y del valor de las decisiones de sus autoridades. Se analizan también algunas decisiones de la Corte Constitucional de Ecuador y de Colombia en torno a la necesidad de generar reglas para comprender la actuación de la jurisdicción indígena. Adicionalmente se muestran las tensiones y complejidades de la cooperación y coordinación de justicia ordinaria desde el punto de vista de la Ley de Coordinación de Justicia Ordinaria e Indígena en Bolivia y el Proyecto de Ley (coordinación) que circuló en Ecuador.

Palabras clave: independencia judicial; autonomía de autoridades indígenas; hegemonía jurídica; pluralismo jurídico; jurisdicción ordinaria; jurisdicción especial indígena; interpretación intercultural; gobernanza en derechos humanos.

Summary

The current work raises the perspective of juridical equivalence between the ordinary system of justice and the indigenous jurisdiction originated in its independence standard and the autonomy of its decisions. In order to clarify this discussion inside Ecuador, it is necessary to review both constitutional and under-constitutional regulations that accounts of the existence of indigenous justice and the importance of the decisions of its authorities. Some decisions of the Ecuadorian and Colombian Constitutional Courts are

also valued specially those related to the need of rule generation in order to understand how the indigenous jurisdiction acts. In addition, there can be seen the tensions and complexity of the ordinary justice cooperation and coordination from the perspective of the Law of Coordination of Ordinary and Indigenous Justice in Bolivia and the project of law that was analyzed in Ecuador.

Keywords: judicial independence; autonomy of indigenous authorities; legal hegemony; legal pluralism; ordinary courts; special indigenous jurisdiction; intercultural understanding; governance human rights.

Resumo

O presente trabalho plantea uma perspectiva de equivalência jurídica entre o sistema ordinário de justiça e a jurisdição indígena, desde a noção do parâmetro de independência e autonomia de suas decisões. Para contextualizar esta discussão no Equador, se revisa a normativa constitucional e infraconstitucional que reconhece a existência da justiça indígena e do valor das decisões de suas autoridades. Analisam-se também algumas decisões da Corte Constitucional do Equador e da Colômbia em torno à necessidade de gerar regras para compreender a atuação da jurisdição indígena. Adicionalmente se mostram as tensões e complexidades da cooperação e coordenação da justiça ordinária desde o ponto de vista da Lei de Coordenação da Justiça Ordinária e Indígena na Bolívia e o Projeto de Lei (coordenação) que circulou no Equador.

Palavras chaves: independência judicial; autonomia de autoridades indígenas; hegemonia jurídica; pluralismo jurídico; jurisdição ordinária; jurisdição especial indígena; interpretação intercultural; diligência de direitos humanos.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, Quito, Ecuador. Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Máster en Ciencias Sociales con mención en Antropología, FLACSO-Ecuador. Magister en Gobernabilidad y Gerencia Política, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster Universitario en Teoría Crítica de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide-España. Diploma del Programa de Estudios Avanzados de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law-American University. Postítulo en Transparencia, Accountability y Lucha contra la Corrupción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

NOTAS PREVIAS

El artículo 168.1 de la Constitución de la República del Ecuador refiere que los órganos de la Función Judicial del país gozarán de independencia interna y externa. La violación de este principio implica que se generen tres tipos de responsabilidades: administrativa, civil y penal. De igual modo, el artículo 8 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que las juezas y jueces del Ecuador solo estarán sometidos a la potestad jurisdiccional de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, y en ningún momento o bajo ninguna circunstancia, a presiones o influencias externas o internas, incluso de otros órganos de la Función Judicial.

De otro lado, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se refiere a las llamadas garantías judiciales como un derecho humano que establece que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal, el cual debe cumplir obligatoriamente con tres condiciones básicas: ser competente; cumplir con los parámetros básicos de independencia, y ser establecido con anterioridad a la ley.

En este ensayo, las características de *imparcialidad* y *competencia* serán excluidas del análisis, y se pondrá el énfasis en la característica de independencia de los tribunales de justicia. Sin embargo esta definición es problemática y no del todo compatible con la noción de independencia de las autoridades indígenas en conocimiento de un caso litigioso. Den-

tro de este contexto, la pregunta central que guiará este trabajo es: ¿Existe la posibilidad de asimilar jurídicamente el derecho a la independencia judicial, como una garantía constitucional y convencional de derechos humanos, al principio constitucional de independencia de las autoridades indígenas en el Ecuador?

Para intentar dar respuesta a esta interrogante, en primer lugar se proponen las nociones generales de independencia judicial sistematizadas jurisprudencialmente por los Tribunales Internacionales de Protección de Derechos Humanos y, en segundo lugar se revisa la cobertura constitucional de independencia jurídica y política de los autoridades indígenas en el Ecuador, en base al estándar jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador, el cual ha sido establecido por dos resoluciones de importancia en torno al estatus de independencia de las autoridades indígenas y la compleja relación con la justicia ordinaria. En un siguiente apartado se valoran brevemente varias sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, en las que se discute jurídicamente el respeto de la jurisdicción indígena y de sus autoridades frente a derechos fundamentales.

Finalmente, se plantea una visión comparada entre la Ley de Deslinde Jurisdiccional del Estado Plurinacional de Bolivia y, en lo aplicable, el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria del Ecuador, cuyo último borrador se presentó en la Asamblea Nacional el 27 de julio del 2011.

EL DERECHO A UN JUEZ INDEPENDIENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la inobjetable relación entre los principios de independencia judicial y separación de poderes, la cual es un vínculo jurídico-político fructífero en términos de la vigencia del Estado de Derecho y la democracia.

El relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, Leandro

Despouy, señaló que el principio de separación de poderes es realmente la base jurídica donde se asienta la independencia e imparcialidad del poder judicial, y que esta condición, a su vez, es interdependiente del poder democrático (Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados 1995, 11).

Dentro de la relación de separación de poderes, independencia judicial y desarrollo democrático, en la Resolución 23/6 relacionada con la independencia e imparcialidad del sistema judicial, jurados y asesores, el Consejo de Derechos Humanos determinó que la independencia e imparcialidad del poder judicial para jurados y para fiscales es requisito para la protección de los derechos humanos y la consolidación del Estado de Derecho, puesto que aseguran la imparcialidad de los juicios y el principio de no-discriminación en la administración de justicia (Consejo de Derechos Humanos 2013). Por lo tanto, mantener el sistema judicial como un sistema separado del gobierno es realmente importante para precautelar la independencia e imparcialidad de los magistrados.

Al mismo tiempo, el acceso a un tribunal preestablecido, independiente e imparcial, que pueda analizar y administrar justicia sin interferencia de otros órganos de gobierno, protege y desarrolla las normas del debido proceso.

El estándar de independencia judicial y separación de poderes tiene que ver también con los principios del Derecho Internacional. De este modo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a un tribunal independiente e imparcial es un derecho absoluto que no puede sufrir excepciones, noción asumida por el Comité en su desarrollo sobre el contenido del Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos 1987).

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la independencia y la imparcialidad están íntimamente relacionadas, de modo que a menudo se hace referencia a ambas nociones de manera unívoca, e incluso en determinadas circunstancias se puede requerir un análisis conjunto, como en el caso Oleksandr Volkov contra Ucrania, en donde este tribunal apreció que el carácter jurídico de la imparcialidad hace referencia al estado mental o actitudinal (pre-disposición) de un juez hacia un determinado caso y sus partes, y señaló a la independencia como una característica vital de los jueces y tribunales para impedir que en torno a sus decisiones exista algún tipo de subordinación por parte de otros poderes públicos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2013).

Pero quizás lo más importante en la perspectiva de derechos humanos, en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el estándar específico creado para un juez independiente, entendiéndose que el Estado garantizará que los órganos jurisdiccionales no se vean sometidos a potenciales restricciones en el ejercicio de sus legítimas funciones por parte de órganos que son ajenos al poder judicial, o incluso *ab-intra* del propio poder judicial por otros magistrados y autoridades que están a cargo de otras instancias (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2008).

Con las premisas jurídicas anteriores, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de diversos casos y del aporte de su jurisprudencia derivada, ponen su acento en la relación indisoluble de la independencia de poderes y la vitalidad democrática de una sociedad política caracterizada dentro del Estado. Sin embargo, no puede dejarse al margen de la discusión jurídica la composición histórica y sociológica de cada proceso estatal para definir su escala democrática, sus fórmulas de representación o de poder o, en definitiva, las maneras en las que expresa sus tensiones y resuelve sus conflictos, algo que, al menos para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parece definirse en el respeto de las condiciones políticas, institucionales y normativas de cada Estado en torno al denominado margen jurídico de apreciación que habilita a las autoridades nacionales como las mejores situadas para conocer y resolver las anomalías y asuntos judiciales sin necesidad de la intervención de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. En torno a este asunto, la discusión jurídica democrática y constitucional apenas empieza (García Roca 2005, 35).

Ahora bien, volviendo al asunto inicialmente propuesto en torno a la importancia central de la independencia judicial en el Ecuador, la tendencia del estándar interamericano y de la recepción de estos parámetros en la legislación nacional apunta a que la independencia de jueces se debe apreciar en reglas claras para la estabilidad y los criterios de nombramiento de magistrados, tal y como ahora ocurre dentro del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). No obstante, respecto al nombramiento de

autoridades indígenas, esta norma orgánica no precisa todavía con claridad ninguna referencia a la inamovilidad o la estabilidad de las autoridades indígenas, aspectos que en conjunto deben implicar una respuesta concreta del Estado ecuatoriano con relación al principio de igualdad y no discriminación que, al fin y al cabo, articula tanto al sistema ordinario como al sistema de justicia indígena del Ecuador, sin dejar de valorar, por supuesto, nociones jurídicas como la interculturalidad y la plurinacionalidad dentro de la noción de Estado (Walsh 2010, 19; Santos 2009, 11).

Para finalizar esta sección, es necesario definir que los niveles de organización indígena y de nombramiento de autoridades en el Ecuador, más allá del reconocimiento normativo e institucional de los organismos internacionales de protección de derechos humanos, tiene una sólida conformación histórica que se traza desde la época colonial y avanza para-

lamente a la construcción del Estado Nación, por lo que el reconocimiento del estatus jurídico de sus autoridades es solamente una legitimación adicional de su poder dentro de las comunidades y pueblos. Esta apreciación histórica y sociológica es necesaria siempre que la agenda de la dirigencia indígena ha logrado incorporar con coherencia ideológica sus proyectos políticos y jurídicos de interculturalidad y plurinacionalidad. En vínculo con lo anterior, las nociones de independencia de poderes y de autonomía de ejercicio de las autoridades indígenas se procesa en la lógica de la organización de los pueblos y nacionalidades indígenas de Ecuador con un carácter estratégico de resistencia y negociación con el Estado, lo que supone consecuentemente no sólo una perspectiva política y jurídica de reivindicación y reconocimiento de derechos, sino y sobre todo, una agenda de participación democrática radical (Ibarra 1999, 72; Albó 2008, 13).

LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL A LAS AUTORIDADES INDÍGENAS EN ECUADOR

La primera y más importante referencia constitucional al respeto por el nombramiento y ejercicio de la autoridad indígena se encuentra en el artículo 57.1, que apunta a que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

Dicho artículo intenta definir la existencia de autoridades dentro de un dominio cultural, sobre todo cuando se refiere a asuntos como la identidad, el sentido de pertenencia y las formas de tradición ancestral. Sin embargo, el criterio constitucional de respeto y reconocimiento a las autoridades indígenas se presenta en relación a la garantía de reconocimiento de las formas de organización social definidas al final del mismo artículo. Desde luego, las características históricas y políticas de las autoridades indígenas no son abordadas, pero son de importancia estratégica para apreciar la legitimidad de su origen (Yrigoyen 2006, 537).

La segunda referencia sobre el reconocimiento jurídico no implícito se encuentra en el artículo

57.7 de la Constitución de la República, que describe la institución de la consulta previa. Dentro de esta institución jurídica no se menciona de manera puntual que este mecanismo de participación deba realizarse entre las autoridades estatales y autoridades indígenas, pero se deduce este carácter (de autoridad indígena local) en virtud del derecho concedido constitucionalmente en el artículo 57.1, pues al leer integralmente la Constitución no es posible llevar un proceso público (previo, libre e informado) con un pueblo indígena sin la intervención de su dirigencia (Aguirre 2012, 114; García 2012, 502).

Por otra parte, en clave integral y sistemática de la Constitución dentro de este mismo artículo 57.7 reconoce que basado en derecho a consulta previa es normal que los canales de expresión, sobre los efectos de potenciales daños a las esferas culturales o ambientales de los pueblos indígenas, se manifiesten a través de sus autoridades, lo que supone también que cualquier acuerdo o negociación que se intente hacer entre el Estado y los pueblos indígenas implica la mediación legítima de sus autoridades políticas y culturales que a la vez toman decisiones jurídicas,

sobre todo porque la propia Corte IDH y la Relatoría Especial de Pueblos Indígenas de la ONU reconocen en todos estos procesos la intervención de autoridades dentro de los términos culturalmente adecuados, lo que supone la participación vital de la dirigencia y autoridad indígena (Bonilla 2008, 55; Sánchez 2001, 19).

Si existiera duda sobre el dominio y la competencia jurídica de las autoridades indígenas, el artículo 57.10 es mucho más específico cuando establece que los pueblos y nacionalidades indígenas tienen el derecho a la creación, desarrollo, aplicación y práctica de un derecho propio con dos excepciones: no vulnerar derechos constitucionales y no afectar los derechos, en particular la vida y la integridad personal de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; derechos que parecerían estar de más teniendo en cuenta desde los principios de igualdad y no discriminación entre los dos sistemas de justicia (ordinario e indígena) (Baltazar 2009, 451).

Sin embargo, a pesar de lo anterior, el derecho y la garantía de independencia de las autoridades de las nacionalidades y pueblos indígenas no se limita a una obligación estatal de abstención (negativa) para respetar la existencia de autoridades o dirigentes indígenas, sino que según el numeral 15, el Estado tiene también la obligación positiva (de hacer) de promover todas las formas de expresión y organización indígena, con lo cual se consolida la necesidad pública de la construcción (si no hubiera) de un sistema de autoridades indígenas por parte del Estado, y en el caso de existir una determinada estructura de autoridades indígenas que probablemente es la regla en casi todos los pueblos y nacionalidades indígenas, el Estado deberá sostener con diferentes recursos (materiales, institucionales, económicos, culturales, políticos, jurídicos y simbólicos) a los sistemas de autoridades indígenas dentro del respeto del pluralismo jurídico como una práctica de política pública.

Más allá de la perspectiva normativa, la Corte Constitucional del Ecuador en el Caso No. 0027-09-AN reconoció que toda institución pública tiene el deber de enfatizar en todos los casos que se ponen a su conocimiento, la diversidad étnica y cultural para permitir el desarrollo de los derechos de los pueblos

y nacionalidades indígenas (Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición 2009).

Aunque la Corte Constitucional retoma el análisis de la independencia de las autoridades indígenas en clave cultural, señalando una obligación correlativa a las instituciones públicas y privadas para producir políticas con énfasis cultural, no duda en el otorgamiento de independencia de las autoridades para la construcción y desarrollo de una adecuada y verdadera administración de justicia, rescatando junto al párrafo anterior los principios interculturales de justicia como continuidad histórica, diversidad cultural, interculturalidad e interpretación intercultural (García 2009, 108).

Sin embargo, quizás el mayor aporte de la Corte Constitucional está relacionado con la apropiación jurídica de las reglas de interpretación diseñadas y desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia para distinguir el espacio de la justicia ordinaria y sus operadores nacionales, y la justicia indígena con sus autoridades. Entre estas reglas cabe mencionar las siguientes:

- a) Mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía.
- b) Las normas legales imperativas no deben ser invocadas por el solo hecho de existir como norma.
- c) Los usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas, todas ellas integradas dentro de un marco perceptivo y de interpretación constitucional: el buen vivir.

De manera reciente, la Corte Constitucional del Ecuador se pronunció en torno a dos asuntos de naturaleza jurídica constitucional y penal. En cuanto al primer ámbito jurídico en la Sentencia No.113-14-SEP-CC Caso No.0731-10-EP de 30 de julio del 2014, expediente jurídico conocido “La Cocha”, el tribunal de justicia constitucional ecuatoriano resolvió que tanto las autoridades indígenas como las de carácter ordinario administrativas y jurisdiccionales deberán observar de manera obligatoria tres reglas:

- a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar asuntos que se relacionen con el derecho a la vida serán siempre conocidos de manera exclusiva y excluyente por el Sistema Penal Ordinario, aun en casos en los que los involucrados pertenezcan a una comunidad indígena y los hechos se hayan producido en territorio ocupado por pueblos indígenas. Dentro de esta misma regla, se hizo constar que la administración de justicia conserva su jurisdicción para otros casos que afecten sus valores comunitarios.
- b) En cuanto al procedimiento y resolución de casos penales, las autoridades de la justicia penal ordinaria deberán aplicar las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, si el caso material de investigación involucra a indígenas.
- c) Que los medios de comunicación públicos, privados o comunitarios deberán obtener autorización de las autoridades indígenas para cubrir casos de justicia indígena. De forma similar lo harán los funcionarios públicos judiciales que deberán otorgarle valor a los aspectos propios de la cosmovisión indígena (Corte Constitucional del Ecuador 2014, 35).

La otra pieza jurisprudencial de referencia obligatoria en materia de justicia indígena y justicia ordinaria tiene carácter penal y es la Sentencia No.004-14-SNC-CC de 6 agosto del 2014. Dentro de este ejercicio jurisprudencial, la Corte Constitucional al valorar la investigación penal a los miembros del Pueblo Indígena Waorani de la Amazonía del Ecuador consideró que en el caso concreto no se puede brindar un trato idéntico a los indígenas Waorani con respecto a la población (calificada de hegemónica) puesto que la realidad histórica indígena y la cosmovisión es diferente, por lo tanto, no se debe aplicar el principio de igualdad ante la ley sin modular las diferencias étnicas y culturales de la Nacionalidad Indígena Waorani.

A partir de esta apreciación, un tipo penal sólo puede ser aplicado a la realidad indígena de esta na-

cionalidad amazónica con un procedimiento de interpretación intercultural basado en tres criterios:

- a) El juez a cargo de la causa deberá, de manera previa a la aplicación de la norma, dictar medidas urgentes como peritajes sociológicos o antropológicos con el objetivo de asegurar que el proceso penal se sustancie desde una interpretación intercultural.
- b) Debe atenderse al criterio de celeridad para la tramitación del juicio penal.
- c) Las normas penales que se consideren aplicables al caso deberán observar tanto los principios constitucionales como la interpretación jurídica en perspectiva intercultural (Corte Constitucional del Ecuador 2014, 33).

Cabe indicar que el debate jurídico de estas decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador apenas se encuentra abierto, y por lo tanto este trabajo solamente plantea una aproximación de contexto a su contenido y efectos jurídicos.

De todas formas, estas reglas nos permiten evidenciar un esfuerzo jurídico puntual desde el paradigma occidental de la justicia ordinaria, que se traduce en la necesidad de valorar la independencia y eficacia de las decisiones de las autoridades indígenas frente a la hegemonía de la justicia ordinaria.

Adicionalmente, la definición no exhaustiva de estas reglas, muestra la posibilidad de interpretar su aplicación y alcance dentro del marco perceptivo constitucional andino, vale decir desde la noción del *Sumak kawsay*, asunto que abre una serie de posibilidades de ponderación, proporcionalidad, cooperación, subsidiariedad y coexistencia de normas dentro del parámetro de pluralismo jurídico que se aborda en el marco del constitucionalismo garantista, donde las fuentes jurídicas son múltiples y no tienen necesariamente la noción jerárquica normativa que fue intensamente desarrollada por el positivismo criollo ecuatoriano que, por fortuna, no es ahora en el Ecuador la única visión del Derecho (Ávila 2013, 36).

LA VISIÓN JURÍDICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

En el apartado anterior se examinó la existencia de un referente constitucional ecuatoriano que valora la importancia central del reconocimiento y respeto de las decisiones de autoridades indígenas en torno a decisiones que afectan a la comunidad y la cultura. Dentro de este caso se mencionaba que la sentencia constitucional se había nutrido de la experiencia jurídica de la Corte Constitucional de Colombia respecto al uso de reglas para guardar equilibrio jurídico y proporcionalidad entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena.

Sin perjuicio de lo anotado, es necesario suministrar como dato general de contexto que la reivindicación y lucha por los derechos de los pueblos indígenas de Colombia responde principalmente a una reacción histórica de las comunidades y dirigentes a los procesos de opresión del Estado Nación y de la organización política territorial.

Los conflictos, los intereses partidistas, gremiales, regionales, económicos, estratégicos y étnicos hacen que se viva en cada porción de Colombia una suerte de fuego cruzado (Olsen 2008, 9). A pesar de ello, la Constitución de la República de Colombia de 1991 marca un hito significativo para la inclusión de normativa de protección constitucional a los pueblos y comunidades indígenas, a través de la organización sociopolítica-territorial y cultural (resguardos), pero principalmente por las disposiciones institucionales y de política pública que se originan en la Corte Constitucional. Precisamente por estas y otras razones, es conveniente apreciar de manera sintética algunas referencias jurisprudenciales de Colombia sobre el estatus jurídico de las autoridades indígenas y su nivel de incidencia jurisdiccional (Grueso 2013, 121).

En este orden de cosas, es oportuno citar el contenido y los efectos de la Sentencia T-601-11, en la que se analiza la protección constitucional de los derechos de la comunidad indígena Embera Chambi de San Lorenzo, en pleno proceso de reconstrucción étnica y cultural. Dentro de este caso, la Corte Constitucional de Colombia resolvió proteger los derechos de autodeterminación, supervivencia, identidad, in-

tegridad y derecho a la consulta previa de esta comunidad indígena. Para cumplir este objetivo, examinó la limitación que tienen las autoridades competentes nacionales para autorizar la constitución de juntas de acción comunal dentro de los territorios de los resguardos indígenas, resultando admisible esa posibilidad si se garantiza el cumplimiento estricto de la consulta previa (Corte Constitucional de Colombia 2011).

Con relación a lo anterior, es necesario subrayar que el Tribunal se basó en el contenido constitucional colombiano que reconoce que los territorios indígenas son entidades territoriales en los cuales existe amplio goce de autonomía en la gestión de sus intereses, con apego a la Constitución y a la ley, concediéndole la titularidad de derechos como el de gobernarse por autoridades propias, ejercer competencias las que les correspondan, administrar recursos y establecer tributos y participar de las rentas nacionales, entre otros derechos (Corte Constitucional de Colombia 2011).

La segunda sentencia significativa para nuestro análisis, es la signada con el número T-001/12, donde la Corte Constitucional de Colombia se aproximó al derecho a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas al referirse a las limitaciones de la jurisdicción indígena y los criterios para determinación de su fuero, en torno a la protección del interés superior de un niño indígena que se encontraba originalmente tutelado por las normas y autoridades indígenas. Para configurar su fallo, la Corte utilizó cuatro criterios. En primer lugar el *criterio objetivo*, que se refería a que en principio cualquier controversia que se suscite en el territorio de una comunidad indígena debe ser resuelta por sus autoridades; un segundo criterio es el de *carácter territorial*, que se refiere al decisión de las autoridades indígenas sobre el ámbito espacial o geográfico; el tercer criterio es el *factor personal* de pertenencia a una comunidad; y finalmente el *factor institucional*, que se define como un parámetro en el que las costumbres indígenas deben tener un cierto grado de predictibilidad de carácter genérico (Corte Constitucional de Colombia 2011).

La tercera sentencia que merece ser descrita dentro de este análisis es la singularizada como T-129/11, que aunque se refiere a la consulta previa de comunidades y grupos étnicos indígenas por la construcción de una carretera a cargo del Estado colombiano en el resguardo indígena Chidima-Tolo y Pescadito, perteneciente a la etnia Embera-Katio, la Corte Constitucional de Colombia confirmó los derechos de protección del Estado sobre su territorio y el peligro de desplazamiento por efectos de la construcción de obras junto a ministerios del Estado y autoridades indígenas, un Plan de Salvaguarda Étnica que pusiera fin a las amenazas y riesgos que por efectos de construcción de esta macro-obra, estaban expuestos los miembros de las comunidades indígenas afectadas (Corte Constitucional de Colombia 2011).

Una cuarta sentencia que tiene mérito mencionar es la T-523/12, que se relaciona con la definición de límites del ejercicio de autoridad indígena por cuanto miembros de las comunidades indígenas del pueblo Embera Chamí de la comunidad de la Cristianía, interpusieron acción de tutela contra las decisiones de la autoridad indígena, principalmente contra el Gobernador de la comunidad indígena de la Cristianía. En el contenido de esta resolución, además de definirse una situación de enjuiciamiento a varias autoridades indígenas, la Corte Constitucional de Colombia retoma los criterios de definición de jurisdicción de las autoridades ancestrales indígenas de la sentencia número T-001/12, pero en adición precisa que los factores de competencia deben ser aplicados de forma concurrente en cada caso y que los cuatro criterios consolidados por el tribunal deben ser aplicados de forma interrelacionada, pues de otro modo las decisiones de la justicia ordinaria pueden atentar contra la autonomía de las autoridades indígenas

(Corte Constitucional de Colombia 2012). La última sentencia seleccionada dentro de la discusión jurídica propuesta es la C-463/14, en la que la Corte Constitucional de Colombia desarrolló la dimensión de la jurisdicción especial indígena vinculada con el papel de las víctimas en el proceso penal y la situación del debido proceso del acusado.

Dentro de este fallo se examina que la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad pero no deben ser entendidas dentro de un mismo sentido. En este orden de ideas, el fuero es por una parte un derecho subjetivo, pero otro nivel es también una garantía institucional para las comunidades indígenas porque permite proteger la diversidad cultural y el ejercicio de la autonomía jurisdiccional (Corte Constitucional de Colombia 2014).

A manera de conclusión sobre la valoración jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, es preciso referir que tanto los criterios para examinar la jurisdicción indígena basados en aspectos objetivos, territoriales, personales e institucionales determina la preocupación del tribunal por lograr no solo respeto y reconocimiento del papel jurídico de las autoridades indígenas en los conflictos internos de las comunidades, sino también sitúa con claridad la visión subsidiaria y complementaria de la justicia ordinaria en determinados aspectos, apreciando el estatus de autonomía de la jurisdicción especial indígena en términos de precedentes internos para ese pueblo indígena en particular, pero también como una referencia general para otras comunidades o pueblos indígenas, asunto que recientemente fue retomado para discutir la existencia de un fuero indígena.

LA INDEPENDENCIA DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS DESDE LA LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA DE ECUADOR

La Ley de Deslinde Jurisdiccional de la República de Bolivia (Ley 073) tiene por objeto la regulación de la jurisdicción indígena originaria campesina y otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente. A

diferencia, la discusión jurídica en el Ecuador se circunscribe en una relación dual: la justicia ordinaria y la justicia indígena, con lo cual queda restringido también el principio y la dimensión del pluralismo

jurídico que debe ser más amplio e integrar otras formas jurisdiccionales que están fuera del paradigma neocolonial dominante de la justicia estatal ordinaria (Santos 2009).

En todo caso, el artículo 2 (Marco Constitucional) de la Ley de Deslinde de Bolivia recoge el antecedente de contexto de la ley y también de la existencia del sistema jurídico plurinacional, refiriendo en el 2. I la condición de libre determinación de los pueblos indígenas en el marco de la unidad del Estado de Bolivia.

Ciertamente, la noción de libre determinación consiste en el reconocimiento de la diversidad en la unidad, autonomía, autogobierno, derecho a la cultura, reconocimiento de las instituciones principalmente jurídicas y principalmente la existencia de mecanismos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones dentro de la noción de pluralismo jurídico (Ariza 2008, 274).

Por lado, es importante subrayar que los instrumentos internacionales de derechos humanos que contienen las instituciones normativas de respeto al autogobierno y autodeterminación de los pueblos indígenas en Bolivia tuvieron una recepción constitucional distinta a la de Ecuador, en tanto el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fueron elevadas a rango de ley, de modo que estos instrumentos internacionales de derechos humanos junto con la Constitución de la República de Bolivia se convirtieron en los fundamentos que conciben a esta norma de convivencia jurídica jurisdiccional garantizando en principio adecuación normativa, aunque probablemente en la práctica se esté diluyendo la eficacia particular de la norma y su aplicación (Sánchez 2000, 85).

Para el caso ecuatoriano, el antecedente constitucional se basa principalmente en el contenido del artículo 171 de la Constitución de Montecristi del 2008, que reconoce que las autoridades tanto de las comunidades como de los pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales en

fundamento de dos aspectos: las tradiciones ancestrales y el derecho propio.

Adicionalmente señala una característica jurídica-política al ejercicio jurisdiccional: la participación y decisión de las mujeres en el sistema de justicia (Llasag 2009, 180).

En el mismo artículo se consagra que el medio para el ejercicio jurisdiccional está determinado por los procedimientos propios para resolver conflictos, con lo cual parece cobrar fuerza el argumento de algunos juristas bolivianos en el sentido de que el legislador constituyente de algún modo valoró la existencia del sistema de justicia indígena como una estructura jurídica análoga a la justicia de paz y a los medios alternativos de solución de conflictos, situación que también es visible en el caso ecuatoriano (Bazurco Osorio y Exeni Rodríguez 2012, 103).

Ahora bien, la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia se refiere a la independencia de las autoridades indígenas dentro del marco jurisdiccional primero a través de la igualdad jerárquica (artículo 3), refiriéndose a la función judicial como un sistema único, y dentro de él a la jurisdicción indígena, a la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental, entre otras. La ley de Bolivia apunta a la noción de independencia judicial como uno de los principios que la rigen, particularmente señala que ninguna autoridad de otra jurisdicción podrá tener injerencia sobre una tercera. Desafortunadamente este principio se encuentra ligado también a otro principio de noción más amplia pero tendencialmente complejo, como es el principio de pluralismo jurídico con igualdad de jerarquía, que es ciertamente un principio con dos cualidades: por un lado protege y promueve el respeto y la garantía de los sistemas jurídicos (entiéndase el ordinario y el indígena principalmente), y por otro amplía su cobertura a la coexistencia y convivencia como características de contacto y relación entre los dos sistemas. Esta situación es precisamente problemática en el texto legal, pero también en la práctica jurídica, al producir tácitamente dos órdenes jurídicos con distinto tratamiento político (Chuquimia Escobar 2012, 194).

El proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los dos sistemas de justicia del Ecuador parece compartir el mismo dilema boliviano, en el sentido de que el artículo 4 recoge la institución de excepción para actuación de las autoridades indígenas dentro de un caso, a través de lo que se reconoció como mínimos jurídicos en la cooperación y coordinación entre los sistemas de justicia indígena y ordinaria.

Por otro lado, parece todavía prevalecer la condición de asimilación de justicia indígena a los métodos alternativos de solución de conflictos, como lo confirma el artículo 5.2 del proyecto, en relación a la definición de que la justicia intercultural se consagra como una justicia aplicada a derechos-conflictos colectivos.

CONCLUSIONES

Quizás sea la hora de mirar esta tensión como una oportunidad jurídica y política en el plano de la gobernanza de derechos humanos, noción que implica la participación activa y subsidiaria de actores públicos y privados; solo así se garantizará una definición concreta de pluralismo jurídico en el desarrollo de la calidad de la democracia en el Ecuador, asunto que cada vez se pospone detrás de la coyuntura y la emergencia del poder político (Fonseca 2012, 3).

El tratamiento jurídico a la independencia judicial planteado por los organismos internacionales de protección de derechos humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han consolidado un bloque jurisprudencial que valora la importancia de esta definición para el desarrollo del Estado Constitucional y la institucionalidad democrática en la región. La jurisprudencia citada, a través de una lectura sistemática e integral, abre la puerta a la equiparación jurídica de independencia judicial e independencia de autoridades indígenas en la toma de decisiones de justicia para los pueblos indígenas y nacionalidades.

La jurisprudencia constitucional en el Ecuador reconoció y aceptó tácitamente las reglas de valoración jurídica que median entre la justicia ordinaria y las formas de justicia indígena de la Corte Constitucional de Colombia dentro de una sentencia del repertorio constitucional ecuatoriano. Esta situación jurídica permite apreciar la existencia de una fuente legítima para asumir la equiparación institucional de los sistemas de justicia. Al respecto se debe advertir que esta definición constitucional puede seguir

siendo útil dentro de asuntos que deban conocerse en el ámbito jurídico ecuatoriano, sobre todo en la perspectiva de la acción extraordinaria de protección relacionada con la tutela de derechos de la jurisdicción indígena.

El aporte de la Corte Constitucional de Colombia debe ser apreciado como un importante insumo de reglas y criterios para definir el ámbito de aplicación de la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria. Las recientes sentencias de este tribunal incluso están desarrollando la visión jurídica de fuero indígena para fortalecer la protección de derechos fundamentales de los pueblos y comunidades. El análisis de los principios de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o minimización de las restricciones de su autonomía, el principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos o el de mayor conservación de la identidad cultural, pueden proporcionarnos luces para comprender, en cada caso, las fronteras del ejercicio jurisdiccional indígena que fortalece la definición constitucional de pluralismo jurídico frente a la hegemonía del sistema ordinario de justicia.

Dentro del marco de valoración de los asuntos que son materia de decisión de las autoridades indígenas tanto en la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia como en el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria del Ecuador, parecen restringir el conocimiento de casos a las autoridades indígenas bajo el argumento de que sus decisiones podrían eventualmente afectar derechos constitucionales o menoscabar la integridad de mujeres, niños, niñas y adolescentes, por lo

cual solamente la utilización de esquemas de litigio estratégico tanto frente al sistema interamericano de protección de derechos humanos como a los mecanismos de protección convencionales y extra-convencionales de Naciones Unidas podrán permitir en el futuro generar no sólo la equiparación plena de los modelos de justicia sino también sus propios rangos de independencia, fundamentales para una equilibrada cooperación y coordinación.

Si en el Ecuador no somos capaces de otorgarle jerarquía e institucionalidad al poder de las autori-

dades indígenas que se derivan de la noción de su propia jurisdicción, reconocida constitucionalmente, la matriz positivista y legalista seguirá siendo el único modelo en la construcción concreta del Derecho. Este desafío de conceder vitalidad y eficacia a la justicia indígena es uno de los rasgos definitivos de cambio en la matriz epistemológica del Derecho, que como bien expresa Luigi Ferrajoli (2010, 424), debe atravesar no sólo una etapa reformista, sino revolucionaria. En esta operación de conocimiento y de sentido, el pluralismo jurídico es solamente la punta del ovillo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, Vanesa. 2012. La administración de justicia por parte de las autoridades de los pueblos indígenas en el pensamiento de Julio César Trujillo. En *El silencio frente a un atropello es imposible, estudios sobre el pensamiento jurídico de Julio César Trujillo*, Comp. Ramiro Ávila y Enrique Ayala Mora, 113-128. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Albó, Xavier. 2008. *Movimientos y Poder Indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*. La Paz: Cuadernos de Investigación CIPCA.
- Ariza, Rosembert. 2008. Teoría y Práctica en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia. En *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales: Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y Derecho Indígena*, Coord. Rudolf Huber y Juan Carlos Martínez, 261-287. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2013. *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar- Ediciones Legales EDLE SA.
- Baltazar, Rosa. 2009. La Justicia Indígena en el Ecuador. En *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 451-472. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bazurco Osorio, Martín y José Exeni Rodríguez. 2012. Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Ed. Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, 49-146. Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburgo.
- Bonilla, Marcelo. 2008. Pluralismo Jurídico en el Ecuador: Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena. En *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales: Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y Derecho Indígena*, Coord. Rudolf Huber y Juan Carlos Martínez, 55-68. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Chuquimia Escobar, Rene. 2012. Historia, colonia y derecho de los pueblos indígenas. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Ed. Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, 151-200. Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburgo.
- Ferrajoli, Luigi. 2010. Para una refundación epistemológica de la Teoría del Derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44: 417-434.
- Fonseca, Alonso. 2012. *De la Gobernanza en DDHH al Modelo Jesuita de Humanización y Globalización: Claves para entender la subsidiariedad activa*. Quito: Simposio Interdisciplinar PUCE. Disponible en <http://www.puce.edu.ec/sitios/investigacion/ponencias-simposio/>.
- García, Fernando. 2012. No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro: comunidades de Chimborazo y Chibuleo. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Ed. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, 501-549. Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburgo.
- 2009. Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en Ecuador. En *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*, Comp. Fernando García, 107-169. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- García Roca, Javier. 2005. El Preámbulo Contexto Hermenéutico del Convenio. En *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Coord. Javier García Roca y Pablo Santolaya, 13-21. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Grueso, Delfín. 2013. Constitución de 1991, identidades étnicas y política transformativa. *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, 29: 117-135.

- Ibarra, Hernán. 1999. Intelectuales indígenas, neoin-
digenismo e indianismo en el Ecuador. *Ecuador
Debate*, Ed. José Sánchez Parga y Alberto Acosta,
71-94. Quito: Centro Andino de Acción Popular.
- Llasag, Raúl. 2009. La Jurisdicción Indígena en el
Contexto de los Principios de Plurinacionalidad
e Interculturalidad. En *La Nueva Constitución del
Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Ed. San-
tiago Andrade; Agustín Grijalva y Claudia Stori-
ni, 179-209. Quito: Universidad Andina Simón
Bolívar-Corporación Editora Nacional.
- Sánchez, Esther. 2001. Los principios de la diversi-
dad étnica y cultural, y la autonomía de las comu-
nidades indígenas. En *Política de reconocimiento
a la diversidad étnica y cultural de la protección de
menores*, 19-31. Bogotá: Instituto Colombiano de
Bienestar Familiar.
- , 2000. Justicia Especial Indígena. *Jurisdic-
ción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría Ge-
neral de la Nación: 82-91.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2009. *Para descoloni-
zar el occidente: más allá del pensamiento abismal*.
México DF: CLACSO.
- Olsen, Vemund. 2008. *Marco legal para los derechos
de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Hu-
man Rights Everywhere.
- Walsh, Catherine. 2010. Interculturalidad, plurina-
cionalidad y razón decolonial: refundares políti-
co-epistémico en marcha. En *Conocimiento, ca-
pital y desarrollo: dialécticas contemporáneas*, Ed.
Sarita Albagli y María Lucía Maciel, 1-20. Buenos
Aires: Editora la Crujía.
- Yrigoyen, Raquel. 2006. Hitos del reconocimiento
del pluralismo jurídico y el derecho indígena en
las políticas indigenistas y el constitucionalismo
andino. En *Pueblos Indígenas y Derechos huma-
nos*, Coord. Mikel Berraondo, 537-567. Deusto:
Universidad de Deusto España.

Jurisprudencia

- Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Pri-
mera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Ve-
nezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones
y Costas. 5 de agosto del 2008.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-601/11, Magistrado Ponente, Jorge Iván Pala-
cio. 10 de agosto del 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-001/12, Magistrado Ponente, Juan Carlos He-
nao. 11 de enero de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-129/11, Magistrado Ponente, Jorge Iván Pala-
cio. 3 de marzo de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-523/12, Magistrada Ponente, María Victoria
Calle Correa. 6 de julio del 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-463/14, Magistrado Ponente, María Victoria
Calle. 9 de julio de 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador para el Período de
Transición. Sentencia No. 008-09-SAN-CC, Caso
No. 0027-09-AN, Jueza Constitucional Sustancia-
dora Dra. Nina Pacari. Diciembre 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.113-
14-SEP-CC Caso No.0731-10-EP. Julio 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.004-
14-SNC-CC. Agosto 2014
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TEDH,
Caso Oleksandr Volkof contra Ucrania, S9-01-
2013, Número 21722-11.

Otros documentos:

Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. 2009. *Borrador del Informe para Primer Debate del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria.*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2002. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Documento OEA, 22 de Octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/LL.116, Doc. 5, rev.1.

Organización de las Naciones Unidas. 1995. *Informe de Relatoría Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados* (febrero). Documento ONU, E/CN.4/1995/39.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. 1987. Comunicación No. 263/1987, Caso de Miguel González del Río contra Perú, ONU, Doc CCPR/C/46/D/263/1987, 5.2.

PLURALISMO JURÍDICO: ¿NUEVO PARADIGMA DE JURIDICIDAD?

LEGAL PLURALISM: A NEW PARADIGM OF LEGALITY?

PLURALISMO JURÍDICO: ¿NOVO PARADIGMA JURÍDICO?

*Elena Rojas Estévez**
Centro de Investigaciones Jurídicas - Cuba

Recibido: 11/10/2014

Aceptado: 01/12/2014

Resumen

El objetivo del presente ensayo es el tratamiento de algunas cuestiones que nos parecen centrales en el análisis sobre el pluralismo jurídico como modo de superación de la civilización occidental y su modernidad. Entre estas, las posiciones del Derecho positivo-occidental frente al Derecho indígena (como una de las formas de manifestación del pluralismo jurídico), así como su diversidad, consideradas en la literatura sobre el tema, con trascendencia a la comprensión de su esencia y conceptualización. Todo ello para concluir con la consideración del pluralismo jurídico como nuevo modelo epistemológico, en tanto articule intereses populares legítimos ante Estados de dominación y defienda o sostenga tendencias de emancipación, reivindicando proyectos de autonomía y liberación.

Palabras Clave: pluralismo jurídico; modelo de inclusión del contrario; modelo de multijuridismo; Constitución-custodio; Constitución-simiente.

Summary

The aim of this essay is to study some issues that seem to be central in the analysis of legal pluralism as a way of overcoming western civilization and modernity. Among these issues, we consider the positions of the western-positive law paralleled to the Indigenous law (known as one of the manifestations of legal pluralism) and we take into account its diversity, considered by the literature on the subject as relevant to the understanding of its essence and conceptualization. After all these reflections, we will conclude by considering the legal pluralism as a new epistemological model, if it articulates the legitimate popular interests among States and if it defends or holds emancipation trends or projects claiming autonomy and liberation.

Keywords: legal pluralism; inclusive model; Constitución-custodio; Constitución-simiente.

Resumo

O objetivo deste ensaio é o tratamento de algumas questões que parecem centrais para a análise do pluralismo jurídico como forma de superação da civilização ocidental e sua modernidade. Entre estas, as posições do Direito positivo-occidental frente ao Direito Indígena (como uma das formas de manifestação do pluralismo jurídico) assim como sua diversidade, consideradas na literatura sobre o tema, com transcendência para a compreensão de sua essência e conceituação. Tudo isso para concluir a consideração de pluralismo jurídico como um novo modelo epistemológico, enquanto articule interesses populares legítimos frente a Estados de dominação e defenda ou sustente tendências de emancipação, reivindicando projetos de autonomia e de libertação.

Palavras-chave: pluralismo Jurídico; modelo de “inclusão do contrário”; modelo multijurídico; Constituição-custodio; Constitución-simiente.

* Licenciada en Filosofía, Universidad Estatal de Moscú. Licenciada en Derecho, Universidad de La Habana. PhD (c) en Filosofía, Instituto de Filosofía de la Habana. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia de la República de Cuba. Profesora adjunta de la Universidad de la Habana.

En un sentido complejo pensamos en el pluralismo jurídico como algo más que “la coexistencia de múltiples campos jurídicos en un mismo espacio y tiempo, y en un mismo país”, elemento catalogado como abarcador entre los múltiples acercamientos a su conceptualización, lo que nos ha llevado en un gran número de ocasiones, tanto a reducir su presencia a lo multiétnico, como a extenderlo a otras experiencias llamadas no positivas, determinando, en este último caso, la pertinencia de otra denominación, más amplia, como es la categoría “pluralidad jurídica”.

Aquí lo esencial es mucho más profundo, en tanto expresa, según nuestra consideración, un proceso de emergencia (en términos de nueva cualidad) y avance de un nuevo paradigma, dentro del dominante modelo de legalidad positiva, de carácter participativo y concebido a partir de una nueva racionalidad y una nueva ética, por el reflujo político y jurídico de nuevos sujetos -los colectivos- la descentralización normativa del centro para la periferia; del Estado para la sociedad; de la ley para los acuerdos, los arreglos, la negociación. Es, por lo tanto, la dinámica interactiva y flexible de un espacio público abierto, compartido y democrático (Wolkmer 2006, 154).

De ahí el valor monumental de su consagración constitucional, y lo revelador del hecho de que su profundización ha estado asociada precisamente a la presencia, en el ámbito latinoamericano, de gobiernos con una probada vocación emancipatoria.

Desde Cuba el acercamiento al tema del pluralismo jurídico pudiera parecer alejado del contexto nacional, lo que pudiera guardar relación con la presencia de la temática indígena con que se asocia esta perspectiva (Ardilla 2002, 53-4). Sin embargo, constituye un elemento que puede tributar a una mayor visibilidad epistemológica de esta propuesta como parte de la búsqueda de caminos que trasciendan realmente el modelo liberal de Estado y Derecho y conduzcan a una concepción y práctica emancipatoria de los pueblos como sujetos colectivos, en una apuesta por valores comunitarios y participativos, en tanto ejes articuladores de sociedades más incluyentes como parte de un nuevo y necesario modelo de acumulación política (Valdés 2009, 61) y jurídica, en

que se imponga el ideal de la emancipación frente al de la regulación, en términos de Santos.

Por ello consideramos importante la atención a cosmovisiones y experiencias contrapuestas a los patrones tradicionales hegemónicos de dominación, que aporten visiones alternativas al patrón liberal y del cual nuestro Derecho, heredero de una tradición jurídica occidental monista, no ha logrado desprenderse. En este sentido, vale para el Derecho lo expuesto por Franz J. Hinkelammert cuando sustenta que:

Al inscribirse el socialismo soviético en la tradición de la civilización occidental y su modernidad, no pudo ver lo que era la crisis de capitalismo en su fondo. Por tanto, no pudo ser la alternativa al capitalismo, que pretendía ser, y reproducía en su interior, esta misma crisis del capitalismo, cuya solución había pretendido (...). El colapso de este socialismo soviético demuestra que no era la alternativa necesaria para responder a la crisis del capitalismo. La victoria del capitalismo, en cambio, muestra que la crisis del capitalismo es la crisis de la civilización occidental. Es una victoria de Pyrrhus, una victoria aparente, en el cual el victorioso resulta ser el derrotado. Superar la crisis del capitalismo nos lleva ahora a la necesidad de ir más allá de la civilización occidental y de su modernidad misma (en Valdés 2007, 91).

En el ámbito latinoamericano el pluralismo jurídico es contenido significativo de reflexión, con independencia de la hegemonía que representa el Derecho estatal y la doctrina dogmática positivista que lo reproduce. Pero es ardua la tarea cuando se trata de transformar el llamado “sentido común de los juristas”, configurado a través de disciplinas jurídicas codificadas y expresado en la veneración de la figura abstracta de un “legislador” positivístamente coronado, a una *ratio* de la ley descontextualizada, que impide la necesaria reflexión en torno al Derecho como parte integrante de lo social.

Esta preponderancia es potenciada con la marginalidad de asignaturas que como la Filosofía del Derecho, entre otras, pudieran ayudar a fomentar

en la etapa de formación del futuro jurista un pensamiento crítico en relación al Derecho (Fernández Bulté 2003, VII-XII),¹ condición indispensable para la superación de aquella doctrina positivista que impide ver más allá de la norma, y propiciar un desarrollo de una ciencia jurídica con capacidad reflexiva y orientadora de un orden jurídico superior. De ahí que traigamos a colación la idea expresada por Juan Luis Martín acerca de la importancia del desarrollo del pensamiento filosófico, extensible por supuesto a la Filosofía del Derecho en su vinculación con las disciplinas jurídicas particulares cuando aludía a que “las Ciencias Sociales tienen un trasfondo filosófico innegable y cuando la filosofía se congela, atrasa y congela, a las demás Ciencias Sociales” (Martín 1996, 137).

Si bien existe un pensamiento constituido en materia de pluralismo jurídico, con autores como Antonio Carlos Wolkmer, David Sánchez Rubio, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Oscar Correas, Boaventura de Sousa Santos, entre muchos otros, y esfuerzos colectivos como los de Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA-Bogotá), aun sigue siendo un reto la consolidación de una teoría del pluralismo jurídico como herramienta teórica capaz de expresar y sustentar una práctica pluralista del Derecho en sociedades incluyentes.

Esta precisión de ‘incluyentes’, en tanto únicamente en estas puede desplegarse el paradigma en todas sus posibilidades. Esta teoría implica la construcción de un cuerpo teórico nuevo (ya iniciado), que asuma lo jurídico-estatal como parte de una nueva concepción epistemológica superadora de las lógicas de dominación insertas en la civilización occidental capitalista y su modernidad, reproducidas desde el socialismo en su versión soviética y a lo que, en líneas precedentes, nos referíamos con el necesario modelo de acumulación jurídica, parte de otras ineludibles acumulaciones.

Ante la imposibilidad de un tratamiento amplio y abarcador, determinado por el contexto para el que está previsto el presente texto, que implica limitaciones de espacio, nos referiremos sólo a algunas cuestiones que nos parecen centrales en el análisis sobre el pluralismo jurídico. Entre éstas, a la posición del Derecho positivo-occidental frente al indígena (como una de las formas de manifestación del pluralismo jurídico), así como a la diversidad de expresiones de pluralismo jurídico, consideradas en la literatura sobre el tema, con trascendencia en la comprensión de su esencia y conceptualización.

En cuanto a la posición del Derecho positivo-occidental frente al Derecho indígena se manejan los llamados “modelo de inclusión del contrario” o etnocentrista, y “modelo de multijuridismo” o pluralismo legal “en serio”.

El “modelo de inclusión del contrario” o etnocentrista está caracterizado por el reconocimiento de la jurisdicción indígena, de sus procedimientos de resolución de conflictos y sistema punitivo, pero “bajo un régimen de control o supervigilancia de la jurisdicción ordinaria estatal sobre ésta”, para el aseguramiento del respeto a los derechos humanos y caracterizado por su revisión y consecuentemente de subordinación, en contradicción, por tanto, con el derecho a la identidad cultural de estos pueblos (Noguera 2008 a, 99).

El “modelo de multijuridismo” o pluralismo legal “en serio”, incluye el correspondiente derecho a la jurisdicción, la definición e interpretación de los derechos humanos, la ocupación de la esfera jurídica estatal, en manos no sólo de una única orientación cultural, así como una desmonopolización étnico-occidental del Derecho del Estado, que exige sustituir el modelo de subordinación de los derechos indígenas al Derecho estatal (pluralismo jurídico clásico) por un modelo denominado por Santos como

¹ Ejemplo de lo apuntado son las vicisitudes de la asignatura Filosofía del Derecho recogidas por Fernández Bulté en su Filosofía del Derecho, y que en apretadas líneas pueden resumirse en lo siguiente: se imparte durante el último año de la carrera de Derecho antes del triunfo de la Revolución, desapareciendo, con posterioridad a éste, de los planes de estudio de la entonces nombrada licenciatura en Ciencias Jurídicas, dando al traste con toda especulación jusfilosófica de manera que, incluso, “hablar de Filosofía del Derecho no sólo era inútil, sino que para algunos, peligroso” ¿Razones?, el autor las refiere también en su libro, así como las consideraciones sobre sus causas, análisis que excede el objetivo del presente escrito. Es sólo una nota al margen, que matiza la magnitud y apremio de la tarea de pensar otro Derecho, y donde la reflexión sobre el pluralismo jurídico deviene esencial. La desaparición aludida se prolonga durante años, así como el “silencio cauteloso” en torno a ella, salvo excepciones. El Plan de Estudios “C”, cuya consigna fue “enseñar Derecho y no legislación”, trajo como consecuencia inevitable su reincorporación, la que aun hoy continúa siendo más bien una historia de la misma: ¿Consideraciones sobre las razones?, vale la acotación precedente.

“legalidad porosa”, constitutivo de un sistema de *interlegalidad* consistente en la concepción de diferentes espacios legales (en igualdad de condiciones) superpuestos, inter-penetrados y mezclados tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones (Noguera 2008 a, 101).

Entre los que han teorizado sobre el referido modelo de “legalidad porosa” nombrado por Santos, están Sally Falk Moore como una de sus más importantes exponentes con el concepto de *Semi-Autonomous Social Field*, con el cual define “una unidad o grupo socio-cultural con capacidad de generar y mantener sus propias normas, costumbres y símbolos internos pero que a la vez es también vulnerable a las reglas y decisiones de otras unidades socio-culturales con las que convive”, disponiendo cada una de ellas de “capacidad normativa y de los instrumentos necesarios para inducir, o en su defecto forzar, obediencia, pero que, al mismo tiempo, al ubicarse dentro de una ancha red de grupos sociales, puede ser afectado o invadido por las normas de otras unidades” (Noguera 2008 a, 102).

En igual sintonía, Fitzpatrick lo llama un sistema de “pluralidad integral”, “centrado en la idea de que el derecho estatal está integralmente constituido por una pluralidad de órdenes normativos (semi) autónomos diferentes que se “inter-penetran”, “influyen” y “limitan” entre ellos constantemente, y cuya máxima expresión sería un Tribunal Constitucional Plurinacional e inter-cultural de composición mixta (justicia comunitaria-ordinaria)” (en Noguera 2008 a, 102-3).

Albert Noguera aboga por un nuevo paradigma de regulación que rompiendo con las reglas en las que el monismo jurídico define lo “pensable” jurídicamente en dicotomías contrapuestas, tales como, ser/deber ser, teoría/práctica, permita repensar, recrear, sistematizar y reconocer un nuevo Derecho sobre la base de incluir dentro del sistema de derecho, las experiencias cotidianas de las múltiples manifestaciones normativas no estatales, propias de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base (movimientos sociales, sindicatos, movimiento indígena y campesino, etc.) (Noguera, 2008 a, 40-41).

La jerarquía normativa -profundiza- propia del Estado de Derecho, “es progresivamente abandonada a favor de un “sistema pluri-legal” con múltiples ordenamientos normativos difusos que conviven entre ellos y donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía”. En su dimensión jurídica, el pluralismo es la existencia de diferentes áreas de autodeterminación normativa interna (al margen del Estado) de los sujetos colectivos, con lo cual hay una derogación de la idea de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley (Noguera 2008a, 49). En esta misma dirección, Wolkmer expresa que Contrariamente a la concepción unitaria, homogénea y centralizadora denominada “monismo”, la formulación teórica y doctrinaria del “pluralismo” designa la existencia de más de una realidad, de múltiples formas de acción práctica y de la diversidad de campos sociales con particularidad propia, o sea, incluye el conjunto de fenómenos autónomos y elementos heterogéneos que no se reducen entre sí (Wolkmer 2006, 155).

Desde otro ángulo, se precisa la necesidad de la visualización del pluralismo jurídico tanto como fenómeno de posibilidades y dimensiones de universalidad cultural, como modelo que incorpora condicionantes interrelacionadas (formal y material) adecuado a las especificidades y a las condiciones históricas de micro y macro sociedades políticas (Wolkmer 2006, 154).

Albert Noguera, por su parte, precisa que pluralismo no quiere decir que bajo el derecho de identidad cultural se permita todo y no se establezca ningunos *mínimos o límites fundamentales* a respetar. El Derecho Humano a la identidad cultural debe valorizar lo particular pero no debe negar la universalidad de determinados Derechos Humanos, pero se trata de límites establecidos no desde la imposición de la hegemonía o universal validez de un derecho occidental, sino a partir de la inter-penetración e influencia reciproca de los diversos órdenes normativos (Noguera 2008 a, 103). Y aún a costa de ser reiterativos, nos resulta imprescindible citar a Franz J. Hinkelammert al decir que la fragmentación/pluralización como proyecto implica, ella misma, una respuesta universal. La fragmentación no debe ser fragmentaria. Si lo es, es pura desbandada, es caos

y nada más. Además, caería en la misma paradoja del relativismo. Solo se transformará en criterio universal cuando para la propia fragmentación exista un criterio universal. La fragmentación no debe ser fragmentaria. Por eso ésta “fragmentación” es “pluralización” (Hinkelammert 1996, 238).

En este contexto que amenaza la unidad, coherencia y jerarquía del sistema de fuentes del Derecho, es propuesto el tránsito de la primacía de la ley por la de la Constitución, de un “Estado Constitucional”, como paradigma alternativo, al “Estado de Derecho” (Noguera 2008 a, 50). A la concepción del Estado como novísimo movimiento social, “... *forma de Estado concebido como espacio de participación democrática y coordinación de una pluralidad de sujetos colectivos (con lógicas de organización y autogestión propias y diferentes entre ellos) para la intervención y prestación de bienes públicos comunes, sobre todo en el ámbito social*” (Santos 2005, 55), un constitucionalismo en movimiento, determinado por el paso de la producción normativa o de Derecho, de los organismos técnico-formales, al “*sujeto colectivo participante*”; por el ejercicio de comprensión, interpretación y práctica jurídica, de monopolio de los operadores generales del Derecho a ser una práctica popular (Noguera 2008 a, 51).

Rasgos de este nuevo tipo de Constituciones serían el reconocimiento, en su parte dogmática, de “principios” o “criterios” normativos” en vez de “reglas” (jurídicas) y en su parte orgánica, el reconocimiento y empoderamiento, a los sujetos colectivos (pueblos indígenas, etc.) encargados de la puesta “en marcha” del “constitucionalismo en movimiento” citado, así como la redistribución entre ellos del poder estatal (Noguera 2008 a, 66).

Los *principios o criterios*, a diferencia de las *reglas*, permiten -a decir de Noguera- una dogmática constitucional que esté más abierta a la posibilidad de la pluralidad de sujetos colectivos de incidir (dentro de los límites constitucionales fijados) en su realidad de forma intencional y según su propia cultura. Implica no reducir estos sujetos colectivos plurales a objetos de una uniforme y mecánica política objetiva, a un guión monista y obligatorio, externo a sus valores y cultura, en el que no pueden improvisar sino sim-

plemente recitar su objeto, y por tanto, un reconocimiento de un área de libertad y autodeterminación interna para ellos, de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción) (Noguera 2008 a, 53).

Los elementos distintivos entre *reglas y principios se fundamenta*, por Albert Noguera, en la cualidad “todo o nada” de las reglas, frente al “peso” o importancia relativa de los principios, en tanto ofrecen pautas u orientaciones no concluyentes, que deben conjugarse con otras normas o principios, lo que dice del carácter cerrado de las reglas y abierto de los principios; la idea de que las reglas sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en una progresión cuantitativa desde lo menos a lo más apropiado u oportuno. El conflicto entre reglas es resuelto, entonces, mediante la declaración de invalidez de una de ellas, o bien concibiendo a una como excepción de la otra, mientras que entre principios supone el triunfo de uno de ellos, pero sólo para el caso concreto.

En correspondencia con lo expuesto estaríamos en presencia de dos tipos de constituciones: “Constitución-custodio” como “continente de un conjunto de reglas o normas jurídicas que tienen ya una propia completud y determinación, y que son *vigilados y controlados* por la Constitución” y la “Constitución-simiente” constituida por principios o criterios constitucionales aún incompletos, requerida de reglas generales para problemáticas específicas y reglas particulares de aplicación a los casos concretos dentro de dichas problemáticas (Viola 2006, 3-5).

Al mismo tiempo es considerado el debilitamiento que supondría al proceso de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico, en el sentido de la capacidad de la Constitución de condicionar y cerrar las reglas en dos campos fundamentales: en materia de políticas sociales universales y fijación de límites al proceso de regionalización y autonomía de la oligarquía nacional interesada en sus propios privilegios de clase. La conclusión es una solución de un tipo de Constitución intermedia, entre las llamadas

Constituciones “custodio” y “simientes”, basada en principios y criterios pero con elementos a considerar, tales como rigidez, garantía jurisdiccional, aplicación directa e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que garanticen derechos e intereses de la mayoría.

Es cardinal la idea implícita en la afirmación de que “... las nuevas Constituciones en los Estados plurinacionales latinoamericanos como Bolivia deben dejar espacio a la “política constitucional”, para no ahogar “por saturación jurídica” el proceso democrático. Es importante esta idea como expresión de una concepción sobre la libertad, filosóficamente hablando, categoría tan enarbolada como bandera como carente de profundización desde posiciones emancipadoras, “Ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoya, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir” (Noguera 2008a, 55-62). Cuando nos adentramos en los textos constitucionales observamos que en el tratamiento constitucional de estos modelos, la tendencia general es al establecimiento de determinadas limitaciones, con relación a las cuales se presentan apreciaciones diferentes.

La Constitución de México reconoce a los sistemas jurídicos indígenas, disponiendo

“Aplicar sus sistemas normativos (de los pueblos indígenas) en la regulación y solución de conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando la garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 2, a, fracción 2ª).

Este modelo de pluralismo refrendado es evaluado como limitado por Orlando Aragón Andrade, al otorgar a los Derechos indígenas el carácter de subsistemas jurídicos con aplicabilidad solo en la medida que no contradiga al Derecho estatal, limitantes que

si no se tienen en cuenta pudieran dar la impresión de que verdaderamente existe un pluralismo jurídico en México (Aragón Andrade 2007, 20). Y a pesar de que esta inclusión es considerada como un paso importante, agrega dicho autor, “no pasa de ser otra simple declaración, letra muerta en la realidad, que en el mejor de los casos condena a los sistemas indios a la tribalización y a la resolución de asuntos menores”, bajo la óptica de lo que Magdalena Torres ha denominado “folklorismo jurídico”. Las limitaciones del texto constitucional con ideas como la “sujeción”, la “armonización” y la “validación” de los derechos indios reflejan la pobre calidad de la supuesta pluriculturalidad reconocida en nuestra Constitución” (Aragón Andrade 2007, 25). De ahí que una toma de partido por un pluralismo jurídico real representaría tomar en serio, y no solo en el discurso, las demandas de los indígenas, el pluralismo cultural y jurídico en México implica aceptar y afrontar las consecuencias que se derivan de ellos. Un verdadero reconocimiento de los derechos indígenas haría necesaria más que su validación y sujeción al poder estatal, la construcción de medios de coordinación entre ambos, en condiciones de igualdad y no de subordinación (Aragón Andrade 2007, 26).

El texto constitucional ecuatoriano se pronuncia por la aplicación, por parte de las autoridades, de normas y procedimientos propios para la solución de los conflictos internos “que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”. Si bien el Estado garantiza el respeto de las decisiones de la jurisdicción indígena por las instituciones y autoridades públicas, las someten al control de constitucionalidad (Constitución de la República del Ecuador, Art. 171). En este mismo sentido, la redacción del contenido de uno de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, consistente en crear, desarrollar, aplicar y practicar el derecho propio o consuetudinario, precisa que “no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (Constitución de la República del Ecuador, Art. 57, numeral 10).

La Constitución de Venezuela autoriza a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus

tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público (Constitución de la República Bolivariana Venezuela, Art. 260).

Resulta ilustrativa en el tratamiento del tema la Sentencia T-349 de la Corte Constitucional de Colombia, mediante la cual se manifestó que “no todas las normas constitucionales y legales pueden constituir un límite a las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas”, de lo contrario, “el reconocimiento de la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”, determinándose sobre la base del principio de la “maximización de las comunidades indígenas” y de “minimización de las restricciones” que las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales se encuentran sometidas a unos ‘mínimos aceptables’, enmarcados en el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y a la tortura, el derecho del sujeto a un ‘debido’ proceso adecuado a su cultura, según las normas y procedimientos pre-existentes en la misma, la que fue provocada por la redacción del artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991, que estableció que se podría ejercer la jurisdicción indígena en los territorios indígenas, pero siempre y cuando se respetara la Constitución y la Ley, postura fundamentada con base en la existencia sobre estos derechos de un ‘consenso intercultural’, y, por otro, son derechos que de conformidad con los tratados de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario son parte del ‘núcleo de derechos intangibles’ (Noguera 2008, 159-60).

Es notable la diferencia en el modo, consideramos cuidadoso, en que se redacta en la Constitución de Bolivia los límites a la jurisdicción indígena, cuando dice que ésta respeta, en afirmativo, el derecho a la vida, a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la Constitución. No obstante, Albert Noguera es de la opinión que si bien el sometimiento de la jurisdicción indígena a todos los preceptos constitucionales puede convertir el reconocimiento del pluralismo jurídico en algo puramente formal, es adecuado fijar como límite de la jurisdicción indígena el respeto de los derechos fundamentales, pero interpretados interculturalmente, que significa descartar un régimen de control o supervigilancia de la juris-

dicción ordinaria sobre la indígena para asegurarse que respete los derechos fundamentales, y asegurar una interpretación del respecto de estos derechos basada en el principio de reciprocidad, que implica el no pretender que los otros ciudadanos acepten un argumento que está ligado a un modo de vida que no todos comparten (Noguera 2008, 160). En un primer momento de la discusión constitucional, aun a nivel de proyecto constitucional aparecía como limitación el respeto a los derechos fundamentales, pero interpretados interculturalmente, cuestión que, sin embargo, no trascendió a la Constitución adoptada finalmente en Bolivia y que Noguera defiende.

Finalmente queremos concluir haciendo mención a la pregunta de hasta qué punto el concepto de pluralismo jurídico puede ser utilizado para designar la diversidad de dinámicas con las que se le identifica, tales como, los sistemas jurídicos propios de las comunidades tradicionales especialmente de los pueblos indígenas; la emergencia de estructuras autónomas de regulación que se presentan en comunidades marginalizadas por dinámicas desequilibradas de desarrollo capitalista o de exclusión política o cultural; un orden jurídico que se impulsa y articula desde el bloque de poder dominante y se manifiesta principalmente a través de actos administrativos; fenómenos de crisis y violencia; y formas normativas extraestatales desarrolladas en el campo jurídico por las prácticas emancipatorias de los nuevos movimientos sociales, tales como los movimientos de perspectiva étnica o de género, de carácter regional o ambiental (Ardilla 2002, 53-5).

Desde la propia pregunta tiene lugar un enfoque que pone en el centro de atención la diferencia, sobre la totalidad, las partes por el todo, lo cual ha tenido, en sentido general, trascendencia a la hora de su conceptualización.

Cabría preguntarse, además, si todas estas ‘prácticas’ podrían estrictamente ser parte de una definición de pluralismo jurídico, incluso desde cualquier óptica en que se le enfoque o promueva. Una de ellas, entre otras, por ejemplo, alude a un orden jurídico impulsado y articulado desde el bloque de poder dominante, y que se manifiesta principalmente a través de actos administrativos; de otro Derecho, todavía

estatal, pero que no aparece en la letra de ley, que se presenta como forma de ejercicio del poder ilegítimo con normas escondidas; como otro Derecho no explícito, con normas que no aparecen a pesar de estar ahí, Derecho que sin embargo es el más eficaz para oprimir (Wolkmer 2003 104-106).

Aunque es un tema que requiere mucho detenimiento en tanto apunta al fondo del asunto tratado, opinamos, más bien como hipótesis de investigación, que reducir el fenómeno a sus formas impide la conceptualización de lo que consideramos como un nuevo modelo epistemológico que en el campo del Derecho significaría la superación del modelo

positivista de legalidad formal. Ello conllevaría a su reconceptualización como un sistema cultural en el cual diferentes 'posiciones discursivas' interactúan en un proceso constructivo (García y Rodríguez en Wolmer 2003, 257), y a asumir la pluralidad de lo social, dígame complejidad, a partir de una perspectiva emancipadora y de una concepción de la diversidad no asumida "desde el narcisismo de las diferencias", en tanto recurso ideológico y cultural de dominación y, por ello, obstáculo a cualquier reconstrucción que pretenda levantar sobre tales diferencias identidades sociales colectivas capaces de trascender el orden enajenante que las discrimina a todas por igual (Valdés 2007).

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Andrade, Orlando. 2007. Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa de pluralismo jurídico. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 118 (enero-abril): 9-26.
- Ardilla Amaya, Edgar. 2002. Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. *El Otro Derecho*, 26-27 (abril): 49-61.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio. 2006. *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez/ Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Fernández Bulté, Julio. 2003. *Filosofía del Derecho*, T.II. La Habana: Editorial Félix Varela.
- García Villegas, Mauricio y César A. Rodríguez. 2002. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. En *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá) Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales y Alternativos, ILSA.
- Noguera Fernández, Albert. 2008 a. *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*. Disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/26603.pdf. (Consultado el 5 de octubre 2014).
- 2008. Plurinacionalidad y autonomías. Comentarios entorno al nuevo proyecto de Constitución boliviana. *Revista Española de Derecho Constitucional* 84 (septiembre-diciembre): 147-177.
- Pérez Luño, Enrique. 1996-1997. Estado Constitucional y derechos de la tercera generación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XIII-XIV. Madrid.
- Valdés Gutiérrez, Gilberto. 2009. *Postneoliberalismo y movimientos antisistémicos*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- 2007. El socialismo en el siglo XXI. Desafíos de la sociedad “más allá” del capital. *Revista Temas*, 50-51 (abril-septiembre): 87-98.
- Wolkmer, Antonio Carlos. 2006. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Madrid: Editorial Mad, S.L.
- 2003. Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. En *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales y Alternativos, ILSA.
- 2003. Trayectoria crítica del derecho brasileño. En *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Colombia: Colección en Clave de Sur/ILSA, Bogotá D.C.
- s/f. *La función de la crítica en la filosofía jurídica Latinoamericana*. Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk2.rtf>

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2001.
- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Constitución Política del Estado Bolivia de 2009.
- Constitución de la República Bolivariana Venezuela de 1999.

DE LA PLURALIDAD COMO CONDICIÓN PARA EL ADVENIMIENTO DE LO POLÍTICO Y EL RIESGO DE LA ESTETIZACIÓN DE LA DIFERENCIA

OF THE PLURALITY AS A CONDITION FOR THE ADVENT OF POLITICS AND THE RISK OF AESTHETICIZATION OF DIFFERENCE

DA PLURALIDADE COMO CONDIÇÃO PARA A PROJEÇÃO DO POLÍTICO E O RISCO DA ESTETIZAÇÃO DA DIFERENÇA

*Pamela Jijón**

Universidad de Las Américas - Ecuador

Recibido: 23/10/2014
Aceptado: 28/11/2014

Resumen

El pluralismo jurídico nos remite a una discusión en la que, entendiendo a la política como el espacio de realización y manifestación de lo jurídico, es necesario establecer la naturaleza de la relación entre la política y el pluralismo. Así, resulta esclarecedor recurrir al pensamiento de Hannah Arendt, para comprender cómo el pluralismo constituye la condición necesaria de la construcción de la política, que a su vez es la manifestación de dos elementos principales: la acción y la palabra. Sin embargo, es preciso mostrar, junto con Rancière, que la política lejos de ser un espacio perfecto de realización de la relación entre los hombres, está marcada por un fallo, que implica la no participación de una parte de los sujetos en el reparto del mundo común. En nuestro contexto nacional y regional, los sujetos indígenas han sido víctimas de este fallo, y el pluralismo jurídico que ha constituido una acción por remediarlo sin embargo, se ha mantenido en la amenaza de la estetización de la diferencia como forma de negación del otro.

Palabras clave: política; pluralismo; acción; mundo común; estetización; diferencia.

Summary

Legal pluralism necessarily refers us to a discussion in which, by looking at politics as the space for the realization and manifestation of the law, it is necessary to establish the nature of the relationship between politics and pluralism. This is why is enlightening to look up towards Hannah Arendt thinking to understand how pluralism is the required condition for the construction of politics, which at the same time is the manifestation of two main elements: action and word. However, it is important to show, like Ran-

cière does, that politics is not a perfect space for achieving human relationship, and it is marked by a failure that implies the non-participation of one part of the characters in the cast of the common world. In our national and regional context, indigenous individuals have been victims of this failure, and legal pluralism is an action to remedy this failure, that nevertheless is still in the threat of an aestheticization of difference as a form of the others denial.

Key words: politics; pluralism; action; estheticization; common world; difference.

Resumo

O pluralismo jurídico nos refere a uma discussão que, entendendo a política como o espaço de realização e manifestação do jurídico, e necessário estabelecer a natureza da relação entre a política, e o pluralismo. Assim, resulta esclarecedor recorrer ao pensamento de Hannah Arendt, para compreender como o pluralismo constitui a condição necessária da construção da política, que a sua vez e a manifestação dos elementos principais: a ação e a palavra. Mas, e preciso mostrar, junto com Rancière, que a política longe de ser um espaço perfeito de realização da relação entre os homens, está marcada por uma sentença, que implica a não participação de uma parte dos sujeitos na repartição do mundo comum. Em nosso contexto nacional e regional, os sujeitos indígenas foram vítimas desta sentença, e o pluralismo jurídico que foi construindo uma ação por remediação, entretanto, se mantém a ameaça da estetização da diferença como forma de negação do outro.

Palavras chaves: política; pluralismo; ação; mundo comum; estetização; diferença.

* Docente de la Universidad de las Américas. Inició sus estudios de filosofía en la "Pontificia Universidad Católica del Ecuador". Obtuvo una beca del gobierno francés para la realización de su máster en Filosofía, en el que se especializó en Filosofía de Lenguaje. En 2012 obtuvo su doctorado en Filosofía en la Universidad de París 8 Vincennes Saint-Denis con una tesis sobre "el retorno del concepto de trabajo en la política. Una vía para la emancipación en América latina" bajo la dirección del profesor Georges Navet.

El levantamiento indígena de los años noventa abrió en el Ecuador un espacio político de encuentro. El sujeto colectivo indígena se develó ante la comunidad blanco-mestiza irrumpiendo en el espacio político y desde ahí reconfigurando nuestra forma de concebir el espacio común. Abensour sitúa el regreso de la política en Europa en el momento que llama dislocación de los totalitarismos, en nuestro caso podemos decir que los levantamientos indígenas de los años 90 determinan ese momento. “*Son las cosas políticas que irrumpen en el presente, interrumpiendo el olvido que las afectaba, luchando porque se ponga un fin y que se responda a las preguntas que no dejan de suscitarse*”¹ (Abensour 2006, 12).

Podemos considerar un advenimiento de lo político desde la afirmación del reconocimiento de la subjetivación política indígena por su acción y su palabra que permitieron apareciera como agentes de la construcción de *nuestro* mundo común.

Con esto no decimos que los sujetos indígenas no existían o no mantenían una existencia política antes de este encuentro, sino que insistimos en el hecho de que el levantamiento indígena por su naturaleza fue un evento visibilizador del agente y desde ahí marcó la nueva temporalidad nacional que necesitó nombrar y afirmar la pluralidad.

No existe inmediatez en la aceptación de la pluralidad y en la apertura del mundo común, de ahí que podamos plantear la existencia de un proceso, de un *trabajo* político al final del cual esperamos poder constituir un mundo común nacido de la pluralidad. Uno de los puntos fundamentales en este proceso es la problematización de la norma como elemento homogeneizador capaz de negar la existencia del Otro Sujeto, al no tener en cuenta su palabra política.

Al referirnos al pluralismo jurídico nos enfrentamos a una discusión en la que una concepción es-

pecífica del sujeto político, o de los sujetos políticos, va de la mano de una relación vigente entre política y pluralidad y, en este cuestionamiento el pensamiento de Arendt resulta fundamental.

Nos detendremos entonces en repasar cómo el espacio político puede ser nombrado como tal, sólo a partir de la afirmación de la pluralidad, teniendo en cuenta dos elementos constitutivos: la palabra y la acción. Para luego, junto a Rancière, afirmar la existencia de un fallo de la política que implica necesariamente la existencia de un litigio en el que se sitúa la estetización política. Finalmente, señalaremos el riesgo que implica la estetización específica de la diferencia.

1. El espacio político de la pluralidad

En su obra *La condición del hombre moderno*, Arendt posiciona “*la paradójica pluralidad de seres únicos*”² (Arendt 2006, 232) como la condición³ *per quam* de toda vida política, definiendo a la pluralidad con la frase *inter homines esse*, el vivir entre los hombres insistiendo, como lo afirma Abensour, en el término *inter* “*esencial por el hecho de que se da como el signo sensible de la condición de pluralidad, a saber la existencia de un espacio, de un intervalo, entre los hombres*” (Abensour 2006,123).

Así, la diferencia existente entre cada individuo constituye la base de realización de la política, al interior de la igualdad que implica la condición humana. De esta manera cualquier proyecto que busque homogeneizar pondría fin a la posibilidad política. El espacio político es donde aquel que es absolutamente diferente puede entrar, y así la existencia de la política pasa necesariamente por la afirmación de ese lugar. De esta manera, “*la política organiza a seres absolutamente diferentes considerando su igualdad relativa y haciendo abstracción de su diversidad relativa*”⁴ (Arendt 1995,43). Podemos relacionar esta

1. “*Ce sont les choses politiques qui font irruption dans le présent, interrompant l’oubli qui les affectait, luttant pour qu’il y soit mis un terme et qu’on réponde aux questions qu’elles ne manquent pas de susciter.*”

2. Las distintas citas del ensayo son traducciones libres de los textos originales estudiados en francés y citados en idioma original en pie de página.

3. Sobre la noción de condición, Miguel Abensour sostiene que: “La idea de condición en Arendt no se reduce al conjunto de los límites que definirían el dominio de lo humano, en cuanto universo cerrado para siempre. La condición se refiere a lo que se sitúa más allá de los límites, el límite siendo entendido a la vez como lo que circunscribe y lo que abre”. (Abensour 2006,124)

“*L’idée de condition chez Arendt ne se réduit pas à l’ensemble des limites qui définiraient le domaine humain, en tant qu’univers à tout jamais clos. La condition fait signe vers ce qui se situe au-delà de ces limites, la limite devant être entendue à la fois comme ce qui circonscrit et qui ouvre.*”

4. “*La politique organise d’emblée des êtres absolument différents en considérant leur égalité relative et en faisant abstraction de leur diversité relative.*”

afirmación de Arendt con la idea de Arturo Roig de que el *a priori antropológico*⁵ debe ser afirmado por un sujeto plural, y no por un sujeto pensado como un singular abstracto.

La política se afirma entonces, como el espacio de encuentro entre los individuos, en el que cada uno puede encontrar un lugar y en el que la individualidad es constitutiva del espacio común plural. De ahí la definición de Arendt de la política como la puesta en relación que “*reposa en un hecho: el de la pluralidad humana*” (Arendt 1995, 39).

La política se constituye como una relación, el espacio común es el resultado de la acción conjunta y de la relación entre individuos y así la política nace en el espacio entre los hombres “*en algo que es fundamentalmente exterior al hombre*” (Arendt 1995, 45).⁶

Es en esta apertura hacia afuera, en el fundamento de la relación con el otro, que se reconoce la condición de pluralidad. De esta manera nos alejamos de la concepción aristotélica del *zoon politikon* que plantea la dimensión política como inherente al sujeto. Con Arendt, lo político adviene *entre-dos-sujetos*, en el espacio que se construye en común mientras los hombres actúan en conjunto.

Los miembros de una comunidad no viven pegados los unos a los otros, sino que interactúan entre sí y de esta manera el espacio político es el resultado del actuar en conjunto. De ahí el rol fundamental de la acción. El actuar tiene dos raíces semánticas, en griego por un lado *archein* que significa comienzo, guía y eventualmente gobernar ; y, *prattein*, que significa atravesar, ir hasta el final. Y por otro lado, el verbo latino *agere*, que significa poner en movimiento, accionar y *gerere* que quiere decir llevar.

La acción se debate entonces entre el comenzar, que puede ser realizado por una sola persona y el ir hasta el final que necesita de la participación de to-

dos; y el actuar se caracteriza por el hecho de tomar una iniciativa, poner en movimiento⁷.

El sujeto político es aquel del *actuar en conjunto* y la sociedad política equivale a una comunidad de agentes, de ciudadanos que co-actúan. La característica particular de estos actos es que tienen la capacidad de revelar quién es el agente⁸ (« *who* ») en oposición a lo que es (« *what* »). El actuar político revela a su agente y se constituye lo que la autora llama *the disclosure of the who*, que se asemeja a una entrada en escena (Amiel 1996, 60) una aparición ante los otros.

Sin embargo, no hay que pensar en el quién como un agente que preexiste a la acción y la determina desde el exterior de manera independiente: hay que comprender al quién como aquel que se “*se revela en la acción, aquel a quién actuar hace nacer, aquel al que la acción da nacimiento a partir del momento en que le permite aparecer ante los otros*”.⁹ Existe entonces simultaneidad entre la acción y la revelación del quién, el acto no encuentra sentido sino por la palabra en la que el agente se identifica como tal, anunciando lo que hace, lo que hizo y lo que quiere hacer.

La revelación del agente es su aparición en lo sensible, y se relaciona con lo estético de la política, que, como lo indica Rancière, es una forma de la experiencia relacionada con la apariencia. Así el carácter estético, a diferencia de lo sostenido por Benjamin, está en el fundamento mismo de la política.

Según Etienne Tassin, especialista de Arendt, se debería interpretar el advenimiento del quién, basándonos en los mismos parámetros que la autora fija para el hecho histórico, afirmando que no puede ser explicado por el pasado, pues éste determinaría una cierta causalidad. Por el contrario, el advenimiento del quién, como el del hecho histórico, ilumina el pasado, develándonos el signo de su aparición. Es porque el que se devela actuando ilumina su pasado y al mismo tiempo se inclina hacia el futuro de

5. Para Roig el *a priori antropológico* consiste en el ponerse a sí mismo como valioso.

6. “*Prend naissance dans l'espace qui est entre les hommes, donc dans quelque chose qui est fondamentalement extérieur à l'homme*”.

7. La idea de inicio está íntimamente relacionada con su concepto de natalidad en el que nos detendremos más adelante.

8. “*La revelación del quién por la palabra, y el posicionamiento de un inicio por la acción, se insertan siempre en una red ya existente donde pueden resonar sus consecuencias inmediatas*” (Arendt 2006, 241).

9. “*(L'agent est celui) qui est révélé dans l'action et celui qui agir fait naître, celui à qui l'action donne naissance dès lors qu'elle le laisse paraître aux yeux des autres*” (Tassin 1999, 295).

manera imprevisible, como una completa apertura de posibles.

Es en este sentido de temporalidad que podemos afirmar que el levantamiento demandó una reinterpretación de la historia, que ya no podía ser leída sólo bajo el prisma de los vencedores, pues los vencidos exigieron se los tome en cuenta en el proceso de actualización del pasado. Así, la acción que cuestiona la historia tiene en ella la posibilidad de hacer estallar el tiempo entendido como continuidad: *“las clases revolucionarias, al momento de la acción, tienen conciencia de hacer estallar el continuum de la historia”* (Benjamín 2000, 440).

Por ello, Tassin diferencia tres dimensiones de la acción: ésta es *“reveladora, instituyente, y comunicadora, revela la singularidad del agente, el quién; instituye el espacio público de visibilidad en el que se despliega la vida política; comunica conflictualmente a los individuos entre ellos en la instauración de un mundo común”* (Tassin 1999, 261).¹⁰

Al afirmar que la acción es reveladora, entendemos que en ella el agente despliega su individualidad y su diferencia en relación a los otros, es decir que en ella se afirma la pluralidad.

Además, al ser comunicadora, la acción pone en relación a los sujetos de la comunidad que se unen mediante el reconocimiento de su estatuto de ciudadanos.¹¹ A partir de esta aproximación Arendt otorga una significación al poder como la acción concertada entre una comunidad de ciudadanos y afirma que *“en*

*la acción concertada, en la acción colectiva y mediante ella se teje la comunidad política”*¹² (Tassin 2003,13).

El actuar juntos determina que la acción política deba rechazar necesariamente la dominación. No habría relación entre la acción política y el ejercicio del poder o de una potencia que pretendería la dominación. De esta manera, la comunidad política, por su pluralidad y su actuar en conjunto, tiene como único sentido la libertad.¹³

La razón de ser de la vida política es la libertad, *“la acción es la expresión de una libertad: es el contenido mundano, la realidad fenomenal (de la libertad)”* (Tassin 2003,261).

La libertad es entendida aquí como el poder de dar inicio, de comenzar, de ahí su relación con el concepto de natalidad.

2. La acción como natalidad

En nuestro contexto, desde la época colonial el sujeto indígena fue objeto de negación de su igualdad relativa y mediante ella se impidió establecer un espacio político común. Esta negación se estableció en relación a dos aspectos fundamentales, que, desde la Grecia antigua, son los que definen el espacio político: la acción y la palabra.¹⁴

El actuar político *“se soporta en una red¹⁵ de relaciones humanas que nacen de la acción y se despliega en un espacio público de palabras y de acciones colectivas metacomunitarias”*¹⁶ (Tassin 2003, 14-15); sien-

10. *“Elle (l'action) est révélatrice, elle est institutive, elle est liante ; elle révèle la singularité de l'agent, le qui; elle institue l'espace public de visibilité où se déploie la vie politique ; elle lie conflictuellement les individus entre eux dans l'instauration d'un monde commun”*.

11. En el capítulo IX del Libro 3^{er} de *La Política* de Aristóteles, ya identificamos la relación entre la acción y el ciudadano, ya que este último se define como aquel que actúa de una cierta manera. Así es en vista de buenas acciones que la existe la comunidad política, más allá del hecho mismo de vivir juntos. Vemos la relación con Arendt cuando afirma que el actuar juntos es irreductible al estar juntos, y así el ciudadano, siguiendo a Tassin, es más un co-autor de la comunidad en acto que un miembro de la comunidad.

12. *“Dans l'action concertée, dans l'action collective et par elle se tisse la communauté politique”*.

13. Se trata de la herencia ateniense según la cual la libertad es la finalidad de la política, entendiéndola a la polis como el espacio que protege la acción y la palabra libre de los ciudadanos. *“La polis propiamente dicha no es la ciudad en su localización física ; sino la organización del pueblo que surge del hecho de actuar en conjunto y de la palabra, y su verdadero espacio se extiende entre los hombres que viven juntos con ese objetivo, en donde sea que se encuentren”* (Arendt 2006,258). *“La polis proprement dite n'est pas la cité en sa localisation physique ; c'est l'organisation du peuple qui vient de ce que l'on agit et parle ensemble, et son espace véritable s'étend entre les hommes qui vivent ensemble dans ce but, en quelque lieu qu'ils se trouvent”*.

14. Abensour nos advierte sobre el error de las interpretaciones del pensamiento de Arendt que buscan identificar a la acción y la palabra: *“pues la una y la otra tienen calidades distintas: a la palabra le corresponde revelar la unicidad del agente, inversamente la acción tiene mayor afinidad con la facultad de comenzar”* (Abensour 2006,143).

“Or l'une et l'autre ont des qualités différentes : à la parole revient de mieux révéler l'unicité de l'agent, inversement l'action a plus d'affinité avec la faculté de commencer”.

15. La característica principal de esta red es su intangibilidad. El entre-los-hombres que actúan y hablan no puede ser medible, y no puede ser reducido al despliegue de los resultados producidos.

16. *“Est supporté par le réseau des relations humaines né de l'action et déployé en un espace public de paroles et d'actions collectives méta communautaires”*.

do ambas actualizaciones de la condición humana, la primera de la natalidad¹⁷ y la segunda de la pluralidad.

Su relación es necesaria, pues *“la acción muda no sería acción pues no habría agente, y el agente, el hacedor de actos, no es posible sino siendo al mismo tiempo decidor de palabras”*¹⁸ (Arendt 2006, 235). Al producir lo nuevo en el mundo, la acción es la actualización de la natalidad y por ello es imprevisible. Es la puerta de apertura hacia la multiplicidad de lo posible. Sobre esto, Abensour afirma que *“la condición de natalidad, es la manifestación de la naturaleza originaria del hombre, evitando volver el origen hacia el pasado para reducirlo a él, sino más bien dándole la tarea de iluminar el advenimiento inaugural, la apertura de una infinitud de posibles susceptibles de hacer surgir lo nuevo en el mundo”*¹⁹ (Abensour 2006,124).

Cada nacimiento -de un individuo- es un nuevo inicio, una apertura hacia posibles que no pueden ser definidos con anticipación, que son imprevisibles. Brown-Moore, citado por Abensour, sostiene que *“la capacidad de comenzar que el nacimiento de un niño introduce en el mundo pertenece a la estructura esencial del hombre de tal manera que su determinación define la potencialidad del hombre para el iniciar”*²⁰ (Abensour 2006,125). En este sentido Miguel Abensour nos invita a reconocer la originalidad del concepto de natalidad en Arendt al ser movilizado como la condición de posibilidad de la acción política²¹ (Abensour 2006,129).

Así pues, la natalidad al estar inscrita en el mundo, en el espacio entre los hombres, es inmediatamente política. La llegada al mundo es en sí misma una puesta en relación con los otros y este comenzar se da en tanto acción de introducción de lo nuevo²² (Abensour 2006,135).

La vida de los individuos se diferencia de aquella de los animales y de los otros seres vivos por su pertenencia al mundo. No se trata de entender el nacimiento y la muerte solamente como fenómenos naturales sino de comprender su apego al mundo. El individuo nace y muere en un mundo que por su duración lo preexiste y lo prosigue.

Por lo tanto, es porque el nacimiento y la muerte del hombre se inscriben dentro del mundo y su duración que podemos distinguírnos de las existencias cíclicas del resto de especies y de esta manera postular la diferencia entre *zoé* y *bios*.²³

Podemos aprovechar para extender esta reflexión de la vida del hombre entendida como *bios*, en su relación con la acción; ya que, si entendemos a ésta como *praxis*, podemos seguir a Aristóteles en el pensamiento de Arendt y afirmar que en la *praxis*, el agente es aquel que *actúa* y que *ha actuado*. Por esta razón, *“la praxis despliega una temporalidad que corresponde por excelencia a la existencia, temporalidad propia del bios en tanto bios politikos. Por lo que (...) existir no es producir sino actuar”*²⁴ (Tassin 1999, 293)

17. Según Abensour, Arendt opera una revolución copernicana *“que en vez de hacer girar a los hombres alrededor de la muerte, los hace gravitar alrededor del carácter divino del nacimiento, de tal manera que la ley de la mortalidad, de la que no se podría negar la realidad, quede subordinada a la ley de la natalidad”* (Abensour 2006,124).

“au lieu de faire tourner les hommes autour de la mort, les fait désormais graviter désormais autour du « caractère divin » de la naissance, de telle façon que la loi de la mortalité dont elle ne saurait nier la réalité soit désormais subordonnée à la loi de la natalité”.

18. *“L’action muette ne serait plus action parce qu’il n’y aurait pas d’acteur, et l’acteur, le faiseur d’actes, n’est possible que s’il est en même temps diseur de paroles”*

19. *“La condition de natalité, est-elle la manifestation de la nature originaria de l’homme, en se gardant bien de tourner l’origine vers le passé pour l’y réduire, mais en lui donnant pour tâche de mettre en lumière l’avènement inaugural, l’ouverture d’une infinité de possibles susceptibles de faire surgir du nouveau dans le monde”*

20. *“La capacité de commencer que la naissance d’un enfant introduit dans le monde appartient à la structure essentielle de l’homme de telle façon que sa détermination définit la potentialité de l’homme pour le commencement”* Bowen-Moore.1989. *Hannah Arendt’s philosophy of natality*. Estados Unidos: St Martin’s Press.

21. *“Ni plus ni moins la condition de possibilité [...], de l’action politique”.*

22. *“Aparecemos entre los hombres en tanto recién llegados, y esta aparición misma, este surgir de la novedad, nos designa y posiciona como seres susceptibles de comenzar, de introducir lo nuevo en el mundo. El nacimiento, evento en sí mismo, implica eventos futuros”* (Abensour 2006,135).

“Nous apparaissions parmi les autres hommes en tant que nouveaux venus, et cette apparition même, ce surgissement de la nouveauté, nous désignent et nous posent en êtres susceptibles de commencer, d’introduire du nouveau dans le monde. La naissance, elle-même événement, est grosse d’événements futurs”.

23. *“Así colocada en el mundo, la vida cesa de obedecer a un movimiento cíclico natural y se vuelve vida específicamente humana, bios en vez de zoé, vida marcada de eventos múltiples de la cual podemos hacer el relato y cuya narración produce una biografía, una identidad biográfica”* (Abensour 2006,128).

“Ainsi arrimée au monde, la vie cesse d’obéir à un mouvement cyclique naturel et devient vie spécifiquement humaine, bios au lieu de zoé, vie marquée d’événements multiples dont on peut faire le récit et dont la narration produit une biographie, une identité biographique”.

24. *“La praxis déploie une temporalité qui convient par excellence à l’existence, temporalité propre du bios en tant que bios politikos. C’est pourquoi (...) exister n’est jamais produire mais agir”.*

Al igual que Aristóteles, Arendt ubica a la acción del lado de la *praxis* que se diferencia de la *poiésis* en tres dimensiones: primero desde el punto de vista de la instrumentalización, la *poiésis*, la obra, tiene como objetivo la creación de una obra que le sea externa mientras que la *praxis* no es nunca un medio hacia un fin, sino su propia finalidad. De ahí que el objeto de la obra sea de otra naturaleza que el agente que la produjo, mientras que la *praxis* no puede ser exterior a su agente.

Por otro lado, desde el punto de vista de la temporalidad, la *poiésis* implica una ruptura entre el momento de la producción y el momento de finalización de la obra, lo que contradice la temporalidad propia de la acción entendida como *praxis*, que se caracteriza por la continuidad. La acción política se estira de manera indefinida, no hay un objeto que interrumpa la acción. Entonces, “*la política persigue una finalidad infinita y la comunidad a la que induce por definición nunca está realizada de manera finita*”²⁵ (Tassin 1999, 303)

La acción política está marcada por el movimiento que a su vez se relaciona con la noción de reparto, de participación en la acción de constitución del mundo común. Este reparto lejos de ser perfecto implica un fallo a partir del cual podemos leer la persistencia de las desigualdades y de los sistemas de opresión en nuestras sociedades.

3. El litigio y el daño político

En el mundo en el que se despliegan la acción y la palabra existe un reparto, en la que un grupo no tiene lugar²⁶ y es excluido de la construcción de lo político. La repartición del mundo lleva en sí una dimensión de desigualdad que implica la existencia del conflicto.²⁷ La dimensión conflictiva de lo político da

paso a la exclusión. En nuestro contexto latinoamericano, ha sido el sujeto indígena el objeto principal de esta exclusión²⁸ y se estableció como víctima de la fragilidad de la dimensión conflictiva, propia de toda comunidad política.

La exclusión del sujeto indígena puede ser comprendida a partir del pensamiento de Quijano; puesto que, desde la nueva tecnología de la dominación/explotación y de raza/trabajo inaugurada en la época colonial nos ha situado en el ámbito del *polemos* platónico.

En efecto, Platón, en el libro V de la República, afirma que la conflictividad política no es del orden de la guerra (*polemos*), sino de la discordia; es decir, que no se trata de una enemistad entre extranjeros, de distinta raza y sangre, sino de una enemistad entre parientes cuyo origen es la misma comunidad.²⁹ La negatividad del sujeto indígena fue establecida en base a la idea de raza, y de esta manera los sujetos indígenas en América latina han sido objeto de una negación incluso al interior de la exclusión, pues si seguimos la reflexión de Tassin, en la exclusión se cuenta a los que están adentro y afuera pero no se toma en consideración a aquellos que no están en ningún lado.

Para Rancière, estas cuentas son asimiladas a un desengaño y son constitutivas de la política que es “*obra de clases que no son clases, que inscriben en el nombre particular de una parte excepcional o de un todo de la comunidad (los pobres, el proletariado, el pueblo) el fallo que separa y reúne dos lógicas heterogéneas de la comunidad*”³⁰ (Rancière 1995, 29).

Decir que la cuenta fallida es constitutiva de toda política, nos permite afirmar que no es la consecuencia de una dramaturgia de la victimización, y por lo

25. “*La politique poursuit une fin infinie et la communauté qu'elle induit n'est par définition jamais réalisée en une forme finie*”.

26. El término de reparto nos permite referirnos al sentido griego antiguo de *diké*, en la que la justicia es entendida como la justa parte, como la repartición justa, es decir relacionada con la noción de medida. Así, el reparto es un gesto libre operado por el sujeto hacia el Otro y desde ahí constituye una acción política que debería tender hacia la construcción de la ciudad buena, guiada por la virtud máxima de la justicia.

27. En su comprensión de lo político Arendt no tuvo en cuenta la dimensión conflictiva de lo político, una vez que este adviene, de ahí que a partir de este punto nos interese en el pensamiento de Rancière.

28. Del latín *claudere*=cerrar y *exclaudere*= sacar, hacer salir de lo que está encerrado. La exclusión es en primer lugar una expulsión fuera de un espacio cerrado. Para Tassin la exclusión tiene tres sentidos, primero el de la expulsión (ser enviado al exterior), el de la prohibición (no ser aceptado en el interior) y por último el de marginalización (no ser tomado en cuenta, estar en la periferia).

29. En América Latina podemos decir que la dimensión conflictiva de la que ha sido víctima el sujeto indígena, o los sujetos indígenas, se aparenta también al *polemos* por la consideración de extranjería, de ser *totalmente otros*.

30. “*Est l'œuvre de classes qui ne sont pas des classes, qui inscrivent sous le nom particulier d'une partie exceptionnelle ou d'un tout de la communauté (les pauvres, le prolétariat, le peuple) le tort qui sépare et réunit deux logiques hétérogènes de la communauté*”.

tanto plantearlo como “*el modo de subjetivación en el que la verificación de igualdad tomo figura política*”³¹ (Rancière 1995, 63). Así pues, es la existencia de los sujetos de este fallo político los que permiten la manifestación del mismo.

Según Rancière, el orden policial resiste a la verificación de la igualdad que es infinita y así la persistencia del fallo político es también infinita.

Sin embargo, este fallo que aparece como inherente a la vida política no es intratable “*el fallo político no se arregla por la objetivación del litigio y el compromiso entre las partes. Sino que se trata por dispositivos de subjetivación que lo hacen consistir como relación modificable entre las partes, como modificación misma del terreno en el que el juego se lleva a cabo*”.³²

En una comunidad marcada por el conflicto y la exclusión de un grupo de sus integrantes, la política pierde sentido; ya que, “*la política no cobra sentido sino en el tomar en cuenta a los que son oprimidos, ofendidos, humillados, reducidos a la miseria*” (Lecerf 2009, 125).³³ Este pensamiento nos refiere a la convicción de Simone Weil, ver en la política la expresión por excelencia del deseo de justicia por parte de la comunidad.

En Platón y Aristóteles la justicia se establece en la repartición de las formas de control y de ejercicio del poder, por lo que se relaciona de manera directa con la política. Sin embargo, Rancière afirma que la justicia no depende únicamente del desequilibrio que pueda existir entre los intereses y los individuos. Como tampoco la forma de repartir los daños, sino de la elección de la medida según la cual cada parte recibe la que le pertenece.

En otras palabras, la justicia aparece como una elección, a través de la que el hombre puede reapropiarse de lo político.

Así, el rol de la justicia política consiste en determinar cuál es la medida del reparto de lo común.

De esta manera, el principio de la política para Rancière es la igualdad, a la que califica de una “*presuposición que debe ser discernida en las prácticas que la ponen en obra*” (Rancière 1995, 63).³⁴ Es en la política donde el principio de igualdad se actualiza, aunque no le sea propio “*la política no tiene cuestiones u objetos que le sean propios. Su único principio, la igualdad, no le es propio y no tiene nada de político en sí mismo. Todo lo que ella hace es darle una actualidad en forma de casos, de inscribir bajo la forma del litigio, la verificación de la igualdad en el seno del orden policial*” (Rancière 1995, 55).³⁵ En este punto podemos acercarnos a la idea que tiene Rancière sobre la igualdad a la desarrollada por Arendt, como perteneciente a la condición de pluralidad.

Para Rancière es necesario distinguir la política de la policía o del orden policial, dos términos que tienden a ser confundidos. El orden policial es “*el orden de los cuerpos que define el reparto entre los modos de hacer, los modos de ser y los modos de decir, que hace que tales cuerpos sean asignados por su nombre a un ligar tal y a una tarea tal; es un orden de lo visible y de lo decible que hace que tal actividad sea visible y que otra no lo sea, que tal palabra sea entendida como discurso y que tal otra lo sea como ruido*” (Rancière 1995, 52).³⁶

Bajo el concepto de policía Rancière sitúa el conjunto de procesos por los cuales se operan la suma y el consentimiento de colectividades, la organización de los poderes, la distribución de los puestos y de las funciones, y los sistemas de legitimación de dicha distribución.

Así, lo que determina el reparto entre aquellos que tienen un puesto, un lugar y aquellos que no lo tienen es el orden policial, orden que en cierto sen-

31. “*Le mode de subjectivation dans lequel la vérification de l'égalité prend figure politique*”.

32. “*Le tort politique ne se règle pas par objectivation du litige et compromis entre les parties. Mais il se traite par des dispositifs de subjectivation qui le font consister comme rapport modifiable entre des parties, comme modification même du terrain sur lequel le jeu se tient*”.

33. “*La politique n'a de sens que dans la prise en compte de ceux qui sont brimés, offensés, humiliés, réduits à la misère*”.

34. “*Une présupposition qui doit être discernée dans les pratiques qui la mettent en œuvre*”.

35. “*La politique n'a pas d'objets ou de questions qui lui soient propres. Son seul principe, l'égalité, ne lui est pas propre et n'a rien de politique en lui-même. Tout ce qu'elle fait est de lui donner une actualité sous forme de cas, d'inscrire, sous la forme du litige, la vérification de l'égalité au cœur de l'ordre policier*”.

36. “*(L') ordre des corps qui définit les partages entre les modes de faire, les modes d'être et les modes de dire, qui fait que tels corps sont assignés par leur nom à telle place et à telle tâche ; c'est un ordre du visible et du dicible qui fait que telle activité est visible et que telle autre ne l'est pas, que telle parole est entendue comme un discours et telle autre comme un bruit*”.

tido organiza la desigualdad. Por lo tanto, hay que distinguirlo de la política cuyo principio sería la igualdad.

A diferencia del orden policial que está constituido con anterioridad, la política no tiene una constitución establecida, así para que una cosa sea política “*ésta debe dar lugar al encuentro de la lógica policial y de la lógica igualitaria, que no está nunca constituida previamente*”³⁷ (Rancièrre 1995, 55-56). Lo político no está constituido de manera inmóvil y permanente, y es justamente en la voluntad inmovilizadora que surge el riesgo de su estetización.

4. El riesgo de la estetización

Cuando hablamos de estetización de la política debemos hacerlo teniendo en cuenta la precisión que indica Rancièrre de que siendo la estética lo que concierne a lo sensible, al decir que la política es lo que atañe a la repartición del mundo sensible, ésta es estética desde su fundamento.

En un inicio establecimos que el levantamiento indígena de los años 90 fue para el Ecuador un momento de encuentro que constituyó sobretodo un momento de transformación de la apariencia de lo sensible, que no pudo continuar repartiéndose de la misma manera. Un nuevo agente aparece y modifica la configuración del mundo común tal como ha sido determinado. Lo político es entonces este espacio de confrontación por lo sensible por su conformación.

El sujeto dominante blanco-mestizo se vio enfrentado a la transformación de la conformación de su mundo sensible, esta novedad se acompañó de la necesidad de reconocer que la norma que rige la relación entre sujetos podía y debía modificarse para poder estar en acuerdo con la nueva repartición de lo sensible.

Es decir que lo que Rancièrre llama policía, entendida como el sistema que determina la forma de repartición se vio amenazada por la acción política,

que evidenció en ella su carácter no natural y por lo tanto modificable.

En nuestro contexto, acto seguido de la develación del sujeto indígena, se realizó una reconstitución *policial* en la que se abrió el espacio común a la palabra de este nuevo sujeto³⁸ desde el reconocimiento de la diferencia.

Podemos aventurarnos a decir que es, en el concepto de la diferencia, que surge un riesgo de la estetización política. Pues, el ejercicio del reconocimiento que deriva en la exaltación de la diferencia, en nombre del respeto hacia el otro y la no homogeneización, cae en la trampa de mantener la distancia de un sujeto dominante que percibe la realidad del sujeto que le aparece y al que contempla, pero siempre desde la perspectiva objetivante de la mirada, entendida desde la fenomenología como aquello que se da por la experiencia de la diferencia y la intencionalidad.

La visibilización de la diferencia se constituyó en la puerta de entrada al marco de lo sensible, en la aparición. Sin embargo, articuló un discurso riesgoso pues, por un lado, recordando lo que nos dice Nietzsche, el mismo sujeto indígena se vio enfrentado a la orgullosa contemplación de su diferencia y desde ahí se dificultó articular su acción para construir un espacio común que englobe al agente dominante. Por otro lado, el sujeto blanco-mestizo plasmó el aparecer de este sujeto diferente en términos de expresión pero no necesariamente de acción, en este sentido podemos mencionar lo que afirma Benjamin, en relación al fascismo, como el momento en que una característica de la estetización política fue la posibilidad de expresión de las masas pero sin hacer valer sus derechos (Benjamin 1990, 55).

Cuando la diferencia inmoviliza al sujeto desde la contemplación y la distracción de la apariencia, la acción es negada y la política no tiene espacio para establecerse, poniendo en riesgo el proceso mismo de la subjetivación que requiere de la acción para construirse y consolidarse.

37. “*Il faut qu'elle donne lieu à la rencontre de la logique policière et de la logique égalitaire, laquelle n'est jamais préconstituée*”.

38. En el caso del Ecuador esta apertura se evidenció en la adecuación del espacio jurídico a la nueva condición plural, como lo muestra la Constitución de la República.

El riesgo de la estetización política se establece en el momento en que aparece como una exigencia el aceptar la existencia de una pluralidad capaz de no poner en riesgo la unidad, capaz de mantener la organicidad de una comunidad, lo que sugiere nuevamente un giro hacia la universalización y nos recuerda “*al reconocimiento kantiano del dominio del arte como objeto de un juicio estético portador de una universalización virtual*” (Rancière 1994,84).

Las discusiones sobre pluralismo jurídico en nuestro país, revelan la distancia que se establece entre los sujetos con la aproximación estética de la diferencia del otro indígena. La *molestia* que genera la aplicación de una norma capaz de traducir la acción política indígena, evidencia la ruptura del espacio común que estaría listo a contemplar la aparición de una normativa diferente pero no por ello su aplicación. Así, el reconocimiento de la diferencia niega la acción y moviliza la apariencia del otro únicamente como justificativo legitimador de la acción del sujeto dominante.

De esta manera, apropiarse de algunos conceptos intercambiados en el acto del aparecer de la diferen-

cia y movilizarlos como propios del sujeto dominante³⁹, no es suficiente para afirmar el desarme de la institución policial responsable de la opresión.

En los momentos en que la irrupción del otro pone en riesgo la estabilidad de la *comunidad universalizada*, hemos asistido nuevamente a la negación de su existencia política. En la medida en que hayamos constituido nuestro espacio común, la pluralidad es reconocida siempre y cuando no se convierta en una amenaza y la observación de la diferencia se estetiza, en el sentido en que movilizamos en ella nuevamente la búsqueda de universalidad.

El riesgo de la estetización de la diferencia aparece como un nuevo movimiento de encierro, el otro diferente fue *útil* en la construcción del *nuevo mundo político* que se hizo más estético, mostrándose más orgánico; pero una vez que lo sensible se reconfiguró, la organización policial ha buscado conservar la tendencia unívoca que implica un nuevo fallo en el que los sujetos vuelven a volcarse sobre sí mismos.

39. El ejemplo más claro es la apropiación del concepto de *sumak kawsay*.

BIBLIOGRAFÍA

- Abensour, Miguel. 2006. *Hannah Arendt contre la philosophie politique?* Francia: Editions Sens et Tonka.
- Amiel, Anne. 1996. *Hannah Arendt, politique et événement*, Francia: Editions PUF.
- Arendt, Hannah. 2006. *Condition de l'homme moderne*. Francia : Editions Calmann-Lévy.
- 1995. *Qu'est-ce que la politique?* Francia : Editions du Seuil.
- Aristóteles. 1960. *Politique*. Francia: Editions Les Belles Lettres.
- Benjamin, Walter. 2000. *Sur le concept de l'histoire*, Œuvres, Paris: Gallimard.
- Benjamin, Walter. 1990. *Discursos interrumpidos*. Madrid: Taurus.
- Lecerf, Eric. 2009. L'expérience en usine de Simone Weil: sa signification philosophique et politique. *Simone Weil sagesse et grâce violente*. Francia: Editions Bayard.
- Rancière, Jacques. 1998 *Aux bords du politique*. Francia: Editions Gallimard
- 1995. *La mésentente*. Francia: Editions Galilée.
- 1994. Esthétique de la politique et poétique du savoir. *Arts, l'exception ordinaire. Esthétique et sciences sociales*: 80-87.
- Roig, Andrés. 1981. *Teoría y crítica del pensamiento latinoamericano*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tassin, Etienne. 1999. *Le trésor perdu. Hannah Arendt l'intelligence de l'action politique*. Francia: Editions Payot & Rivages.
- Tassin, Etienne. 2003. *Un monde commun*. Francia: Editions du Seuil.

ENSAYOS

WDL

HERMENÉUTICA Y PLURICULTURALISMO¹

HERMENEUTICS AND MULTICULTURALISM

HERMENEUTICA E PLURICULTURALISMO

Wladimir Sierra*

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Recibido: 23/10/2014

Aceptado: 25/11/2014

Resumen

Este texto pretende, luego de una somera reconstrucción de los momentos más importantes en el desarrollo de la Hermenéutica filosófica y de la categoría de pluriculturalidad, realizar posibles conexiones entre este campo de reflexión filosófica, la Hermenéutica, y las posibilidades que desde ésta se abren para la interpretación de espacios de socialización altamente interculturalizados. Arriesgar tres formas distintas de aplicabilidad de la hermenéutica en la interpretación de la pluriculturalidad es el objetivo central de este artículo.

Palabras claves: Hermenéutica; pluriculturalidad; mestizaje; América Latina.

Summary

After doing a brief reconstruction of the most important moments in the development of philosophical hermeneutics and the category of multiculturalism, this text aims to make possible connections between this field of philosophical reflection, Hermeneutics, and the possibilities that arise from it for the interpretation of highly intercultural socialization spaces. The main focus of this text is to suggest three ways of applicability of hermeneutics in the interpretation of multiculturalism.

Keywords: Hermeneutics; multiculturalism; race; Latin America.

Resumo

Este texto pretende logo de una suave reconstrução dos momentos más importantes no desenvolvimento da hermenéutica filosófica e da categoria de pluriculturalidade, realizar possíveis conexões entre este campo de reflexão filosófica, a Hermenéutica, e as possibilidades que desde esta se abrem para a interpretação de espaços de socialização altamente interculturalizados. Arriscar três formas distintas de aplicabilidade da hermenéutica na interpretação da pluriculturalidade e o objetivo central deste artigo.

Palavras chaves: Hermenéutica; pluriculturalidade; mestiçagem; América Latina.

1. Este texto fue escrito hace 10 años, en noviembre 2004, como parte de un proyecto intelectual impulsado por la Escuela de Sociología y Ciencias Políticas de la PUCE. Por varias razones que ya he olvidado, *Hermenéutica y Pluriculturalismo* no pudo ser publicado en aquellos años. Me parece que, a pesar de la década transcurrida, el texto guarda todavía argumentos importantes para las discusiones contemporáneas en torno a lo *cultural latinoamericano*. Con el ánimo de mantener el espíritu que impulsó su elaboración no he querido introducir ninguna ampliación y entregarlo tal cual fue pensado. Espero que lo anotado sirva como justificación para comprender la ausencia de pensadores absolutamente relevantes en la temática, me refiero sobre todo al círculo de teóricos que se han articulado en torno a la Hermenéutica analógica. Una aproximación a ellos, por su gran relevancia, exigiría en sí mismo un extenso artículo.

* Es Licenciado en Sociología y Ciencias Políticas por la Universidad Católica del Ecuador. Doctor en Filosofía por la Universidad Libre de Berlín. Profesor Principal de la Escuela de Sociología y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, con fortalezas en Filosofía Política, Teoría crítica y teoría social. Además es Director de la Escuela de Sociología y Ciencias Políticas de la PUCE

*Jeder, der etwas versteht, versteht sich selbst darin.
Hans-Georg Gadamer*

¿Qué ayudas teórico-metodológicas se pueden extraer de la Hermenéutica Filosófica para resolver las dificultades que pone en disputa el discurso sobre la Pluriculturalidad?

Esa es la cuestión que pretende resolver este breve ensayo. Para esto, se tratará de (1) hacer una rápida recapitulación de la historia de la Hermenéutica desde su inicio como un término más del lenguaje hasta su consolidación como una rama autónoma de la filosofía. Luego (2) se discutirán un conjunto de categorías que fundamentan la Hermenéutica como propuesta filosófica. En un tercer momento (3) se hará un recuento de la problemática de la Pluriculturalidad y, finalmente, (4) se pondrá a prueba la reconstrucción del discurso sobre la Pluriculturalidad desde los soportes teóricos de la Hermenéutica Filosófica.

-1-

Para los propósitos de este trabajo queremos periodizar histórica y conceptualmente al término *Hermenéutica* en cinco momentos: en el mundo griego, en el Medio Evo, en los albores modernos, en la modernidad madura y en su consolidación filosófica. En cada uno de estos periodos el término Hermenéutica tendrá sus particularidades, sin embargo éstas se irán acumulando y reestructurando a lo largo del tiempo.

Peri Hermeneias

La palabra griega *hermeneia* fue usada por los griegos mucho antes de que Aristóteles la inmortalizara en su *Organon*. Los médicos helenos sabían que cuando ellos decodificaban los signos corporales para diagnosticar enfermedades estaban realizando un proceso de *hermeneia*. Este mismo proceso se utilizaba para interpretar los signos climáticos y los diseños del oráculo. La palabra es griega, pero la práctica pertenece a todos los pueblos en todas sus épocas. Por eso, la hermenéutica es un universal humano. Esta es la tesis que va a articular este ensayo.

La Hermenéutica fue entendida como aquella práctica que permitía a los seres socializados desentrañar, con la ayuda de códigos, información cifrada en los signos naturales. Así, éstos leían los misterios de la naturaleza y el cuerpo para planificar su vida. La hermenéutica nace, pues, como una práctica mo-

nológica (sujeto-objeto) que permitía a los primeros hombres dotar de sentido a su entorno, vale decir, crear mundo. La interpretación de los signos naturales, con el paso del tiempo, se complementó con la interpretación de los signos sociales gráficos y fue así como la hermenéutica natural devino hermenéutica textual.

Los textos de Homero y Hesíodo fueron unos de los primeros objetos de la Hermenéutica textual occidental, los hermeneutas de aquellos tiempos intentaban desentrañar aquellos mensajes cifrados más allá del mero significado literal de los textos para, con esto, reconstruir la historia de la civilización helena. Esta relación (hermeneuta-texto) determinó la práctica interpretativa hasta la primera modernidad² La Biblia y los libros sagrados del Cristianismo pasarían a ser el objeto de la Hermenéutica medieval: la exégesis.

Hermenéutica Sacra

La Exégesis constituye un capítulo aparte en el desarrollo histórico de la Hermenéutica. Fue aquel saber que intentó desentrañar los *signa ignota* y los *signa ambigua* propios de los textos sagrados, con la intención de transparentar la *verdadera* voluntad divina. A esta práctica debemos la división hecha por Orígenes (185-254) de los tres niveles de la interpre-

2. La división entre primera y segunda modernidad fue introducida por el sociólogo alemán Ulrich Beck desde su *Risikogesellschaft* (1986). Para Beck, la primera modernidad está caracterizada por una *modernización simple*, mientras que la segunda modernidad está caracterizada por una *modernización reflexiva*. Por modernización reflexiva se debe entender aquella etapa en que el mundo moderno pone en cuestión su auto-fundamentación (Beck 1997, 27).

tación textual: el somático, el físico y el neumático, división que fue reformulada y ampliada por Johannes Casianus en los cuatro sentidos de las escrituras: 1) sentido literal, 2) sentido alegórico, 3) sentido tropológico y 4) sentido anagógico. El primer sentido era accesible a la interpretación de los profanos, los otros tres sentidos, los realmente profundos, solo eran accesibles a quienes dominaban el arte de la exégesis. Este modelo propio de la interpretación de textos sagrados se constituiría en el referente para gran parte de la hermenéutica textual de los siglos XVI y XVII.

Otro de los aportes importantes de la *Hermenéutica sacra* es haber introducido el concepto de caritas como criterio último de una interpretación correcta. Augustinus lo formuló de este modo: “*Quien cree haber entendido todo el texto sagrado o una de sus partes y no haber construido con eso el doble amor a Dios y a sus semejantes, ese no entendió nada*” (Augustinus en Scholz 2001). La interpretación sacra no era sólo un ejercicio meramente intelectual, sino que su rectitud estaba subordinada a una acción religiosa práctica, a una ética fáctica. El carácter predominantemente pragmático de la hermenéutica sacra será redescubierto siglos después por Dilthey en su dimensión desacralizada, por supuesto.

Hermeneutica Generalis

Volvamos, por un momento, al famoso texto aristotélico. *Peri Hermeneias* (sobre la interpretación) es un trabajo que Aristóteles dedicó al análisis del *logos apophantikos* (habla). Aquí, Aristóteles formuló las reglas que permiten la correcta interpretación o entendimiento (hermenéutica) del habla humana. Queda claro que para el macedonio la Hermenéutica es el arte que permite a un ser humano decodificar correctamente el mensaje hablado emitido por otro ser humano. La Hermenéutica es para Aristóteles una práctica dialógica que involucra dos sujetos interrelacionados por el habla viva, esto es, por su vínculo fundamental: el *logos*.

El espíritu aristotélico es retomado a inicios de la Modernidad por Johann Conrad Dannhauer (1603-1666), quien intentaría, por primera vez, hacer de la Hermenéutica una disciplina filosófica autónoma.

Dannhauer unifica dentro de esta nueva ciencia tanto los *signa voluntaria* como los *signa doctrinalia*, reconciliando la hermenéutica monológica con la dialógica, en lo que él denominara *Hermeneutica generalis*. A Dannhauer también se le debe el primer intento de formular reglas claras para una interpretación correcta.

El proyecto de Dannhauer fue continuado por una serie de pensadores a lo largo de los siglos XVII y XVIII, entre los más importantes: Christian Weise, Christian Thomasius, Cristiana Crusius, Christian Wolff, Alexander Baumgarten, Georg Meier, Johann Lambert y Bernard Bolzano. A ellos debemos, entre otras cosas, la formulación de reglas para la práctica hermenéutica, la clasificación de las presunciones de la posibilidad hermenéutica y, sobre todo, la teorización de la *aequitas hermeneutica* (equidad hermenéutica).

Todos estos autores se inscriben además en la construcción de una *Hermeneutica generalis*, vale decir, en una teoría de la interpretación que no se redujera a ámbitos particulares como la teología, la jurisprudencia, la textualidad, el habla, etc. La *hermeneutica generalis* buscaba establecer un *statu* epistemológico que le permitiera constituirse en una rama autónoma de la filosofía.

Hermenéutica, pragmática, facticidad y ontología

Para muchos historiadores de la Hermenéutica, la verdadera historia de este saber se inicia con el teólogo y filósofo germano Friedrich Daniel Schleiermacher (1768-1834). Los autores anteriores, dicen estos historiadores, solo habían pensado a la Hermenéutica al interior de otros saberes: la lógica, la filosofía, la gramática, la filología, etc. Schleiermacher, por el contrario, fue el primero en pensar la Hermenéutica como una ciencia filosófica independiente, encargada del estudio del entendimiento del lenguaje oral y escrito.

Sin embargo, la centralización de la Hermenéutica como ciencia no es el gran aporte del teólogo germano, sino el haber introducido la dimensión histórica en la praxis interpretativa. Con anterioridad a él,

los hermeneutas se esforzaban por descubrir aquellas reglas universales de interpretación aplicables en el entendimiento de cualquier texto, por eso las buscaban en la estructura formal de la gramática o de la lógica. Schleiermacher considera que la visión de sus antecesores, sin ser falsa, es limitada, de ahí que divide metodológicamente a la Hermenéutica en dos partes: la interpretación gramatical y la interpretación psicológica o técnica. La primera debía ocuparse de la reconstrucción de las regularidades gramaticales que hacían posible una interpretación correcta al nivel formal. El contenido, por su lado, requería para su interpretación adecuada el análisis del momento histórico que permitió a su emisor componerlo. Por esta razón las reglas de la interpretación psicológica devenían históricas. A un texto sólo es posible entenderlo desde la reconstrucción de las condiciones históricas que posibilitaron su composición formal (gramatical) y su composición psicológica (vital-histórica).

Este gran descubrimiento fundamentará la Hermenéutica y su desarrollo posterior. Todos los autores que ampliaron este saber -hasta convertirlo en ontología- quedaron sujetos al primado histórico descubierto por Schleiermacher: Dilthey, Heidegger y Gadamer.

Con Wilhem Dilthey (1833-1911), la Hermenéutica experimenta un giro radical por dos motivos: (1) Dilthey se propone fundamentar la diferenciación entre ciencias naturales y ciencias sociales en el carácter hermenéutico de estas últimas, transformando, de este modo, a la Hermenéutica en la base epistemológica de las ciencias sociales. Las ciencias sociales se construyen sobre el entendimiento entre dos sujetos y no como lo hacen las ciencias de la naturaleza sobre la explicación de los objetos o fenómenos naturales. El *dictum* de Dilthey está enunciado así: *la naturaleza es explicada por nosotros, la vida del alma es entendida*.³ (2) Por otro lado, Dilthey establece una conexión inseparable entre la práctica comprensiva y la vida de los seres humanos. La Hermenéutica deviene de este modo pragmática social, la cual se halla constituida por tres momentos pragmáticos reversibles: *vivencia, expresión y entendimiento*. De un lado los humanos

fundamos nuestras expresiones en vivencias vitales; de otro, estas vivencias son entendidas -por otros humanos- a través de la interpretación de su enunciado. El entendimiento del enunciado (práctica hermenéutica) es el nexo que une las pragmáticas vitales del hablante y del escucha. El entendimiento -para Dilthey- es: *“el proceso, en el cual nosotros, partiendo de signos dados sensiblemente desde el exterior, reconocemos un interior”*.⁴ Los seres humanos, en la práctica hermenéutica, penetramos en la reconstrucción histórico-vital que permite al hablante enunciar cierta proposición. Dilthey llega a afirmar que un buen hermeneuta puede lograr conocer, mejor que el propio hablante, el mundo y las motivaciones que permitieron al este último realizar tal o cual enunciado.

Otro de los aportes fundamentales de Dilthey a la Hermenéutica es haber postulado su carácter holístico circular. Para entender el enunciado de un texto, por ejemplo, es necesario entenderlo al interior de una estructura mayor: el párrafo. La comprensión de éste, a su vez, se debe inscribir dentro de una estructura mayor: el capítulo. El capítulo, a su vez, en el libro. Y éste, finalmente, en la dimensión histórica del autor. Descuidar o no considerar el carácter holístico de la Hermenéutica tiene como consecuencia la deficiencia interpretativa. A pesar del valioso aporte del carácter holístico, su impracticabilidad en el análisis del habla viva condena a Dilthey a quedar atrapado en la Hermenéutica textual, o, a lo mucho, en la Hermenéutica de la memoria material, en aquello que él mismo denominara ‘fijaciones duraderas’ (*dauerhafte Fixierungen*).

Martin Heidegger (1889-1976), siguiendo su ya clásica distinción entre saberes ónticos y saberes ontológicos, postula que la hermenéutica deber ser sometida a esta división fundamental. Por eso para el filósofo germano, el entendimiento había sido descrito por todos los autores anteriores a él desde su dimensión óptica, pero había sido descuidado en su dimensión ontológica. La hermenéutica, en su nivel ontológico, no era aquella práctica que permitía al ser humano entender correctamente textos orales o escritos, sino que ésta formaba parte de la constitución estructural del Ser como un modo fundamental

3. “Die Natur erklen wir, das Seelenleben verstehen wir” (Dilthey 1924, 144).

4. “Wir nennen den Vorgang, in welchem wir aus Zeichen, die von aussen sinnlich gegeben sind, ein Inneres erkennen” (Dilthey 1927, 309).

del ser de la existencia (*Fundamentalmodus des Seins des Da-seins*). La hermenéutica se convierte, entonces, en una función propia que caracteriza el ser del existente, y que permite a éste la recuperación de su presencia, la apertura de mundo y la producción de sentido.

La hermenéutica es, por lo dicho, el modo existencial que hace posible la comprensión histórica del Ser y del Existente (*Dasein*); es el dispositivo que permite visualizar al Ser en el lenguaje. La Hermenéutica deja de ser interpretación voluntaria de textos para transformarse en entendimiento estructural del Ser en el lenguaje por el Existente. Este entendimiento, sin embargo, está determinado por el estar-en-el-mundo del Existente (*in-der-Welt-Sein des Dasein*) y por tanto no es sino temporal,⁵ es decir, está atrapado en la claridad (*Lichtung*) propia de una época. Es, por todo esto, Hermenéutica de la facticidad del ser por el existente.

Heidegger convierte de esta forma a la Hermenéutica en el modo fundamental de ubicación del *Dasein* (ser humano) en el *in-der-Welt-Sein* (mundo). Transcribamos todo lo dicho en lenguaje heideggeriano: “Entender es el Ser existencial del propio Poder-ser del Existente mismo, de tal modo, que ese Ser abre a sí mismo el Qué del Ser con él mismo”.⁶

Hermenéutica Filosófica

La intensificación de la línea de reflexión trazada por Schleiermacher, Dilthey y Heidegger conduce, casi de modo natural, a la ontologización lingüística de la Hermenéutica postulada por Hans-Georg Gadamer: “el ser, que puede ser interpretado, es el lenguaje” (*das Sein, das verstehen werden kann, ist Sprache*).

Gadamer comparte con su maestro Heidegger la idea de que el entendimiento es un existencial del Existente, pero discrepa en colocar al Ser como pri-

macía analítica dentro del cual se explica al Existente. Gadamer reemplaza el Ser heideggeriano por el lenguaje o, con más exactitud, por el diálogo (*Gespräch*). Este aparente cambio no se mueve al nivel metodológico simplemente, sino que permite un giro ontológico al interior, no únicamente de la Hermenéutica, sino de toda la Filosofía: “La relación humana con el mundo es, sobre todo y principalmente, lingüística e inteligible (*verstendlich*). La hermenéutica es por eso un aspecto universal de la Filosofía y no solo la base metodológica de las ciencias del espíritu” (Gadamer 1990, 479). El giro lingüístico en la Hermenéutica permite a Gadamer fundarla como Hermenéutica filosófica, logrando de esta manera el viejo sueño de convertir a este saber en la *scientia generalis*.

Para Gadamer, una de las formas concretas de funcionamiento del lenguaje es el entendimiento interpretativo; entendimiento en el cual se produce la apertura del mundo y la afirmación del ser humano en cuanto ser humano.

La Hermenéutica gadameriana es una logo-ontología fundamental. El diálogo, como la principal estructura concreta del lenguaje, es el primado ontológico y metodológico desde donde se abre filosóficamente el ser humano y el mundo.

De ahí que el ser humano, tanto en su dimensión cotidiana cuanto en la filosófica es un hermeneuta, del mismo modo que el mundo (Ser) se nos da como posibilidad hermenéutico-discursiva: el ser es lenguaje interpretado y nada más.

Con Gadamer la Hermenéutica alcanza su grado supremo de centralización filosófica deviniendo ontología sin más. Dentro del espíritu de la misma Hermenéutica se vuelve imposible ir más allá de lo propuesto por Gadamer, pues todo intento de refutarla termina siendo su confirmación. Toda refutación es, por principio, entendimiento interpretativo, vale decir, hermenéutica.⁷

5. Utilizamos el término temporal y no histórico, porque para Heidegger lo histórico es aplicable al análisis óntico y no al ontológico. Él utiliza el adjetivo *zeitlich* derivado del sustantivo *Zeit* (tiempo) para referirse al análisis ontológico.

6. “Verstehen ist das existenziale Sein des eigenen Seinkonnens des Da-seins selbst, so zwar, dass dienes Sein an ihm selbst das Woran des mit ihm selbst Seins erschliesst” (Heidegger 1993, 144).

7. En este artículo nos eximimos de revisar tendencias críticas al pensamiento de Gadamer como las de Habermas, Apel, Rorty, Derrida, Fellmanns, etc., o desarrollos como los de Ricœur, Winograd, Flores, Boehm, Btschmann, Curthen, etc., por considerarlos sólo aportes interesantes al pensamiento de la Hermenéutica Filosófica pero no nuevas propuestas dentro de su propio espíritu.

En este numeral recordaremos, de modo separado, algunas de las categorías fundamentales que articulan la Hermenéutica filosófica:

Círculo Hermenéutico

El Círculo Hermenéutico queda definido, desde la *Retórica de Aristóteles*, en su forma más elemental de este modo: el entendimiento de la parte presupone el entendimiento del todo y, a su vez, el entendimiento del todo presupone el entendimiento de la parte.

En su forma acabada, el círculo hermenéutico tiene que ver con ganar el entendimiento de un texto desde el entendimiento del uso lingüístico que hace el autor y su tiempo en la producción del mismo. El círculo hermenéutico debe llevarnos a evitar todo tipo de pre-concepciones propias acerca del texto y permitarnos descubrir las pre-concepciones propias del autor y de su tiempo, es decir las pre-concepciones que hacen posible el texto. Sin embargo, las pre-concepciones del autor y su tiempo sólo son posible explorarlas desde el texto mismo, desde la textualidad que nos abre a la reconstrucción de los pre-juicios históricos sobre los que se sostiene el texto. En la interpretación del texto, entonces, accedemos tanto a su entendimiento cuanto a su fundamentación, este doble proceso es lo que se conoce como *círculo hermenéutico*.

Los pre-juicios propios del texto llegan hasta el intérprete a través de la tradición histórica, estos pre-juicios permiten al intérprete realizar una primera aproximación al texto; resultado de esta primera interpretación son la reformulación de los pre-juicios adquiridos históricamente y la posibilidad de una nueva interpretación que nos abra a pre-concepciones nuevas del texto y así sucesivamente. Cada nueva interpretación del texto no nos lleva al lugar de partida sino a un nivel superior de comprensión, por eso algunos autores han sugerido hablar no de un círculo hermenéutico sino más bien de una espiral hermenéutica.

Para Gadamer, los prejuicios son una pre-estructura ontológica anterior a toda interpretación, vale

decir que todo proceso hermenéutico presupone necesariamente pre-concepciones, las mismas que deberán ser sometidas a interpretación crítica partiendo, claro está, de esas mismas pre-concepciones, cerrándose de este modo el círculo.

En este ejercicio, cree Gadamer poder ir diferenciando entre pre-juicios verdaderos y pre-juicios falsos e ir formando una unidad perfecta de sentido, el único criterio de una verdadera interpretación. Un texto ha sido bien interpretado cuando éste es reconstruido como una unidad perfecta de sentido.

Extrañeza y Familiaridad

El proceso de entendimiento e interpretación presupone que partamos necesariamente de tener frente a nosotros un mundo diferente, un lenguaje extraño. Del mismo modo que todo entendimiento también presupone necesariamente que poseamos un lenguaje y un mundo propio desde los cuales orientarnos.

Esta presencia de lo propio y lo extraño en el proceso interpretativo ha sido codificado por Gadamer con los términos 'extrañeza' (*Fremdheit*) y 'familiaridad' (*Vertraulichkeit*).

Para toda interpretación nosotros partimos de pre-concepciones propias de nuestro lenguaje, en ellas nuestro mundo nos es dado con total normalidad, con la tranquilidad que nos asegura la familiaridad de lo ya establecido.

Al enfrentarnos con el texto a ser interpretado, éste nos pone frente a lo extraño, a aquello que pone en duda y conmociona nuestra familiaridad, la normalidad de nuestro mundo. La interpretación consiste entonces no solo en entender el sentido literal del texto, sino en irnos apropiando de los pre-supuestos que otorgan familiaridad al mismo, es decir, en ir ganando poco a poco el mundo que da sentido completo al texto. Entender un texto es ganar un mundo y con esto ampliar el nuestro.

La capacidad que tenemos de ampliar nuestro mundo a través de hacer propio el mundo del otro

histórico no supone la pérdida de nuestro mundo sino, por el contrario, su afirmación.

Nosotros sostenemos -señala Gadamer- que la unión lingüística de nuestra percepción del mundo no significa ninguna perspectiva excluyente; cuando nosotros ingresamos en un mundo lingüístico extraño y sobrepasamos los pre-juicios y las limitaciones de nuestra percepción de mundo actual, esto no significa que nosotras hayamos abandonado y negado nuestro propio mundo (Gadamer 1990, 452).

Horizonte de Fusión

A diferencia de lo postulado por Dilthey de que la Hermenéutica nos permite ingresar a las determinante vitales de quien interpretamos, o de la facticidad heideggeriana que supone que el entendimiento interpretativo está determinado por la localidad (*Be-findlichkeit*) del Existente, para Gadamer “el entendimiento supone entenderse en el lenguaje y no introducirse en el otro y seguir sus vivencias” (Gadamer 1990, 387). Por eso el entendimiento se realiza en la construcción de un nuevo lenguaje resultante del encuentro entre el del intérprete y el del interpretado, y no en la simple reconstrucción del discurso del interpretado desde su misma historicidad.

‘Horizonte de encuentro’ llama Gadamer a la realización del diálogo, en el cual una cosa se expresa, la misma que no es solo mía o de mi autor, sino que es una cosa común. Para que este horizonte se dé se requiere que: los propios pensamientos del intérprete estén ya integrados en el re-despertar del sentido del texto. En tanto, es determinante el propio horizonte del intérprete, pero no como punto de partida, que se puede sostener o imponer, sino más bien como una opinión y posibilidad que entran en juego y que ayuda a aproximarse de modo verdadero a aquello que está dicho en el texto (Gadamer 1990, 392).

La interpretación gadameriana debe ser entendida como el proceso de construcción de un nuevo texto; un texto en el cual se hallen presentes tanto el horizonte histórico del interpretante como el horizonte

histórico del interpretado, esto es, la mezcla entre las pre-concepciones de dos épocas en una nueva forma de producir discursividad. El horizonte de encuentro puede ser formulado como “la creación de un nuevo lenguaje, el cual no solo sea a la medida del propio, sino también a la medida del original” (Gadamer 1990, 390).

Influencia de la historia y su conciencia

Ya dijimos que toda interpretación parte de pre-juicios propios de nuestro horizonte histórico. Estos pre-juicios, sin embargo, no han aparecido *ex nihilo*, sino que nos vienen dados por la influencia que la tradición va dejando en la historia que nos constituye. Nuestro horizonte histórico aparece como nuestro, sólo en tanto los pre-juicios adquiridos históricamente desde la tradición se han ordenado desde necesidades propias de nuestro tiempo. Esta peculiaridad hace que cuando nos enfrentamos a textos que nos llegan de la tradición, los tomemos desde su otredad.

La influencia histórica es el puente que une el horizonte a interpretar con el horizonte del intérprete, es aquello que no permite a la Hermenéutica filosófica caer en un relativismo o historicismo radical, sin que esto impida sostener la finitud histórica y las limitaciones de perspectiva de todo intérprete. En la hermenéutica de un texto que nos viene de la tradición, nosotros, desde nuestro horizonte actual, nos apropiamos de nuestra propia tradición, hacemos nuestro un horizonte históricamente ajeno, el mismo que habita, sin embargo, en nosotros como influencia histórica en nuestros pre-juicios.

Ser conscientes o no de la influencia histórica no compromete en lo más mínimo la presencia de los pre-juicios -originados en la tradición- en la estructuración del horizonte histórico en el cual habitamos, pero sí compromete seriamente la interpretación de los textos que nos llegan desde nuestra propia tradición. Ser conscientes de la importancia de la influencia histórica en la formación de nuestros propios pre-juicios nos da la posibilidad de apropiarnos de mejor manera del horizonte histórico que hizo posible los textos de la tradición; es decir, nos brinda la posibilidad de reconocer como ‘verdaderamente

nuestra, nuestra propia tradición. Gadamer asegura que “*la conciencia de la influencia histórica es un momento de la realización del entendimiento*” (Gadamer 1990, 306).

Diálogo

No sería exagerado señalar que para Gadamer el diálogo no es sólo el fundamento axiomático de toda filosofía, sino, y esto es lo verdaderamente importante, el soporte ontológico mismo de la existencia en general y de la existencia humana en particular. Sólo en el diálogo el mundo se vuelve presente; en él se abre la comprensión humana y en este abrirse a través del intercambio lingüístico el hombre deviene ser cultural. Recordemos que según el *dictum* más citado del maestro germano “el Ser, el cual puede ser entendido es el lenguaje y que el lenguaje sólo es en el diálogo”, vale decir que a través, o con mayor precisión, en la intercomunicación discursiva se nos da el Ser, se nos abre el acceso a su comprensión y se nos hace posible nuestra propia existencia. El diálogo es, pues, el proceso que posibilita la existencia del Ser.

¿Pero, qué es y cómo se produce el diálogo? Para Gadamer, el diálogo sólo es posible cuando “dos hombres se encuentran frente a frente para intercambiar uno con otro” sabiendo que a este intercambio necesariamente asisten “dos mundos, dos visiones del mundo y dos concepciones del mundo, enfrentadas mutuamente” (Gadamer 1990, 210). El resultado de este encuentro, lo que significa el diálogo propiamente dicho, “es enfrentarse con el otro en sus contrarreplicas o sus aprobaciones, en su comprensión o sus incomprensiones, [es] una forma de expansión de nuestra individualidad y una apuesta por un posible colectividad, hacia la cual nos arriesga la razón” (Gadamer 1990, 210). El diálogo es, entonces, la búsqueda de complementariedad existencial de los hombres. Complementariedad que permite a éstos no solamente el alumbramiento del Ser, sino y lo que es más importante, su posibilidad existencial. Pues, y como quiere el autor, en el diálogo nosotros encontramos algo en el otro, algo que de ese modo no habíamos encontrado en nuestra propia experiencia de mundo porque sólo en el diálogo pueden los hombres encontrarse unos a otros y construir cualquier tipo de comunidad, comunidad en la cual cada uno

sigue siendo el mismo para el otro, porque ambos se encuentran en el otro y en el otro se encuentran a sí mismo (Gadamer 1990, 211).

El diálogo es sin duda “estar-más-alí-de-sí-mismo” (Gadamer 1990, 369), estar en comunión con el otro, y en esta comunión hacer posible la revelación del Ser. La comunicación verbal nos permite constituirnos en la comunidad humana general, en lo que la filosofía actual ha denominado: ‘comunidad de hablantes’.

De este modo reconstruye Gadamer el diálogo en su forma humano-concreta. Es este contacto necesario entre los hombres el fundamento de la hermenéutica filosófica gadameriana. Dialogar no significa, sin embargo, colocarse en la posición del otro y desde ahí recuperar la experiencia de mundo del interlocutor; dialogar expresa, por el contrario, “entenderse con el otro en el lenguaje” (Gadamer 1990, 387); proceso para el cual es necesario trasladar la intención del discurso del otro a los códigos de nuestro propio lenguaje, es decir, transformar el habla del otro al mismo tiempo que transformamos la nuestra propia. Es, pues, la creación de un lenguaje común entre el ‘ego’ y el ‘alter ego’ de la comunicación.

Por eso para Gadamer el caso más claro de proceso hermenéutico es la traducción. En ella, nos dice, “debe conservarse sobre todo el sentido [del texto], pero como éste debe ser entendido en otro lenguaje-mundo, tiene que valorizarse en este nuevo lenguaje de modo distinto” (Gadamer 1990, 388). De ahí que toda traducción sea en sí misma una interpretación, una reformulación de sentido al interior de otros códigos. El diálogo es entonces eso: trasladar el sentido del discurso del otro a un tipo de codificación propia de otro discurso, crear un encuentro de horizontes (*Horizontverschmelzung*) entre dos mundos lingüísticos al interior del lenguaje. En otras palabras, crear un lenguaje común para las dos experiencias humanas en contacto. Un lenguaje que no sea propio de ninguno de los dos, sino una producción conjunta, la ‘realización del diálogo’.

Como se logra ver, el fundamento último del diálogo es la creación de un espacio en el cual interactúan dos mundos lingüísticos o dos experiencias de

mundo; espacio que instaura por sí mismo el mundo compartido por los hombres en su intercomunicación simbólica, un lugar común que además descubre la arquitectónica del Ser.

A ese espacio particular, punto último de la realización dialógica, Gadamer denominó encuentro de horizontes. Lo caracterizó como el lugar donde dos experiencias del mundo, dos horizontes interpretativos que se superan a sí mismos en la conformación de otro nuevo lenguaje-mundo.

-3-

La diversidad cultural e histórica en un mismo espacio geográfico ha sido una constante en la experiencia latinoamericana. A pesar de que el término pluriculturalidad⁸ es de reciente data, la vivencia de lo diverso ha sido el gran tema de las ciencias sociales latinoamericanas. Cobijado bajo el nombre de mestizaje se ha tratado de entender a sociedades que hoy bien pudieran ser llamadas pluriculturales. Por esta razón trataremos de revisar algunas de las teorizaciones sobre el mestizaje americano.

A pesar de los muchos discursos que sobre el mestizaje se han producido en nuestra América, todos se mueven entre tres coordenadas organizadoras. La primera coordenada va desde la visión biológica hasta la lectura cultural del mestizaje; una segunda se desplaza entre la síntesis perfecta hasta la heterogeneidad problemática; y la última se extiende desde el carácter positivo de la mezcla hasta su negatividad intrínseca.

El mestizaje entendido como mezcla biológica, es decir, como entrecruzamiento entre razas diferentes, está presente en casi todos los discursos sobre lo mestizo. Sin embargo, es en *La raza cósmica* de Vasconcelos, donde este supuesto encuentra su explicación más acertada. Para el pensador mexicano el mestizaje es fundamentalmente biológico; él nos habla de la existencia de cuatro razas: la blanca, la

Resumiendo, podemos apuntar que en la arquitectónica filosófica gadameriana el Ser es explicado desde el diálogo y éste desde la conformación del encuentro de horizontes, vale decir, desde la fusión de los horizontes de comprensión del yo y del otro.

Sin ser las arriba tratadas, todas las categorías importantes de la Hermenéutica filosófica, sí son las que pueden servirnos de manera privilegiada para auscultar el discurso de la Pluriculturalidad latinoamericana, tema de nuestro siguiente numeral.

negra, la amarilla y la roja, el resultado de la fusión armónica de estas razas daría lugar al surgimiento de una quinta raza: la raza cósmica. Esta “misión étnica”, cree Vasconcelos, sólo puede ser cumplida en tierras de la América Latina, pues únicamente ahí han logrado encontrarse estas cuatro razas primigenias. Además “la ventaja de nuestra tradición es que posee mayor facilidad de simpatía con los extraños. Esto implica que nuestra civilización, con todos sus defectos puede ser la elegida para asimilar y convertir a un nuevo tipo a todos los hombres” (Vasconcelos 1948, 27)

De otro lado, el mestizaje ha sido entendido como mezcla eminentemente cultural. Ejemplo claro de esta postura lo representa el *ethos barroco* de Bolívar Echeverría. El filósofo ecuatoriano afirma que ha llegado tal vez la hora de que la reflexión sobre todo el conjunto de hechos esenciales de la historia de la cultura que se conectan con el mestizaje cultural abandone de una vez por todas la perspectiva naturalista y haga suyos los conceptos que el siglo XX ha desarrollado para el estudio específico de las formas simbólicas, especialmente las que provienen de la ontología fenomenológica, del psicoanálisis y de la semiótica (Echeverría 1998, 31).

De ahí que su propuesta sobre el barroco americano deba entenderse como competencia de varias

8. Los términos *pluricultural* y *pluriculturalismo* se vuelven moneda corriente en las Ciencias Sociales latinoamericanas, luego que los levantamientos indígenas de Centro y Suramérica transformarán a los pueblos indios en sujetos de la historia, la cultura y la política de nuestra región. Hay que diferenciar entre multiculturalismo y pluriculturalismo: el primer término se usa principalmente en los EEUU y Europa para referirse a la diversidad cultural asentada en una homogeneidad económica (el capitalismo); el segundo término hace referencia a fenómenos propios de las periferias de occidente donde la diversidad cultural se corresponde además con una diversidad histórica y sobre todo económica. De ahí que términos como *multitemporalidad* o *edades históricas distintas* sean más acertados -o por lo menos complementarios- que el de pluriculturalidad.

experiencias culturales: unas modernas y otras pre- y hasta pos-modernas. Echeverría apuesta por una *codigofagia cultural* entre todas las culturas comprometidas en el mestizaje americano.

El carácter sintético del mestizaje se halla presente en la mayoría de las posturas. Para Vasconcelos, por ejemplo, América Latina tiene “la misión de servir de asiento a una humanidad hecha de todas las naciones y todas las estirpes” (Vasconcelos 1948, 48). La mezcla racial y cultural de los pueblos en el mestizaje americano tendría como resultado la superación de todos sus componentes y el apareamiento de un nuevo sintético. Este nuevo sintético ha tomado diversos nombres: *creolismo*, *barroquismo*, *antropofagismo*, *hibridismo*, etc. En la teorización de Bolívar Echeverría la visión sintética del mestizaje es enfocada desde la reflexión hermenéutico-lingüística; “ser intérprete -nos dice- consiste en ser el mediador de un entendimiento entre dos hablas singulares, el constructor de un texto común para ambas (Echeverría 1998, 21). El mestizaje adquiere desde este *pathos* el carácter sintético lingüístico propio de la *codigofagia* cultural de los pueblos americanos.

La condición heterogénea del mestizaje se encuentra planteada de manera radical en *Escribir en el Aire* de Antonio Cornejo Polar. El crítico peruano, refiriéndose más bien a la literatura, ha señalado el carácter heterogéneo de la producción poética andino-americana. Sin embargo, librándose de los límites estrechos de lo literario clásico, la razón heterogénea puede extenderse a la hermenéutica cultural. Haciendo una contra-lectura de los postulados que el Inca Garcilazo tuviese de su propia persona, Cornejo Polar apunta:

Ahora entendido en términos de violencia y empobrecimiento, casi como mutilación de la completud de un ser que la conquista hizo pedazos, el mestizaje -que es la señal mayor y la más alta de la apuesta garcilacista a favor de la armonía de dos mundos- termina por reinserirse (...) en su condición equívoca y precaria, densamente ambigua, que no convierte la unión en armonía sino -al revés- en convivencia difícil, dolorosa y traumática (Cornejo Polar 1994, 99). Por último, la valoración positiva del

mestizaje está presente en la totalidad de las visiones racial-sintética y cultural-sintética. Para estos puntos de vista, el mestizaje representa una ventaja biológica y/o cultural frente a cualquier purismo. La positividad biológica viene directamente influenciada por el supuesto genético de que todo entrecruzamiento cromosómico sexual es superior a la carga genética de los dos progenitores. Vasconcelos sentencia en su libro: “mendelismo en biología, socialismo en el gobierno, simpatía creciente en las almas, progreso generalizado y aparición de la quinta raza que llenará el planeta, con los triunfos de la primera cultura verdaderamente universal, verdaderamente cósmica” (Vasconcelos 1948, 53, 54) Del mismo modo, Echeverría, desde la visión culturalista, señala que “... la mezcla es el verdadero modo de la historia de la cultura y el método espontáneo, que es necesario dejar en libertad, de esa inaplazable universalización concreta de lo humano” (Echeverría 1998, 27).

La visión negativa del mestizaje cierra su caracterización. Uno de sus primeros diagnósticos fue emitido por Octavio Paz en *El laberinto de la soledad*. Para el intelectual mexicano, el pachuco (representante de cierto mestizaje) “se lanza al exterior, pero no para fundirse con lo que lo rodea, sino para retarlo. Gesto suicida, pues el ‘pachuco’ no afirma nada, no defiende nada, excepto su exasperada voluntad de no-ser” (Paz 1998, 19). La negación absoluta que encierra el mestizaje tiene que ver con que El mexicano [mestizo por excelencia] no quiere ser ni indio, ni español. Tampoco quiere descender de ellos. Los niega. Y no se afirma en tanto que mestizo, sino como abstracción: es un hombre. Se vuelve hijo de la nada. Él empieza en sí mismo (Paz 1998, 105)

Más drástica y dramática es la visión que Agustín Cueva tiene del *no-ser* propio en el mestizaje andino. El sociólogo ecuatoriano afirma que:

Frente a estas manifestaciones (al mestizaje andino) uno tiene la impresión de encontrarse ante una realidad completamente destotalizada, hecha de retazos mal ensamblados, de materiales imperfectamente fusionados a menudo disonantes; en la cual los diferentes com-

ponentes no parecen haber sido elaborados a partir de una pre-concepción estructural sino, a la inversa: que a última hora se hubiese buscado, es decir, improvisado una estructura con los elementos dispares que se disponía (Cueva 1987, 118).

Desde inicios de los 90 se vienen desarrollando en Latinoamérica una serie de lecturas cultura-

les inspiradas en las teorizaciones postmodernas y postcoloniales, así como en los *gender, cultural and sub-cultural studies*. Sin embargo, todos estos estudios, a pesar de su carácter novedoso, no aportan, creemos, nada substancial a las propuestas del mestizaje latinoamericano.⁹ Se trata de un cambio meramente semántico. Por esto seguiremos manteniendo nuestras tres líneas de análisis respecto al mestizaje o a las sociedades pluriculturales, si se quiere.

-4-

Pues bien, ahora nos toca ver hasta dónde son aplicables las categorías de la Hermenéutica filosófica para enfrentar el discurso de la pluriculturalidad. En todas las propuestas del mestizaje latinoamericano subyacen implícitamente elementos que pueden ser reconstruidos desde la hermenéutica social (no desde la filosófica). Para la gran mayoría de los pensadores de nuestra región la Hermenéutica no ha constituido el eje teórico y metodológico de sus reflexiones; sin embargo, la pluralidad cultural del sub-continente ha permitido que, sin intención, ingrese en temas propios de la Hermenéutica. En las teorizaciones que arrancan desde hace 15 años encontramos tímidos deseos de hacer propios los logros de este saber filosófico, pero ningún autor ha fundamentado su pensar en la Hermenéutica. A continuación queremos explorar, a nivel filosófico, tres tipos de aplicabilidad: una fuerte, otra moderada y una última, mínima.

Aplicabilidad Fuerte

En la primera y segunda parte de este ensayo, vimos cómo la Hermenéutica llega a consolidarse como fundamento onto-antropológico, es decir, no sólo como método filosófico, sino como el axioma fundamental de toda filosofía y de cualquier antropología. Si tomamos esta visión fuerte de la Hermenéutica para explorar los problemas de la interculturalidad latinoamericana, tendríamos que conjugar dos tipos de hermenéutica: una intracultural y otra intercultural.

La Hermenéutica intracultural se movería al interior de un mismo horizonte cultural, es decir, se limitaría al análisis de los diálogos internos que posibilitan la reestructuración, la ampliación y la apertura de horizontes de esa cultura. Desde esta perspectiva la hermenéutica filosófica desarrollada por Gadamer podría aplicarse -para dar cuenta de la intraculturalidad- sin modificaciones. Sin embargo este tipo de análisis carece de interés para los estudiosos latinoamericanos porque el peso del conflicto intercultural opaca los posibles desarrollos de una hermenéutica intracultural.

En los últimos años hay muchos intentos de formular este tipo de exploración al interior de ciertas tendencias indigenistas, que refugiadas en visiones cuasi-raciales pretenden reavivar una propuesta cultural puramente americana. Para estos pensadores, la hermenéutica intracultural se vuelve absolutamente relevante. La categoría de 'influencia histórica y su conciencia' se presenta como el puntal hermenéutico que permite, a esto teóricos, encontrar los nexos entre un pasado idealizado y su pervivencia -a través de los prejuicios- en el presente, construyendo de este modo la continuidad necesaria para la apropiación -familiarización- de su propia autoridad y tradición.

De menor importancia pero digna de mencionar son propuestas culturales blanco-católicas que pretende redescubrir y reforzar un supuesto origen hispano-católico de las élites latinoamericanas. Estas propuestas a pesar de presentarse abiertas al ejercicio de una Hermenéutica intracultural, se hallan total-

9. Entre los más importantes: Carlos Monsivais, Hugo Achúar, José Joaquín Brunner, Jean Franco, Norbert Lechner, Martin Lienhard, Jesús Martín Barbero, Nelly Richard, Beatriz Sarlo, Carlos Rincón, Alfonso de Toro, Walter Mignolo, etc.

mente opuestas a pensar siquiera una Hermenéutica intercultural, su fundamento axiológico se basa en la negación absoluta de un diálogo con cualquier otro cultural. De este modo se produce una contradicción preformativa: Hermenéutica hacia dentro e imposibilidad de Hermenéutica hacia fuera. Siendo importante la Hermenéutica para este tipo de reconstrucción cultural, sus teóricos no han aprovechado todo el aparato categorial de este saber para estructurar sus discursos, más bien han tratado de fundamentarlos desde supuestos raciales cuasi-religiosos como son los de: destino, misión, orígenes, pureza, preterminación, etc.

La Hermenéutica intercultural, por su lado, nos pondría frente a problemas poco explorados por Gadamer, como el problema de las heterogéneas 'influencias de la historia' propias de cada cultura presente en nuestro continente.¹⁰ El problema, sin embargo, no es insalvable al interior de la aplicabilidad fuerte de la Hermenéutica. La interculturalidad complica el proceso hermenéutico por la radical extrañeza en la que se pueden hallar las culturas involucradas (como por ejemplo cuando se produjo el choque entre las culturas católico y protestante europeas con las culturas indoamericanas) y por la inexistencia de una tradición común que permita cierta continuidad en los prejuicios heredados desde esa misma tradición. Por su parte, la Hermenéutica filosófica, gracias a su *aspecto universal*, podría enfrentar estas dificultades.

Sin embargo, en la tradición de pensamiento latinoamericano el problema de la heterogeneidad de la influencia histórica ha sido salvado reduciendo su importancia. Ya vimos que tanto Vasconcelos -desde la visión racial- como Echeverría -desde la cultural- dan por supuesto la posibilidad de la construcción sintética de una nueva raza y/o de un nuevo lenguaje. Estas visiones presuponen que a pesar de las distintas influencias históricas propias de cada cultura el proceso hermenéutico no sólo que es posible, sino que puede llegar hasta el punto de que éstas -las influencias históricas- pueden conseguir fusionarse en una sola *raza* o en un solo *discurso*, es decir, mestizarse.

Queda por explicar si el mestizaje -tanto racial como discursivo- se mueve en los términos del horizonte de encuentro gadameriano donde la extrañeza y la familiaridad pudiesen crear un nuevo discurso compartido.

Para Gadamer, el giro lingüístico que experimentó la hermenéutica en *Verdad y Método*, es decir, la fundamentación de la interpretación en el diálogo como única forma de existencia concreta del lenguaje, otorga a la Hermenéutica su aspecto universal. Desde esta perspectiva, la hermenéutica intercultural, a pesar de la radical extrañeza que pueden separar a las culturas involucradas, no presenta mayores dificultades si partimos de que el lenguaje tiene carácter universal independientemente de las diferencias culturales. El mundo nos es dado en el lenguaje, "*pues la construcción fundamental de todo, sobre lo que se puede dirigir el entendimiento apunta a una estructura ontológica fundamental: el lenguaje*". Por eso, para Gadamer "*el ser que puede ser entendido es el lenguaje*" (Gadamer 1990, 478).

Si aceptamos la universalidad del lenguaje como un axioma de la Hermenéutica filosófica, la extrañeza cultural deviene una distancia histórica pero no ontológica. A pesar de la distancia histórica que pueden separar a dos culturas, éstas están conectadas por la función que cumple el lenguaje en la apertura de mundo y es desde el lenguaje como estructura ontológica fundamental donde se pueden relacionar las dos culturas separadas históricamente e iniciar el proceso de mutua interpretación. La capacidad lingüística propia de toda experiencia humana fundamenta ontológicamente la posibilidad de su mutua comprensión y de la construcción de un nuevo horizonte de significación.

En los textos de Gadamer no se explora esta posibilidad y sus dificultades. La experiencia histórica latinoamericana brinda la oportunidad de poner a prueba la universalidad de la competencia lingüística como fundamento de cualquier entendimiento posible. Desde este supuesto debemos aceptar que a pesar de las distintas influencias históricas y por ende

10. Los análisis de Gadamer -y de sus discípulos europeos- nunca han enfrentado los supuestos teóricos de la Hermenéutica filosófica con procesos sociales concretos. La razón es simple: la Hermenéutica filosófica es universal a toda actividad interpretativa humana, independientemente de su época y cultura; es el fundamento onto-antropológico del ser humano.

de los distintos pre-juicios, el diálogo que se abre entre dos culturas separadas históricamente puede realizarse gracias a la universalidad del lenguaje. Esto tendría como consecuencia un proceso de decodificación y recodificación para el descubrimiento de una tradición general común, una tradición fundada ya no en el primado de una cultura común, sino en ciertos rasgos humanos comunes, a saber: el lenguaje como apertura de mundo y de auto-afirmación humana. Desde esta perspectiva no se ha investigado en América Latina, pensadores asiáticos como Ram Adhar Mall han explorado lo que hoy se conoce como hermenéutica intercultural. Para este pensador hindú “*en el encuentro con el otro lo propio se vuelve extraño*” (Adhar 1996, 52) y, a partir de esto, podemos reconocer en el otro culturalmente centrado nuestra propia experiencia como humanos, sin querer fusionar ambas experiencias culturales. Adhar denomina a esta práctica: hermenéutica des-situada de un sitio (*orthaft ortlose Hermeneutik*).

Aplicabilidad Moderada

Si consideramos que el lenguaje, a pesar de su carácter universal, no es suficiente para superar la distancia histórica entre dos culturas,¹¹ entonces necesitamos reformular algunos postulados de la Hermenéutica filosófica.

Pensar que el mundo que se abre a través del lenguaje es radicalmente distinto dependiendo de la cultura que lo produce nos exige fundamentar la hermenéutica como proyecto a construir y no como axioma a desarrollar. El otro cultural no se presenta desde esta perspectiva ni como el otro absolutamente extraño ni como el otro unido necesariamente por la experiencia lingüística de mundo, sino como un otro de posible comprensión y entendimiento.

Este tipo moderado de aplicabilidad supone la coexistencia de diversas experiencias de mundo irreductibles unas a otras, experiencias que no compartan pre-juicios y que no tengan como finalidad la construcción de un nuevo horizonte común de mun-

do, sino simplemente la comprensión del otro como distinto y necesariamente irreductible.

La aplicabilidad moderada de la hermenéutica propone un proyecto conjunto (entre las distintas experiencias históricas) que reconozca el origen común de la apertura de mundo en el lenguaje, así como la capacidad de reformulación, ampliación y formación de nuevos horizontes al interior de cada experiencia histórica, sin que esto suponga la interculturalidad. Así también, se compromete a reconocerle al otro en su otredad irreductible y a ser reconocido por el otro en su mismidad irreductible.

Este modelo admite la pluralidad de experiencias históricas en la unicidad del fenómeno humano, pluralidad que por sus orígenes históricos se vuelve inasimilable en una sola de las experiencias o en una conjunción de todas las experiencias. La pluralidad se impone como condición necesaria de la aventura humana en su pasado como en su proyecto de futuro.

En el pensamiento de Antonio Cornejo Polar encontramos una aproximación de este tipo pero cargada de negatividad. Para el pensador peruano la convivencia entre lo indígena americano y lo blanco hispánico no ha provocado la fusión de estas dos culturas, sino que -por intereses económicos- las ha mantenido separadas -a pesar de su proximidad- y en constante conflicto. La presencia de lo diverso, en el caso de Cornejo, no supone la aceptación hermenéutica de los diversos a su mutua existencia, sino que se da como resultado violento de su enfrentamiento. En los textos de Agustín Cueva el tratamiento es similar, la forzada coexistencia de múltiples códigos en un solo espacio no solo produce rechazo y violencia, sino que configura un grotesco sinsentido que imposibilita la construcción de un común articulado.

En *Culturas Híbridas*, de Néstor García Canclini, tenemos una visión más conciliadora y no tan problemática. Para el antropólogo argentino la *hibridación* latinoamericana supone la convivencia de lo diverso al interior de unidades no problemáticas.

11. La postura más radical al respecto la defendió Benjamín en *Die Aufgabe des Übersetzers* (La tarea del traductor). Para el pensador judeo-alemán, lo esencial del lenguaje no es su capacidad comunicativa sino su capacidad simbolizadora, esta última es lo único común a toda lengua. “En toda lengua -apunta Benjamín- queda fuera de lo comunicativo algo no comunicativo, algo que dependiendo de la situación en la que se encuentra, simboliza y se simboliza”. Esta esencia formal es lo único común entre las lenguas, por eso, y solo por eso, es posible la traductibilidad (Benjamín 1992, 61 y 62).

No se trata de fusión, de creación de algo común, sino de la existencia de distintos códigos culturales conviviendo juntos en su hibridización. Jesús Martín Barbero resumió la propuesta de García Canclini de modo inmejorable: lo híbrido -apunta- es lo contrario de lo puro y no conduce necesariamente a la síntesis, es sobre todo mezcla y revoltura (De Mojica 2000, 71). Del mismo modo, Carlos Rincón en *Malinche -Intellektuelle Modell und Phantasma-*, resalta la necesidad de la *traducción cultural o la traducción entre culturas*, sin apostar, con esto, por la creación de un sintético. Toda traducción presupone necesariamente la existencia de diversos; donde hay traducción hay heterogeneidad.

Es interesante considerar posturas teóricas que proponen una supuesta camaleonización cultural. Según estos autores, los códigos de una cultura son reformulados miméticamente por la otra cultural, conservando el nivel signifiante y resignificando el nivel significativo. La exterioridad material signifiante se mantiene, mientras la interioridad subjetiva se resignifica. Esta propuesta admite una hermenéutica moderada en donde la producción del nuevo discurso se basa en la conservación de dos elementos antagónicos y excluyentes. No es el encuentro entre los horizontes culturales distintos el que produce el nuevo texto, sino el vaciamiento y reformulación del nivel semántico con la conservación del nivel sintáctico lo que produce la existencia de este otro cultural.

Muy próximas a estas ideas están las de pensadores post-coloniales, para quienes los discursos producidos en las colonias (ex-colonias) son visibilizaciones de los lados oscuros del discurso colonizador. Walter Mignolo argumenta, por ejemplo, que la razón postcolonial, “deber ser entendida como un grupo diverso de prácticas teóricas que se manifiestan a raíz de las herencias coloniales, en la intersección de la historia moderna europea y las historias contramodernas coloniales”. (Mignolo en De Toro 1997, 52).

En esta misma dirección, son mucho más claras las formulaciones hechas por Elisabeth Groten en tanto resumen del pensamiento de Homi Bhabha. Para este último, el otro colonizado habita como inconsciente en el mismo discurso colonizante: “*el otro*

-nos dice Broten- no está ubicado fuera o más allá de nosotros, sino que halla su lugar al interior de un sistema cultural y de su discurso, del cual se sirve para desplegar su expresividad” (Bhabha 2000, XI). A este fenómeno típico de convivencia entre discurso colonizado y discurso colonizante denomina Bhabha *in-between*. Desde esta perspectiva, la hermenéutica produce un texto nuevo, pero no como resultado del acoplamiento de dos discursos distintos, sino como reacción reveladora del discurso del colonizado frente al del colonizador. No se excluye la importancia de este segundo discurso en el proceso hermenéutico, sino que se revela su parcialidad ocasionada por su lugar de enunciación.

Finalmente, los pensadores ancestralistas creen ver en la pervivencia de signos ancestrales reformulados al interior de lenguajes modernos otra forma de relación intercultural que no sugiere de ningún modo fusión o asimilación. Para estos pensadores la pervivencia signíca se da, unas veces, en el nivel externo material resignificando desde su ubicación en el discurso moderno, otras, en sus dos niveles: en el signifiante como en el significativo.

Este fenómeno de compromiso sin mezcla es denominado por estos autores, ‘principio de disyunción’; principio que, según Edwin Panofsky, explica “*la separación de algún contenido de su forma original o de alguna forma de su contenido original*”. Los lenguajes modernos sirven sólo como escenarios donde se despliega toda la tradición ancestral. El ancestralismo “*visto correctamente no fue pensado como una fusión estilística, son simplemente como la utilización de una forma de expresión (occidental) para un campo temático (sudamericano)*” (Magni 1994, 121 y 191).

Aplicabilidad Mínima

Si suponemos, finalmente, que ni la experiencia intercultural humana, ni la experiencia intracultural humana pueden ser analizadas desde los mismos presupuestos filosóficos porque su forma de constitución así lo exige, es decir, que la Hermenéutica es propia a la experiencia de la cultura europea occidental y que sólo es aplicable dentro de sus límites de su propia historia, entonces habremos caído en un relativismo radical que nos imposibilitaría siquiera

plantear el problema de una Hermenéutica intercultural de modo coherente y no contradictorio.

Frente a este problema, la Hermenéutica optaría por su aplicabilidad mínima. El otro cultural solo podría ser entendido desde nuestro horizonte histórico cultural en una otredad construida desde nosotros mismos, vale decir, el otro debería ser reformulado no desde su mundo, sino únicamente desde el nuestro, creándose de este modo una falsificación del otro. Esta postura tiene que asumir, necesariamente, la absoluta relatividad de su propuesta y la posibilidad de no ser considerada como una igual desde los ojos de la otra cultura. Su último grado de radicalización la llevaría a poner constantemente en cuestión su estatuto normativo y sus capacidades universalizantes, equivalentes y liberadoras.

Este nivel mínimo de la hermenéutica se sostendría en una creencia interna del nosotros cultural, que funde el respeto frente a un otro creado por nosotros mismos, una propuesta de tolerancia interna con el otro y una exigencia a ser respetados generada, también, internamente.¹² Esta propuesta, si no nos abre al diálogo intercultural, por lo menos nos exige respetar al otro en su extrañeza absoluta y nos posibilita ir creando al interior de nuestra tradición pre-juicios e influencias históricas que sedimenten, consoliden y recuerden nuestra distancia y respeto por ese otro.

Los fundamentalismos raciales o culturales que topamos líneas arriba no tienen nada que ver con la aplicabilidad mínima de la Hermenéutica, pues ambos -el hispánico y el indígena- no consideran al otro en su otredad absoluta, ni postulan el respeto a ésta, sino que, por el contrario, desconocen cualquier tipo de otredad equiparable con su mismidad y, resultado de esto, buscan a toda costa su aniquilamiento. La aplicabilidad mínima, por su lado, aceptando la total extrañeza del otro cultural opta por su respecto y exige su derecho a la existencia y pervivencia compartida. Formas de este tipo de aplicabilidad, no siempre enfocadas a la ética, se encuentran enunciadas por

pensadores occidentales como Levinas, Derrida, Lyotard, Deleuze, Guattari, y Rorty.¹³

Sus seguidores latinoamericanos han aprovechado estos postulados para referirse unas veces a nuestra distancia insalvable con occidente y, otras, para hacer visible el abismo ontológico que nos separa de los marginales. Estos pensadores están articulados en su mayoría a la Filosofía de la Liberación. Dussel, por ejemplo, cree que nuestra distancia con los marginalizados solo nos permite una relación físico-perceptiva de su corporeidad a un nivel pre-cultural, vale decir, pre-hermenéutico, aunque, contradictoriamente, lingüístico. Para este pensador, su propuesta pretende ser “*la expresión de la razón del que se sitúa más allá de la razón eurocéntrica*”, una razón que interpela desde la “*exterioridad del Otro en cuanto otro que la Totalidad*”, por lo que esta razón no apela al argumento y al consenso, sino a su nivel más profundo, al cara a cara de la ‘economicidad’ y de la ‘eroticidad’ (Dussel 1994, 55-89).

Octavio Paz en *El Laberinto de la Soledad*, representa al mestizo como un ser que establece una distancia insalvable con sus progenitores; éste, como la negación de los dos culturales, pero no como superación, sino como aniquilamiento. El mestizo de Paz es la negación absoluta de categorías centrales de la Hermenéutica filosófica como son las de: *diálogo, horizonte de encuentro, influencia histórica e incluso círculo hermenéutico*. Paz es, entre los teóricos latinoamericanos, quien lleva hasta su límite último a la Hermenéutica.

Nota final sobre la Aplicabilidad

La ‘Aplicabilidad’ fuerte de la Hermenéutica se encuentra desarrollada, en ciernes por supuesto, en los modelos de mestizaje pensados por Vasconcelos y por Echeverría (fusión racial y fusión cultural). La Aplicabilidad Moderada está insinuada en los modelos de mestizaje trabajados por Cornejo Polar, Paz y Cueva en su visión negativa (heterogeneidad negativa) y en los trabajos de Néstor García Canclini, Car-

12. Hay ciertas aproximaciones a la aplicabilidad mínima dentro de la propuesta de la CONAIE respecto a educación intercultural bilingüe, pero se quedan en la particularidad del tema *educación*.

13. Las categorías de: *exteriorité* en Levinas, *difference* en Derrida, *rhizome* en Deleuze y Guattari, *Métarécits* en Lyotard y *vocabularies* en Rorty, están estructuradas sobre el abismo que separa, de modo ontológico, a dos culturas, a dos discursos y a dos juegos del lenguaje.

los Rincón e Isabel Rith-Magni en su visión positiva (heterogeneidad positiva).

Sobre la Aplicabilidad Mínima, hay rastros de utilización en la Filosofía de la Liberación pero que no compromete enteramente el problema hermenéutico, próxima a esta visión hay algo en el pensamiento postcolonial de corte hindú (*Can the Subaltern Speak?: Speculations on Widow Sacrifice* de Spivak, por ejemplo) en donde se defiende la idea de que el discurso imperialista (occidental), atribuyéndose la verdadera regularidad narrativa, aniquila -sólo por ese hecho- al discurso subalterno, el mismo que para ser oído debe, primero, reformularse en los códigos propios de occidente, es decir, debe aniquilarse culturalmente. Estos análisis arrancan siempre desde esa fractura ontológico-cultural negativa que no permite siquiera la hermenéutica interna. Mucho también se

encuentra en el teorizar postmoderno (*Contingency Irony and Solidarity* de Richard Rorty) pero desde su visión cínica y desestructurante, sin duda. Visión que como ya se anotó, no sólo niega performativamente todo intento hermenéutico, sino que ni siquiera lo busca.

Por tanto, tareas para una cierta Hermenéutica cultural latinoamericana serían: 1) la ampliación y el enriquecimiento de la reflexión iniciada por los teóricos del mestizaje latinoamericano sobre los aportes fundamentales de la Hermenéutica Filosófica, 2) la ampliación crítica de la Hermenéutica Filosófica desde su utilización en el análisis de sociedades pluriculturales, y 3) la construcción de una nueva lectura de la heterogeneidad latinoamericana desde la visión positiva de la Aplicabilidad Mínima de la Hermenéutica.

BIBLIOGRAFÍA

- Adhar Mall, Ram. 1996. *Philosophie im Vergleich der Kulturen*. Darmstadt: Primus.
- Benjamin, Walter. 1992. *Sprache und Geschichte*. Stuttgart: Reclam.
- Beck, Ulrich. 1997. *¿Qué es la globalización?* Frankfurt del Meno: Suhrkamp Verlag.
- Cornejo Polar, Antonio. 1994. *Escribir en el aire*. Lima: ed. Horizonte.
- Cueva, Agustín. 1987. *Entre la ira y la esperanza*. Quito: ed. Planeta.
- Dilthey, Wilhelm. 1966. *Obras completas*. Leibzig y Berlin.
- Dussel, Enrique. 1994. *Historia de la Filosofía y Filosofía de la Liberación*. Bogotá: Editorial Nueva América.
- Echeverría, Bolívar. 1998. *La modernidad de lo barroco*. México: UNAM.
- García Canclini, Néstor. 1989. *Culturas híbridas*. México: Grijalbo.
- Gadamer, Hans-Georg. 1990. *Verdad y Método*. Tübinga: Mohr.
- Heidegger, Martin. 1993. *Ser y Tiempo*. Tübinga: Max Miemeyer.
- Magni-Rith, Isabel. 1994. Ancestralismo: Kulturelle Identitätssuche in der lateinamerikanischen Kunst des 20. Jahrhunderts (Schriften zu Lateinamerika). German Edition.
- Mignolo, Walter. 1997. La razón postcolonial: herencias coloniales y teorías postcoloniales. En *Postmodernidad y Postcolonialidad*, Ed. Alfonso De Toro. Frankfurt: Vervuert.
- Paz, Octavio. 1998. *El laberinto de la soledad*. Madrid: ed. F. C. E.
- Rincón, Carlos. 2002. *Malinche -Intellektuelle, Modell und Phantasma*. Berlin : Ed. Tranvía, Verl. Frey
- Schleirmacher, F.D.E. 1999. *Hermenéutica y crítica*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag.
- Scholz, Oliver. 2001. *La comprensión y la racionalidad*. Frankfurt: Vittorio Klostermann.
- Vasconcelos, José. 1948. *La raza cósmica*. Buenos Aires: Colección Austral. ,

ESTÁNDARES INTERNACIONALES PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. ANÁLISIS DEL CASO CONOCIDO COMO FYBECA

INTERNATIONAL STANDARDS FOR THE ADMINISTRATION OF JUSTICE. THE ANALYSIS OF THE CASE KNOWN AS FYBECA

PADRÕES INTERNACIONAIS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. ANÁLISE DO CASO CONHECIDO COMO FUBECA

María Helena Carbonell Yáñez*
Universidad de Las Américas - Ecuador

Recibido: 15/10/2014

Aceptado: 10/12/14

Resumen

Los tratados de derechos humanos son una herramienta esencial para los Estados al momento de encaminar sus actuaciones hacia el alcance del pleno ejercicio de los derechos humanos. Sin embargo, teniendo en cuenta que su contenido no es suficiente, debemos acudir a los organismos internacionales de protección de derechos para el esclarecimiento y puntualización de su contenido y alcance. En materia de administración de justicia, es preciso tener en cuenta los avances presentados por los órganos de protección de derechos en el marco de la Organización de Naciones Unidas así como de los sistemas regionales. En este artículo se presenta un acercamiento a los estándares internacionales en materia de administración de justicia con énfasis en la cosa juzgada fraudulenta a nivel internacional.

Palabras clave: Derechos Humanos; administración de justicia; estándares internacionales; derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial; jurisprudencia internacional; *res judicata*

Summary

Human Rights treaties are an essential tool for States to achieve one of their main goals: respect and guarantee human rights. Nonetheless, their content is not sufficient. This is why the State and civil society must turn their heads towards the international apparatus in charge of clarifying the content and reach of every human right. For the administration of justice is no different: progress comes, in

great measure, from the different human rights protection systems whether universal (based on the structure of the United Nations) or regionals (Europe, the Americas and Africa). In this paper, we present an approach to the international standards applicable to the administration of justice, with emphasis on fraudulent *res judicata*.

Key words: Human Rights; justice administration; international standards; rights to an independent and impartial tribunal; international jurisprudence; *res judicata*.

Resumo

Os tratados de direitos humanos são uma ferramenta essencial para os Estados no momento de encaminhar suas atuações para o alcance do pleno exercício dos direitos humanos. Levando em consideração que seu conteúdo não é suficiente devemos buscar os organismos internacionais de proteção de direitos para o esclarecimento e pontualização do seu conteúdo e alcance. Na administração da justiça, é preciso observar os avanços apresentados pelos órgãos de proteção de direitos no marco da Organização das Nações Unidas assim como os sistemas regionais. Nesse artigo se apresenta uma aproximação aos parâmetros internacionais em matéria de administração da justiça com enfoque na coisa julgada fraudulenta a nível internacional.

Palavras chaves: Direitos Humanos; administração de justiça; parâmetros internacionais; direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial; jurisprudência internacional; *res judicata*.

* Abogada. Máster en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Docente investigadora de la Universidad de las Américas. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Correo: maria.carbonell@udla.edu.ec

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el Derecho nacional no puede desligarse de un contexto regional y universal más amplio. Esto es especialmente importante en el caso del Estado ecuatoriano a partir de la adopción de la Constitución de 2008. En este cuerpo normativo se reconoce la importancia del Derecho Internacional, especialmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como herramienta en el quehacer de las y los servidores públicos. En el marco de paradigma constitucional el uso de los instrumentos internacionales y de los estándares internacionales, que de ellas se deriven como fuente de Derecho, se vuelve esencial ya que permite a las y los servidores y servidoras públicas convertirse en vigilantes del cumplimiento de los derechos humanos y de las obligaciones contraídas por el Estado en esa materia. En lo que respecta a la administración de justicia, la utilización de los estándares internacionales brinda un acercamiento diferente a la búsqueda de la verdad y la justicia. He ahí la importancia de la presente investigación. Mediante el análisis de los estándares jurídicos, con especial énfasis en la administración de justicia y el carácter de cosa juzgada internacional, se busca brindar una herramienta de análisis de casos concretos.

El ensayo que se presenta a continuación es el resultado de una pericia investigativa (solicitada por la Fiscalía General del Estado) para el proceso judi-

cial en el caso *González y otros*, antes conocido como “Fybeca” (en función el lugar en el que se cometieron los hechos, i.e. la sucursal de la cadena de farmacias Fybeca, ubicada en la ciudadela La Alborada, en la ciudad de Guayaquil) o “las Dolores” (en función de los nombres de las esposas de algunas de las víctimas del operativo policial).

El objetivo de la investigación fue realizar la validación de estándares internacionales en materia de administración de justicia y aplicarlos al mencionado caso. A la fecha en que se realiza este artículo, la sentencia ya fue dictada por la Corte Nacional de Justicia (presentada ante las partes el 6 de noviembre de 2014) pero aún no ha sido notificada formalmente. Debido a esto, el análisis del impacto de la investigación no ha podido ser presentado entre los hallazgos y conclusiones finales de este documento.

Este documento contiene tres partes. La primera de ellas busca posicionar claramente a los estándares internacionales en materia de derechos humanos como fuente del Derecho. La segunda parte busca identificar cuáles de los estándares internacionales que han sido desarrollados son útiles en el caso concreto de análisis. La tercera consiste en la aplicación de los estándares internacionales descritos en el análisis del caso *González y otros*, conocido como *caso Fybeca*.

VALORACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES COMO FUENTE DE DERECHO

Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el que los derechos de las personas -y de la naturaleza como nuevo sujeto de derechos- adquieren un rol preponderante como fin último del actuar del Estado. En este modelo constitucional, el rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos adquiere una importancia significativa ya que su objetivo es la protección de los derechos de las personas.

En palabras de Ávila, el Derecho Internacional se encuentra ‘atravesado’ a lo largo del texto constitucional, ya como fuente de los derechos ya como je-

rarquía normativa. No es cualquier Derecho Internacional sino aquel que tiene por objeto la protección de las personas (Ávila Santamaría 2011, 144).

Es preciso recordar que Ecuador, demostrando su compromiso con la comunidad de Estados en relación a la promoción y garantía de los derechos humanos, ha firmado y, posteriormente, de ser el caso, ratificado, los principales instrumentos internacionales en la materia. Ellos forman parte del ordenamiento jurídico nacional, tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador (en adelante “la Constitución”), en su artículo 424,

inciso segundo, al reconocer que ésta “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.” Al formar parte del ordenamiento nacional, con el orden de jerarquía establecido en el artículo 425 de la Constitución, éstos se vuelven fuente de Derecho y, en el caso de aquellos que versan sobre temas de derechos humanos, son de directa aplicación por y ante cualquier servidor o servidora pública.¹

Este reconocimiento ha permitido cristalizar en Ecuador la corriente de integración del Derecho Internacional de los derechos humanos en el ordenamiento nacional, siguiendo una tendencia preponderante a nivel de América Latina. En este sentido, es importante el acercamiento de Pásara cuando reconoce que no deb(e) verse como ‘derecho internacional’ a las normas de dd.hh. contenidas en (los) acuerdos internacionales. Se trata, sí, de normas de origen internacional pero que, al ser suscrita, aprobadas y ratificadas, han pasado a formar parte del derecho interno, en virtud de mandato constitucional expreso (Pásara 2008, 31).

Así pues, las normas internacionales en materia de derechos humanos integran el ordenamiento jurídico interno y como tales deben ser observadas por los y las agentes estatales en su quehacer diario. Esto implica, entre otras cosas, el llevar a cabo un proceso de difusión de las mismas y su contenido, así como de reconocimiento de su fuerza como fuente de Derecho.

Durante la segunda mitad del siglo pasado, el proceso de codificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos toma una fuerza inusitada, haciendo de los tratados su principal fuente. Sin embargo, su desarrollo posterior mediante otros instrumentos, ha sido esencial para determinar el contenido de los derechos: el *soft law* adquiere un importante papel en este aspecto.

Aquí cabe hacer una precisión: los tratados internacionales de derechos humanos si bien son acuerdos de la comunidad internacional sobre temas concretos son, al mismo tiempo, generales. Esto tiene una explicación de orden internacional: si se espera una ratificación por parte de la mayoría de los Estados, los tratados deben estar redactados de tal manera que permitan incluir las más diversas particularidades propias de estos sujetos de Derecho Internacional. Si bien es necesario precisar que ésta generalidad no implica una ligereza del contenido de los instrumentos internacionales sino que están desarrollados de tal manera que los propios Estados tendrían un margen de apreciación para entender el contenido de los derechos y la forma más adecuada para hacerlos efectivos teniendo en cuenta sus particularidades nacionales. Cabe hacer una precisión, este margen de apreciación no es absoluto sino que está limitado en función del pleno ejercicio de los derechos humanos con base en ciertos parámetros, los estándares internacionales.

La determinación del contenido de los derechos puede originarse en diversos ejercicios de interpretación jurídica provenientes de diferentes organismos. En los párrafos siguientes se detallan los principales órganos que tienen esta potestad.

Por un lado, en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (sistema de la Organización de las Naciones Unidas - ONU) existen diferentes organismos encargados de desarrollar el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos universales de derechos humanos. Los más importantes son aquellos creados en virtud de los tratados (9 a la fecha de realización del presente informe) y los titulares de mandatos (37 titulares de mandato temático y 14 titulares de mandato por país, a diciembre de 2014).² Por otro lado, en los sistemas regionales de protección de derechos humanos existen también órganos encargados de desarrollar el contenido y alcance de los derechos reconocidos en los principales instrumentos regionales

1. El artículo 426 inciso segundo de la Constitución establece que “(l)os derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”. Esta norma debe ser leída en concordancia con el artículo 11(3) del mismo cuerpo normativo que establece que “(l)os 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”.

2. Para mayor información sobre los órganos creados en virtud de los tratados, ver: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>
Para mayor información sobre los titulares de mandato, ver: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>

de derechos humanos. Así, en el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos están encargadas de interpretar el contenido de los instrumentos de derechos humanos vigentes en la región. En el Sistema Europeo, la Corte Europea tiene esa competencia. En el Sistema Interamericano, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y las Relatorías temáticas (creadas en el seno de la Comisión) son las responsables.

El desarrollo del contenido del derecho proviene, entre otros, del ejercicio de competencias consultivas, mediante la elaboración de documentos de interpretación propiamente dichos; por ejemplo, cuando la Corte Interamericana emite sus Opiniones Consultivas. En palabras de la propia Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 14:

La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos. Como lo dijo la Corte en su primera opinión, [la] función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en ese ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte [“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 25) (Corte IDH 1994, Serie A No. 14. párr. 23).

También se desarrolla el contenido del derecho mediante el ejercicio de las competencias contentiosas cuando éstas existan; por ejemplo, cuando la Corte Africana resuelve un caso sobre una supuesta violación a los derechos humanos ocurrida bajo la jurisdicción de un Estado de la región.

Si bien el contenido de los derechos humanos ha sido perfeccionado por las instancias internacionales, el rol de las cortes y tribunales nacionales no debe ser dejado de lado. Estos órganos tienen un rol esencial en el desarrollo del contenido de los derechos de las personas desde una perspectiva local y teniendo en cuenta las particularidades nacionales, vinculándolas con lo existente a nivel internacional. Sobre esta base, es preciso que los tribunales nacionales tomen en consideración la existencia y el valor de los estándares internacionales para la protección de derechos. En Latinoamérica, algunas cortes nacionales han hecho ya uso directo de estándares determinados por la jurisprudencia internacional para esclarecer el contenido del derecho.³

Como hemos visto, el contenido de los derechos no se puede aprehenderse por medio de una lectura básica del instrumento sino que esta debe complementarse con lo establecido por los órganos internacionales encargados de su supervisión y por los órganos internos que se han atrevido a romper con paradigmas positivistas sobre el valor normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Las normas, los principios y los estándares internacionales en materia de derechos humanos son esenciales para la cristalización y consolidación de un sistema mixto (nacional/internacional) de protección de los mismos. Los tres niveles son fundamentales para asegurar la protección y garantía de los derechos.

3. A manera de ejemplo ver: Argentina, Corte Suprema de Justicia, caso *Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, del 7 de julio de 1993, considerando 3. En el mismo sentido: caso *Cafés La Virginia S.A. s/apelación* (por denegación de repetición, del 13 de octubre de 1994, considerandos 8 y 9).

ESTÁNDARES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Una vez que se ha esbozado el valor jurídico de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, en esta sección analizaremos los estándares internacionales sobre administración de justicia, enfocándonos en la cosa juzgada y su relación con el principio de *non bis in ídem*.

Estándares básicos en materia de administración de justicia

Ecuador ha ratificado los principales instrumentos de derechos humanos a nivel regional (dentro del marco de la Organización de Estados Americanos) y universal (dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas), entre los cuales están la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada el 12 de agosto de 1977) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado el 6 de marzo de 1969). Ambos instrumentos reconocen derechos relacionados con el deber del Estado de administrar justicia: el derecho a un recurso simple y sencillo que se ventile en respeto de las garantías del debido proceso. El pacto mencionado lo recoge en su artículo 14(2). La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 8, las garantías que deben verificarse en cada uno de los procesos:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(...)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Gracias al análisis y aplicación de estos artículos, los diferentes órganos de derechos humanos han de-

terminado estándares internacionales en referencia a la administración de justicia. Con base en éstos, se podrá determinar si es que en su ejercicio se incurre o no en violaciones a derechos humanos. Con respecto al *acceso a la justicia*, los estándares internacionales requieren que el juez, jueza o tribunal encargado cumpla con ciertas características como son la imparcialidad, la legalidad, la independencia y la competencia.

Con respecto a las *características del proceso*, se requiere que las normas por las cuales éste se sustancia sean anteriores al mismo, que sea público, que se valore adecuadamente la prueba y que las decisiones que se emitan sean motivadas. Con respecto a los *derechos de las personas encausadas*, se requiere principalmente que se respete el principio de *non bis in ídem* y que se cumpla la prohibición de no discriminación. En los párrafos que siguen, se presenta un análisis de cada uno de estos estándares.

Con respecto al acceso a la justicia

En un primer momento, se requiere que el tribunal o corte que administre justicia haya sido establecida, mediante ley, con anterioridad al juzgamiento (principio de legalidad).

Es decir, a nivel internacional se requiere que los tribunales o jueces/zas estén establecidos mediante ley con anterioridad al inicio del proceso que se sustancia, sin importar la materia sobre la cual verse. Sobre la noción de ley, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) ha establecido, en su Opinión Consultiva 6 que:

no es posible interpretar la expresión ‘leyes’, utilizada en (la Convención Americana sobre Derechos Humanos) como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general (Corte IDH 1986, Ser. A, No. 6, párr. 26).

Continúa la Corte IDH,

La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad (...). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas (...). Las leyes (...) son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo (Corte IDH 1986, Ser. A, No. 6, párr. 34-35).

Por otro lado, dicho órgano debe ser independiente e imparcial. A pesar de que las dos nociones tienen un vínculo estrecho, tienen un alcance diferente. En este aspecto seguiremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá en el caso *Valente contra La Reina*, recogida igualmente por el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte Europea de Derechos Humanos.

En este caso la jurisprudencia internacional ha determinado que la *independencia* es individual e institucional, denotando la ausencia de una relación con otros. Se refleja en elementos como la estabilidad en el cargo, la ausencia de un lazo con otras instituciones del Estado (por ejemplo, de otros poderes del Estado). Los Principios Básicos sobre la Independencia de la Judicatura, establecen que ésta “será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.”⁴

La *imparcialidad* puede ser subjetiva y objetiva pero hace referencia a la relación a los aspectos concretos de un caso. En lo subjetivo, la imparcialidad implica que la persona o personas encargadas de ad-

ministrar justicia no tengan prejuicios personales ni ideas preconcebidas que pudieran afectar la causa; en lo objetivo se requiere que la instancia ofrezca las garantías necesarias para excluir cualquier duda sobre la ausencia de prejuicios por parte de los y las juezas. La imparcialidad del tribunal o de la corte es un elemento esencial del debido proceso ya que implica que el fallo será dictado sin depender de las consideraciones personales de los o las integrantes del tribunal y en base a los hechos y el Derecho aplicable.

La apariencia de independencia e imparcialidad fue precisada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Incal*, referente a la Corte de Seguridad Nacional en Turquía. En palabras de este organismo, incluso las apariencias pueden ser de cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática en el público (...). Lo decisivo es si puede sostenerse que (las dudas de la persona encausada) están objetivamente justificadas (Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 9 de junio de 1998. párr. 71).

Esto fue ratificado en el caso *Daktaras Vs. Lituania* sobre la sentencia emitida en contra de un líder de la mafia lituana por un tribunal que, a decir de la Corte Europea, carecía de los requisitos de independencia e imparcialidad.

Los tribunales militares, policiales y especiales

Sobre las cortes y tribunales policiales, militares y otras cortes especiales, la jurisprudencia internacional ha determinado que su existencia y funcionamiento *per se*, no constituye una violación a los derechos humanos ni a los estándares existentes con respecto a la administración de justicia. Sin embargo, las diferentes estancias internacionales han puesto un énfasis especial en el cumplimiento irrestricto de estos últimos: la vara con la que se les mide es mucho más alta que a los tribunales ordinarios. Por ejemplo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido, en el caso *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project Vs. Nigeria*, que su existencia no

4. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

constituye una violación necesariamente sino que su falta de cumplimiento de los estándares internacionales en materia de independencia e imparcialidad son el real problema [Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comm. No. 218/98 (1998 / 2001), párr. 44].

En concordancia con lo dicho, la jurisprudencia internacional ha establecido su preocupación cuando los tribunales especiales, militares o policiales juzgan delitos que no son de naturaleza policial o militar. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el análisis de una violación a los derechos humanos en Camerún, manifestó su preocupación y recomendó al país que se asegurara que los tribunales militares o policiales sólo juzgaran delitos de esa naturaleza. Esta recomendación se repitió en el caso de Guatemala, Líbano y Uzbekistán (Comité de Derechos Humanos 2001, Informe A/56/40, Vol. I). Esto ha sido planteado ya desde la jurisprudencia de la ex Comisión de Derechos Humanos de la ONU, pasando por los trabajos de los Relatores Especiales sobre Ejecuciones Extrajudiciales (desde 1989) y el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas.

La Corte IDH, en el *caso Durand y Ugarte Vs. Perú* estableció que la justicia militar (y, por extrapolación, la policial) tiene una *raison d'être* diferente a la justicia ordinaria: busca proteger bienes jurídicos especiales (Corte IDH, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 117). Y, por lo tanto, debe ser aplicada sólo en circunstancias muy particulares.

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, los organismos internacionales han determinado que las violaciones de derechos humanos nunca podrán ser consideradas un delito de función, por lo que no deben ser ni investigadas ni sancionadas por parte de los tribunales militares o policiales sino por la justicia ordinaria. Según los sistemas regionales y universal de protección, el hecho de que una violación o violaciones a los derechos humanos sea conocida por tribunales militares o policiales genera impunidad. En su jurisprudencia en el caso de la Masacre

de *Mapiripán Vs. Colombia*, la Corte IDH ratificó lo dicho e indicó que las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes policiales o militares deben ser conocidas por la justicia ordinaria (Corte IDH, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134). La jurisprudencia en el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos va en el mismo sentido.⁵

Sobre la investigación de esas violaciones de derechos humanos, los requerimientos internacionales en la materia establecen que el órgano que investiga debe ser independiente de los o las autoras y del órgano al que éstas pertenecen. Quien investiga no debe estar bajo la subordinación/dependencia jerárquica o funcional de los o las autoras del hecho o del órgano al que pertenecen (Corte Europea de Derechos, Sentencia del 4 de mayo de 2001, párr. 112).⁶ En el caso de Sri Lanka, el Comité de Derechos Humanos de la ONU se pronunció sobre la necesidad de esa independencia en el caso de violaciones a derechos humanos cometidas por miembros de la policía.

Con respecto a las características del proceso

El proceso mediante el cual se administra justicia debe cumplir con ciertas características elementales. A saber, la existencia de normas previas que determinen las reglas en base a las cuales debe sustanciarse el proceso. Éste debe ser público, salvo en los casos en que la ley lo prohíba en función de la protección de otros derechos. Puede verse el artículo 14(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a fin de determinar qué circunstancias justifican el incumplimiento del principio de publicidad:

La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publi-

5. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Media Rights Agenda Vs. Nigeria*, Comm. No. 224/98 (2000), párr. 62: "The purpose of military courts is to determine offences of a pure military nature committed by military personnel. While exercising this function, military courts are required to respect fair trial standards. They should not, in any circumstances whatsoever, have jurisdiction over civilians. Similarly, special tribunals should not try offences that fall within the jurisdiction of regular courts."

6. Adicionalmente puede analizarse el caso *Finucane Vs. Reino Unido*, Sentencia de 1 de julio 1993.

cidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

En el proceso debe hacerse una adecuada valoración de la prueba para emitir una sentencia motivada. Acorde a Pásara, se deberá “en efecto, ponderar razonablemente el peso relativo de cada elemento probatorio, y su capacidad para formar en el juez la convicción sobre la que funda su decisión, se convierte en un aspecto fundamental del debido proceso” (Pásara 2008, 49). La motivación de toda decisión adoptada es un requisito esencial para que se respete el derecho a un juicio justo, la extensión de la motivación variará de acuerdo a las circunstancias de caso (Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 21 de enero de 1999, párr. 26).

Con respecto a los derechos de la persona encausada

La persona en contra de quien se lleva a cabo un proceso judicial no está desamparada sino que la normativa internacional (muchas veces recogida en los ordenamientos nacionales como el caso de Ecuador) le reconoce ciertos derechos. Sobre este tema en particular existen diversos estándares que deberán verificarse. Sin embargo, en el presente artículo nos enfocaremos en los siguientes: el ser considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario (presunción de inocencia); el derecho a la defensa, a la asistencia de un abogado o abogada, a no ser juzgada dos veces por los mismos hechos (*non bis in ídem*); derecho a contar con un recurso de apelación, entre otros. Cada uno de estos derechos tiene sus características específicas. En este caso concreto, pondremos especial énfasis en el de *non bis in ídem*.

a) *Res judicata* o cosa juzgada

i. ¿Qué entendemos por cosa juzgada?

A pesar de que existen algunas divergencias sobre su naturaleza (principio o costumbre internacional), la regla de la cosa juzgada internacional está bien establecida en el Derecho Interna-

cional Público como un pilar fundamental para la seguridad jurídica y su cumplimiento es de obligatorio por parte de los Estados en el orden internacional. Ya en 1927, en un *obiter* emitido en el caso de la *Fábrica de Chorzow*, la Corte Permanente de Justicia identificó a la cosa juzgada como un principio de Derecho Internacional Público de obligatorio cumplimiento para los Estados. Este acercamiento fue repetido en varias ocasiones por la misma Corte y su sucesora, la Corte Internacional de Justicia. Incluso los tribunales arbitrales internacionales reconocen este principio como uno de los fundamentos de la seguridad jurídica en el orden internacional.

Sobre la naturaleza de este principio, como lo explica Nieva,

la cosa juzgada consiste en la prohibición de que los juicios se repitan. Existe para dar firmeza a los juicios ya emitidos, y como consecuencia, seguridad jurídica al sistema jurídico-social. Para existir, precisa de un enjuiciamiento, así como de la necesidad de estabilidad de ese enjuiciamiento. Toda resolución judicial que posea esos dos elementos, tiene eficacia de cosa juzgada (Nieva 2006, 288 y 289).

Sobre el valor de la cosa juzgada, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que

la función pacificadora que cumplen los procedimientos judiciales como instrumentos para la resolución de los conflictos que surgen en una colectividad, ha sido destacada por la Corte en diferentes oportunidades, señalando la importancia de la firmeza de las decisiones y su tránsito a cosa juzgada, como presupuestos de seguridad jurídica. Este valor que está implícito en la función de administrar justicia y forma parte de las garantías que integran el debido proceso (...), se funda en la confianza tanto de los individuos que participan en el proceso, como de la co-

lectividad que espera la eficaz y regulada solución de sus conflictos, y que una vez que el litigio concluya definitivamente con una decisión judicial, ella se torna inalterable” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-979/05, 26 de septiembre de 2005, párr. 7).

De esta manera se dota de seguridad al orden jurídico. La misma Corte ha dicho que “como atributo del debido proceso penal, la cosa juzgada está establecida a favor de la libertad, a fin de evitar que el individuo se vea enfrentado a una indefinida condición de *sub judice*” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-979/05, 26 de septiembre de 2005, párr. 7).

En Derecho Internacional Público existen requisitos similares a los que requieren las legislaciones nacionales, los que deben verificarse para que se constituya el carácter de cosa juzgada de un pronunciamiento.

Así, la cosa juzgada se aplicará si es que estamos frente a las mismas partes y a la misma materia (Corte Permanente de Justicia, 16 de mayo de 1925, Ser. B. N. 11 en 30).⁷ El *test de triple identidad*, desarrollado por la Corte Internacional de Justicia y adoptado por otros organismos internacionales, requiere, para identificar la característica de cosa juzgada, la identidad de las partes, la identidad de la causa y la identidad de la materia, de modo que los tres elementos de la *res judicata* son: *persona, petitium, causa petendi*.

ii. Relación con el *non bis in idem*

Para la tradición judicial europea, especialmente la francesa y alemana, el principio de *non bis in idem* es una consecuencia lógica de la máxima *res judicata pro veritate habetur*. Así, las cortes francesas lo ven como un corolario de la *autorité de la chose jugée*; y, las alemanas, de la *materielle Rechtskraft* (Lelieur 2013, 4-5).

La tradición inglesa tiende a desligarse de esta interpretación, acordándole una valoración diferente a su naturaleza.

Sigamos o no la línea de pensamiento continental europea, el *non bis in idem* tiene una estrecha relación con la característica de la cosa juzgada ya que ésta es aquella que brinda la protección a las personas y les permite vivir un estado de seguridad jurídica al no encontrarse permanentemente en riesgo de ser juzgadas por un mismo hecho indefinidamente. La Corte Constitucional de Colombia ha ratificado esta relación al determinar que

el principio de la cosa juzgada se proyecta, complementa y realiza en materia sancionatoria en un postulado de singular importancia en la determinación de los límites al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad punitiva del Estado: la prohibición de doble incriminación o principio *non bis in idem*, conforme al cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, de explícita consagración (...) en los tratados de derechos humanos que regulan las garantías judiciales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-979/05, 26 de septiembre de 2005, párr. 8).

Teniendo en cuenta que la cosa juzgada es el carácter de inamovible e inmutable que tienen las decisiones judiciales, es esencial para que se configure el *non bis in idem*. Si es que la cosa juzgada no existiera como garantía de este derecho, la persona podría ser juzgada una y otra vez; y procesos supuestamente concluidos podrían ser reabiertos indefinidamente. Así, la cosa juzgada se convierte en una garantía del derecho de una persona a no ser juzgada ni sancionada por un delito por el cual ya ha sido condenada o absuelta.

7. A pesar de que existan similitudes en lo que se espera de la cosa juzgada internacional y nacional, es preciso señalar lo que Brownlie identifica como una importante diferencia entre el ámbito internacional y el nacional. Para este autor, las decisiones que cuenten con la características de cosa juzgada nacional no necesariamente tiene ese mismo carácter a nivel internacional. Al respecto de esta discusión, ver: Brownlie 1998: 52 y ss. Esta discusión es interesante relacionarla con la noción de la *cuarta instancia* en las cortes internacionales.

Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recogen el *non bis in idem*. De igual manera, la 5ta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos reconoce la regla del *double jeopardy* como un elemento esencial para la convivencia en sociedad sin temor a ser constantemente sujeto de un proceso legal por hechos ya investigados y resueltos. De igual manera, la Constitución del Ecuador lo recoge en su artículo 76(7)(i).

iii. Excepciones existentes para la aplicación del *non bis in idem*

Como mencionamos en párrafos anteriores, a nivel internacional se ha establecido que el derecho de toda persona a no ser juzgada dos veces no es absoluto sino que admite limitaciones en ciertas circunstancias excepcionales. Éstas están contenidas en la normativa internacional o han sido desarrolladas por las cortes y tribunales internacionales y nacionales. Por ejemplo, el artículo 4(2) del Protocolo Adicional No. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que se podrá reabrir un caso cuando ha existido un defecto fundamental en el proceso anterior que pudiera afectar su resultado. Igualmente, los estatutos de los tribunales especiales para la ex Yugoslavia [artículo 10(2)] y para Ruanda [artículo 9(2)] reconocen excepciones a este derecho en los mismos términos:

Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal (para la Ex Yugoslavia) solamente si:

- a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o
- b) La vista de la causa por el Tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal

internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

De igual manera la jurisprudencia internacional ha desarrollado este tema. La Corte IDH, en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* indicó que:

Aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia (Corte IDH, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 154).

Si es que alguna de las circunstancias descritas se verifica, estaremos frente a un caso de “cosa juzgada fraudulenta”. La Corte IDH ha dicho que esta “resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad” (Corte IDH, Sentencia de 22 de noviembre 2004, Serie C, No. 117, párr. 131). En este caso, el respeto del *non bis in idem* crearía un “acto de intolerable injusticia”, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia. La propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos ha determinado que existen limitaciones a la cláusula del *double jeopardy* en base a los elementos vistos. Éstos giran en torno a la falta de acceso a la justicia por la actuación del tribunal que participó en determinado proceso.

Al existir una cosa juzgada fraudulenta, la sentencia emitida por el tribunal o corte no go-

zará de la inamovilidad que la caracterizaría si se hubiesen cumplido con los estándares vistos anteriormente. Esto significa que la persona no podría aducir el derecho de *non bis in ídem* al no contar con una sentencia con carácter de cosa juzgada. De ser este el caso, la persona podría ser juzgada y sancionada por el hecho ilícito original.

Aparte de los elementos señalados por en los párrafos anteriores, hay que añadir el siguiente aporte de la Corte Constitucional colombiana. En casos de violaciones de derechos humanos, cobran vital importancia los derechos de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad en sí, de resarcirlas y alcanzar la verdad mediante la administración de justicia. Las limitaciones al *non bis in ídem* tienen su fundamento en la protección de derechos de las víctimas. La Corte Constitucional de Colombia considera

que es posible establecer limitaciones al derecho al *non bis in ídem* derivadas de valores constitucionales (...) como los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo, con los cuales puede eventualmente entrar en conflicto, y que a su vez podrían no solamente autorizar, sino exigir una limitación de la garantía constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-979/05, 26 de septiembre de 2005, párr. 10).⁸

ANÁLISIS DEL CASO GONZÁLEZ Y OTROS, ANTES CONOCIDO COMO EL CASO FYBECA O “LAS DOLORES”

En Guayaquil, cerca de las 7:00 AM del 19 de noviembre de 2003, se llevó a cabo un operativo en la sucursal de la cadena de farmacias Fybeca. Un grupo de la Policía Nacional intervino en el local en el que se llevaba a cabo un robo.

El operativo concluyó con la muerte de 8 personas (incluidos un cliente y el mensajero de la farmacia), la detención de una persona y la desaparición de 3. La sentencia correspondiente al caso fue dictada, por la Corte Nacional de Justicia el 6 de noviembre

Continúa su línea argumentativa diciendo

Así la fuerza normativa del *non bis in ídem* que entraña la inalterabilidad e inmutabilidad de la sentencia absolutoria en favor del sentenciado, debe ceder ante el incumplimiento del deber del Estado de investigar los delitos y sancionar los responsables a fin de lograr un orden justo, particularmente tratándose de delitos que configuran violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, ámbito al cual se contrae la norma parcialmente demandada (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-979/05, 26 de septiembre de 2005, párr. 10).

Como vemos, la prohibición del doble juzgamiento que protege a las personas no es absoluta sino que el mismo desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha permitido que se identifiquen ciertos valores/derechos que pueden entrar en colisión con esta prohibición.

Así pues, los tribunales internacionales reconocen que en casos en los que la administración de justicia no ha cumplido con los estándares internacionales en la materia, la resolución que emiten no tendrá fuerza de cosa juzgada y, por lo tanto, no brindará el requisito necesario para que se aplique el *non bis in ídem*.

de 2014. A la fecha de la presentación de este artículo, la misma no había sido notificada a las partes procesales.

Documentos analizados

Los principales documentos que fueron analizados para la realización de este estudio constan en los párrafos siguientes. Se los ha clasificado conforme a: si provienen del fuero policial o si fueron dictados en justicia ordinaria.

8. Igualmente, ver: Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C- 548 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C- 04 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

En fuero policial:

- a. Informe investigativo en torno al operativo efectuado por miembros policiales el día 19 de noviembre de 2003, en la farmacia Fybeca de la ciudadela La Alborada, en la ciudad de Guayaquil, del Inspector General de la Policía Nacional, General de Distrito Marcelo Efraín Vega Gutiérrez. Fecha: 1 de diciembre de 2003.
- b. Auto cabeza de proceso dictado por el Ministro Presidente de la Corte Provincial del Guayas, dictado el 3 de diciembre de 2003.
- c. Dictamen fiscal emitido por el Ministerio Fiscal recibido en la Segunda Corte Distrital de Policía de Guayas con fecha 6 de abril de 2004.
- d. Auto de llamamiento a juicio y sobreseimiento de algunos encausados dictado por Ministro Presidente de la Corte Provincial del Guayas.
- e. Auto de sobreseimiento definitivo dictado por Corte Provincial del Guayas de fecha 24 de septiembre de 2004 y el Voto Salvado del Juez Blum Manzo.

De la justicia ordinaria:

- a. Dictamen Fiscal del Fiscal Distrital del Guayas y Galápagos presentado ante Juez Séptimo de lo Penal de Guayas.
- b. Dictamen fiscal acusatorio presentado por Agente Fiscal de los Penal del Guayas de 2004.

Análisis de la investigación de los hechos por parte de la justicia policial

Hemos visto en párrafos anteriores que los estándares internacionales referentes a la cosa juzgada internacional son claros y que su aplicación por parte de los agentes estatales ayudará al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. A modo de recapitulación

podemos decir que una sentencia o decisión gozará de este carácter si es que, de manera general, fue dictada por un tribunal o juez/a independiente, imparcial, legalmente creado con anterioridad al proceso, mediante normas previas establecidas por ley, motivada y mediante un análisis y valoración adecuado de la prueba.

Sobre la existencia de cortes policiales, la jurisprudencia internacional ha indicado que su mera existencia y funcionamiento no constituye una violación a los derechos humanos. La *raison d'être* de la justicia policial, entonces, es la protección de bienes jurídicos especiales vinculados con la seguridad, la vida o la organización de la institución policial (en este caso) o que podrían afectar la seguridad del Estado. Su objetivo es la sanción de los delitos de función: su competencia radicaría en la existencia de este tipo de infracción mas no en el carácter de la persona que los cometió. Como lo indica la Corte IDH, en el caso *Durand y Ugarte*, este es un fuero funcional pero no personal,⁹ en el sentido de que son aquellas infracciones a la ley penal cometidos por un policía en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas. Cabe recordar que, como lo dijo la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en ejercicio de su competencia para juzgar eso delitos de función, estas cortes deberán cumplir con los mismos estándares que las cortes ordinarias.¹⁰

Sin embargo, recordemos que las diferentes cortes internacionales han reconocido que para el juzgamiento de las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes policiales (o militares), la justicia ordinaria debe ser la encargada de investigarlas y sancionarlas ya que éstas nunca constituirían un delito de función toda vez que no son “delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (Corte IDH, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 117).

Sobre la investigación de las violaciones a los derechos humanos presentes en caso analizado

9. Corte IDH. Op. Cit. párr. 117. De igual manera, ver: Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
10. Ver, entre otros: Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria, Comm. No. 218/98 (1998 / 2001). párr. 44

Las ejecuciones extrajudiciales constituyen una privación arbitraria de la vida. En palabras del Relator Especial Sobre Ejecuciones Extrajudiciales de la ONU, citando al Comité de Derechos Humanos, ha dicho que “el derecho contra la privación arbitraria de la vida se ha descrito como una norma de derecho internacional consuetudinario, además de un principio general del derecho internacional y una norma de *ius cogens*” (Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, 13 de septiembre de 2013. A/68/382. párr. 30). La privación arbitraria de la vida se constituye en una violación a derechos humanos que no podrá ser considerada como delito de función, por lo que deberán ser investigadas y sancionadas por parte de la justicia ordinaria.

Cabe citarse el *Informe investigativo en torno al operativo efectuado por miembros policiales el día 19 de noviembre de 2003, en la farmacia Fybeca en la ciudadela La Alborada en la ciudad de Guayaquil*, el cual fue realizado por el Inspector General de la Policía Nacional, General de Distrito Marcelo Efraín Vega Gutiérrez. En este documento, se concluye que los hechos cometidos por el Mayor de Policía Eduardo González Flores (oficial a cargo del operativo) son “lo que se conoce como delitos comunes” ya que no estaba en sus órdenes incursionar en la sucursal de la farmacia Fybeca (p. 26). De esta manera, el propio informe investigativo reconoce que la actuación de los miembros del operativo se constituye en un delito común; por lo tanto debió ser investigado y sancionado por la justicia ordinaria y no por la justicia policial. Llegamos así a nuestra primera conclusión: los hechos investigados constituyen un delito común.

En el caso que nos atañe, los hechos del operativo Fybeca fueron investigados por la justicia policial. De esta manera, llegamos a la segunda conclusión: en este caso se incumplió con el estándar internacional en el cual se exige que las violaciones a derechos humanos, como sería la ejecución extrajudicial, sean investigadas y sancionadas por parte de la justicia ordinaria y no por cortes policiales.

Una vez analizado Auto, cabeza de proceso dictado por el Ministro Presidente de la Corte Provincial del Guayas, encontramos que la competencia se radicó mediante la aplicación de un fuero personal: “*siendo uno de los sujetos que más abajo se expresará, miembro de la Policía Nacional con el grado de Mayo de Policía, con fuero de Corte, y todos en servicio activo e intervenido con ocasión del servicio, naciendo así la competencia del suscrito*”.

En el Auto de llamamiento a juicio y sobreseimiento de algunos encausados dictado por Ministro Presidente de la Corte Provincial del Guayas se establece que se radica la competencia en función del fuero privativo personal y funcional. Lo primero se evidencia cuando el Ministro Presidente radica su competencia al mencionar que “los sindicatos son miembros de la Policía Nacional en servicio activo”. Lo segundo se evidencia cuando dice que “los actos delictivos que se investigan acaecen en cumplimiento de las funciones específicas policiales”.¹¹

Sobre lo segundo ya nos pronunciamos en los párrafos anteriores. Sobre lo primero, como se mencionó *supra*, el fuero es funcional y no personal. En este caso se incumple con este estándar internacional radicando la competencia en base al fuero privativo cuando debió haberse remitido el caso a la justicia ordinaria para su conocimiento.

Llegamos a la tercera conclusión: existió una violación al estándar internacional con respecto a la aplicación del fuero privativo en razón de la persona y no en razón de la función.

Debida diligencia en la investigación de los hechos

En lo que respecta a la debida diligencia en la investigación de los hechos que posiblemente constituyen violaciones a los derechos humanos, los órganos internacionales han dicho en reiteradas ocasiones, que encargar la investigación por supuestas violaciones de derechos humanos cometidas por miembros

11. El considerando primero del Auto de llamamiento a juicio y sobreseimiento de algunos encausados dictado por Ministro Presidente de la Corte Provincial del Guayas resulta en los términos siguientes: “Que al haber sido posesionado como Ministro Presidente de esta H. Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional, con fecha 29 de agosto de 2003, se advierte la competencia del suscrito por cuanto los sindicatos son miembros de la Policía nacional en servicio activo y los actos delictivos que se investigan acaecen en cumplimiento de las funciones específicas policiales”.

de las fuerzas policiales o militares a la misma policía o a las fuerzas armadas garantiza la impunidad.

Además, los estándares internacionales requieren que las investigaciones sean independientes, y el encargar las investigaciones a personas que pertenecen a las mismas organizaciones que los y las supuestas responsables pone en riesgo su independencia. Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso McKerr*, párr. 112). El Comité de Derechos de la ONU, en sus “Observaciones Finales” al Estado colombiano manifestó su preocupación por que las investigaciones, los interrogatorios y la sanción de las personas presuntamente responsables estén en manos de la misma institución a la que ellas pertenecen. Manifestó que esto no da apariencias de imparcialidad ni independencia, siendo éste un requisito base para la administración de justicia (Documento de Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add. 76, 5 de mayo de 1997, párr. 19). Es necesario tener esto en mente al analizar el Informe Investigativo y los demás elementos investigativos presentados. Los elementos investigativos fueron llevados a cabo por miembros de la institución policial.

Aquí llegamos a nuestra cuarta conclusión: las investigaciones, las pericias y la sanción de los presuntos responsables de los hechos cometidos estuvieron en manos de la misma institución, violándose los

estándares antes vistos sobre la imparcialidad e independencia de los órganos participantes en el proceso.

Sobre la debida diligencia en la investigación de violaciones de derechos humanos, la Corte IDH ha establecido que esta debe ser inmediata (Corte IDH, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No. 149, párr. 189). El retraso en la investigación puede ser determinante a fin de esclarecer los hechos y precautelar la existencia de evidencias.¹²

Sin embargo, del análisis del Informe Investigativo se desprende que no se ha cumplido con la debida diligencia al investigar los hechos denunciados. Al 1o de diciembre de 2003, conforme consta en la conclusión 4ta del mencionado informe, no se había dispuesto “ningún tipo de investigación, para determinar el grado de participación y responsabilidad de los miembros policiales que habrían actuado en el operativo, limitándose a dar parte verbal a su superior” (Informe Investigativo, 2003, 25).

Aquí hemos llegado a la quinta conclusión: la investigación de los hechos no cumplió con el requisito de inmediatez sino que, un mes más tarde no había aun una investigación ordenada por la autoridad policial competente.

CONCLUSIÓN

Con base en los elementos analizados se pueden recopilar las cinco conclusiones puntuales a las que se llegó a partir del estudio de caso:

- a) En este caso se incumplió con el estándar internacional en el cual se exige que las violaciones a derechos humanos, como sería la ejecución extrajudicial, sean investigadas y sancionadas por parte de la justicia ordinaria y no por cortes policiales.
- b) Los hechos investigados constituyen un delito común al tratarse de violaciones a derechos humanos.

- c) Existió una violación al estándar internacional con respecto a la aplicación del fuero privativo en razón de la persona y no en razón de la función.
- d) Las investigaciones, las pericias y la sanción de los presuntos responsables de los hechos cometidos estuvo en manos de la misma institución, violándose los estándares antes vistos sobre la imparcialidad e independencia de los órganos participantes en el proceso.
- e) La investigación de los hechos no cumplió con el requisito de inmediatez.

12. Cfr. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs Perú*, Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 135.

Las cinco conclusiones esbozadas permiten afirmar que las actuaciones de la justicia policial en el caso estudiado no cumplen con los estándares básicos sobre administración de justicia (imparcialidad e independencia) por lo que sus decisiones no gozarán de carácter de cosa juzgada. Los dictámenes de sobreseimiento provisional y definitivos emitidos por la Segunda Corte Provincial del Guayas (fuero policial) son el resultado de una administración de justicia que no cumple con lo requerido internacionalmente, por ende, carecerían del carácter de cosa juzgada internacional. Esto implica que los encausados no podrían invocar el principio de *non bis in idem* ya que se configura una de las excepciones que la jurisprudencia internacional contempla para limitar este derecho: que el procedimiento no haya sido instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales.

De manera general, en este ensayo se han analizado los estándares jurídicos internacionales en materia de administración de justicia. En un primer momento, se evidenció el valor jurídico de dichos estándares como fuente de Derecho; se partió del hecho que el Estado ecuatoriano ratificó los principales tratados de derechos humanos y les otorgó un rango jerárquico especial. Sin embargo, ellos no desarrollan

exhaustivamente el contenido del derecho sino que han sido los diferentes órganos de derechos humanos (regionales y de carácter universal) quienes lo han hecho a través de sus comentarios, recomendaciones y sentencias. A través de este proceso, se han identificado estándares claros para cada derecho.

El caso de la administración de justicia no es diferente. Se han identificado claramente los estándares internacionales que abarcan las características que debe tener el juez/a o tribunal que sustancie el caso; las características que debe tener el mencionado proceso; y, los derechos de las personas encausadas. En el primer caso, los tribunales o los jueces o juezas deben ser establecidos por ley con anterioridad al inicio del proceso (incluso de las fases de investigación), deben ser independientes e imparciales. El proceso debe, de manera general, ser sustanciado en base a normas previamente establecidas por ley, debe ser público (salvo en circunstancias excepcionales) y se deben emitir sentencias motivadas en las que se evidencia una adecuada valoración de la prueba. Por último, a pesar de que existen varios derechos que protegen a la persona encausada, los hemos enfocado en la prohibición de ser juzgada dos veces (*non bis in idem*) y la existencia de la cosa juzgada fraudulenta a nivel internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro. 2011. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala.
- Brownlie, Ian. 1998. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Lelieur, Juliette. 2013. 'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty. *Utrecht Law Review*, Vol. 9, 4, (septiembre).
- Nieva Fenoll, Jordi. 2006. *La cosa juzgada*. Barcelona: Ed. Atelier.
- Pásara, Luis. 2008. *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Jurisprudencia**
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas**
- Comité de Derechos Humanos. 1992. *Comunicación No. 387/1989. Arvo O. Karttunen Vs. Finlandia*.
- Comité de Derechos Humanos. 2001. *Informe. A/56/40 (Vol. I)*.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. 2001. *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project Vs. Nigeria. Comm. No. 218/98 (1998 / 2001)*.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. 2000. *Media Rights Agenda Vs. Nigeria. Comm. No. 224/98*.
- Corte Europea de Derechos Humanos**
- Corte Europea de Derechos Humanos. 1998. *Caso Incal Vs. Turquía*, Sentencia del 9 de junio de 1998.
- Corte Europea de Derechos Humanos. 1999. *Caso García Ruiz Vs. España*, Sentencia del 21 de enero de 1999.
- Corte Europea de Derechos Humanos. 2000. *Caso Daktaras Vs. Lituania*, Sentencia del 10 de octubre de 2000.
- Corte Europea de Derechos. 2001. *Caso McKerr Vs. Reino Unido*, Sentencia del 4 de mayo de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos**
- Corte IDH. 2000. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, [Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69]
- Corte IDH. 2000. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*, [Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68].
- Corte IDH. 2004. *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas*, [Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117.]
- Corte IDH. 2005. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*, [Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.]
- Corte IDH. 2006. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, [Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.]
- Corte IDH. 2006. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, Fondo, Reparaciones y Costas*. [Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.]
- Corte IDH. 2009. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas*, [Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.]
- Corte IDH. 1986. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, [Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo 1986, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 6 (1982).]

Corte IDH. 1994. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, [Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14.]

Corte Permanente de Justicia

Corte Permanente de Justicia. 1925. *Caso del Servicio Postal en Danzig*, Serie B. N. 11 en 30.

Corte Suprema de Argentina

Corte Suprema de Justicia de Argentina. 1993. *Caso Fibraca Constructora S.C.A. c.* [Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, considerando 3.]

Corte Suprema de Justicia de Argentina. 1994. *Caso Cafés La Virginia S.A.* [s/apelación (por denegación de repetición, del 13 de octubre de 1994, considerandos 8 y 9).]

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional de Colombia. 1997. [Sentencia C- 548 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.]

Corte Constitucional de Colombia. 2003. [Sentencia C- 04 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.]

Corte Constitucional de Colombia. 2005. [Sentencia C-979/05. 26 de septiembre de 2005. MP Jaime Córdoba Triviño.]

Corte Suprema de Canadá

Corte Suprema de Canadá. 1985. 2S.C.R *Valiente Vs. La Reina*, 673.

Titulares de mandato

Naciones Unidas. 1997. *CCPR/C/79/Add. 76, 5 de mayo de 1997.*

Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. 13 de septiembre de 2013. A/68/382.

Páginas Web oficiales

<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/Human-RightsBodies.aspx>

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>

Documentos procesales

Auto cabeza de proceso dictado Ministro Presidente de la Corte Provincial del Guayas, dictado el 3 de diciembre de 2003

Auto de llamamiento a juicio y sobreseimiento de algunos encausados dictado por Ministro Presidente de la Corte Provincial del Guayas.

Auto de sobreseimiento definitivo dictado por Corte Provincial del Guayas de fecha 24 de septiembre de 2004 y el Voto Salvado del Juez Blum Manzo.

Dictamen fiscal emitido por Ministro Fiscal recibido en la Segunda Corte Distrital de Policía de Guayas con fecha 6 de abril de 2004

Dictamen Fiscal del Fiscal Distrital del Guayas y Galápagos presentado ante Juez Séptimo de lo Penal de Guayas.

Dictamen fiscal acusatorio presentado por Agente Fiscal de los Penal del Guayas de 2004.

Informe investigativo en torno al operativo efectuado por miembros policiales el día 19 de noviembre de 2003, en la farmacia Fybeca en la ciudadela La Alborada en la ciudad de Guayaquil, del Inspector General de la Policía Nacional, General de Distrito Marcelo Efraín Vega Gutiérrez. 1º de diciembre de 2003.

TRIBUTOS, REGLA SOLVE ET REPETE Y AFIANZAMIENTO TRIBUTARIO. CRÍTICA A LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA¹

TAXES, THE SOLVE ET REPETE RULE AND THE TAX GUARANTEE IN TRIALS. A CRITIQUE OF A SENTENCE OF THE ECUADORIAN CONSTITUTIONAL COURT

TRIBUTOS, REGRAS SOLVE ET REPETE Y FIANÇA TRIBUTÁRIA. CRÍTICA À DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

Mauricio Maldonado Muñoz*
Università Degli Studi Di Genova

Recibido: 01/09/2014
Aceptado: 12/11/2014

Resumen

El presente trabajo aborda dos instituciones relacionadas: la regla *solve et repete* y el así llamado afianzamiento tributario. En principio, se parte de un análisis de los tributos en general y de su importancia, para luego analizar algunas justificaciones que los defensores de la *solve et repete* y del afianzamiento han presentado con relación a ellas. Posteriormente, se examina una sentencia de la Corte Constitucional italiana sobre la regla *solve et repete*, que permita realizar un parangón con una sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre el afianzamiento tributario. Cuestiones como el derecho a la igualdad, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva están implicadas.

Palabras clave: Afianzamiento tributario; *solve et repete*; derecho a la igualdad; acceso a la justicia; tutela judicial efectiva.

Summary

The present paper deals with two related institutions: the *solve et repete* rule and the tax guarantee in trials. First, an analysis of taxes in general and their importance is attempted. Secondly, some of the justifications offered by the defenders of the *solve et repete* rule and the tax guarantee in

trials are analyzed. After that, a ruling of the Italian Constitutional Court on the *solve et repete* rule is examined in order to make a comparison with a ruling of the Ecuadorian Constitutional Court on the aforementioned tax guarantee in trials. Issues such as the right to equality, access to justice and effective judicial protection are also involved.

Key words: Tax guarantee in trials; *solve et repete*; right to equality; access to justice; effective judicial protection.

Resumo

O presente trabalho aborda duas instituições relacionadas: a regra *solve et repete* e a chamada fiança tributária. O princípio, se parte da análise dos tributos em geral e de sua importância, para logo analisar algumas justificações que os defensores da *solve et repete* e a fiança se apresentou com relação a elas. Logo, se examina uma sentença da Corte Constitucional italiana sobre a regra *solve et repete*, para posteriormente realizar uma comparação com uma sentença da Corte Constitucional ecuatoriana sobre a fiança tributária. Questões como o direito a igualdade, o acesso a justiça e a tutela judicial efetiva estão implicadas.

Palavras chaves: Fiança tributária; *solve et repete*; direito a igualdade; acesso a justiça; tutela judicial efetiva.

1. Agradezco a Nicolás Burneo por haberme animado a escribir algo para la revista Cálamo, dándome así la oportunidad de revisitar un viejo tema que a mi juicio merece todavía algunas consideraciones. Escribo este trabajo sin demasiadas pretensiones teóricas o compromisos filosóficos, con el fin de presentar una visión práctica y ojalá clara sobre el tema.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador de Quito. Magíster en Derecho, LL.M., Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina. Ph.D. student: Doctorando en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica, Università degli Studi di Genova, Italia. E-mail: mmaldonadomunoz@gmail.com

*Y, de inmediato, alzó una pared muy alta, y en la puerta puso un cartel que decía:
ENTRADA ESTRICTAMENTE PROHIBIDA BAJO PENAS CONSIGUIENTES
Oscar Wilde, El Gigante Egoísta*

PLANTEAMIENTO GENERAL

Antes, sobre este tema, he realizado otro trabajo mucho más amplio (Muñoz 2011), pero al que siempre he querido hacerle algunas precisiones. Nunca pude hacerlo, entre otras cosas, porque he dedicado mis esfuerzos a otros temas y dado que tal empeño podría demandar un tiempo que no poseo. Lo que escribo hasta aquí podría leerse como una excusa, pero no pretende serlo en la medida en que en este ensayo busco abordar algunos temas (quizá los neurálgicos) tratados en parte en ese libro. A pesar de la necesidad de precisiones y correcciones, dicha obra aun posee importancia en la discusión y sus conclusiones las reafirmo, aunque en alguna parte su desarrollo podría ser, en efecto, mejorado.

Quizá este ensayo pueda servir para volver a reflexionar sobre una institución que en el Derecho ecuatoriano provocó mucho menos revuelo del que debía; aunque más revuelo aun debió causar un pronunciamiento de la Corte Constitucional ecuatoriana en este sentido, dado que aquella ofreció pocas luces

para la solución del problema. Lamentablemente, tal pronunciamiento constituye además, un 'buen ejemplo' de la forma en que usualmente suele razonar la Corte Constitucional ecuatoriana.

Me propongo empezar haciendo un pequeño análisis de lo que significan los tributos y de su relación con la regla *solve et repete* y el afianzamiento tributario. Luego, brevemente, analizaré una sentencia de la Corte Constitucional italiana sobre la regla *solve et repete* para, partiendo de allí, desarrollar un pequeño estudio de los derechos que se encuentran presentes en el caso; a saber, el derecho a la igualdad, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a oponerse a las actuaciones de la administración. Tales razonamientos permitirán arribar de manera más o menos acertada a la que será la conclusión de este trabajo: una crítica a la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana con relación al afianzamiento tributario.

ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Por regla *solve et repete*, en el sentido que vale para el derecho tributario, se entiende la reclamación de un tributo que debe estar precedida de su pago. *Pague y luego repita*, que quiere decir que los tributos que el fisco ha determinado que un contribuyente debe pagar deben ser satisfechos antes de que éste pueda accionar.

En fin, anticipar el pago a la acción. En sentido amplio, la regla *solve et repete* puede referirse a cualquier crédito a favor del Estado que contenga el mismo requisito; mientras que rara vez se lo usa en el derecho civil en cuanto a las obligaciones solidarias del que paga por todos y se hace de un crédito.

Aunque tal uso por parte del derecho civil no es necesariamente equivocado, no tiene demasiado que

ver con el sentido de la regla aquí tratado (Muñoz 2011, 9-24).

El así llamado *afianzamiento tributario*, así como todo tipo de caución encaminada a fungir de garantía en un proceso tributario de impugnación, constituye una derivación de la regla *solve et repete*, en tanto ambos están dirigidos a establecer un requisito que supone un desincentivo para accionar en contra del fisco y que impide la discusión judicial del tributo (eso se ha entendido de modo pacífico en la doctrina).

La caución o afianzamiento tributario es el requisito en virtud del cual los contribuyentes que pretenden accionar contra el fisco por tributos determinados por éste, antes de poder discutir la legalidad del

tributo y previamente a obtener resolución, deben pagar el porcentaje legal de la cuantía del proceso.

El llamado afianzamiento tributario constituye una especie de garantía y un requisito para poder obtener resolución en las contiendas contra el fisco, en el caso ecuatoriano, de aquellas que nacen posteriormente a la determinación tributaria del sujeto activo.

Sobre el afianzamiento tributario, incorporado en la legislación ecuatoriana por el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, la Corte Constitucional ecuatoriana se pronunció declarando la *constitucionalidad condicionada*, con lo que le dio un nuevo alcance a la disposición citada a través del mecanismo de *sentencia modulativa*.

LOS TRIBUTOS Y SU IMPOSICIÓN. APARENTE FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REGLA SOLVE ET REPETE Y DEL AFIANZAMIENTO TRIBUTARIO

Apuntes sobre los tributos y su rol para el Estado

Según entiendo, la legitimidad de los tributos no es otra que aquella que surge del hecho de que los privados no poseen incentivos suficientes para realizar ciertas actividades que, entonces, deben ser realizadas por el Estado. De hecho, sin ingresos no sería posible hablar propiamente de una organización estatal. Dicha concepción, así llanamente explicada, tampoco es incompatible con una concepción liberal del Estado. Después de todo, actividades como la administración de justicia, la defensa interna y externa y la realización de cierto tipo de obras públicas, conviene que sean realizadas por el Estado.

No obstante, las ventajas que se desprenden del libre intercambio que genera de manera espontánea el mercado, no son reproducibles por ninguna administración centralizada. Incluso los modelos más o menos exitosos de Estado de bienestar lo son porque en realidad funcionan primordialmente bajo la lógica del libre mercado. Paradójicamente, sin que primero se permita un importante nivel de libre mercado que lo sostenga, el *welfare state* es imposible, justamente porque un concepto desnudo de *estado de bienestar* implica niveles de gasto que resultan tan ineficientes como condenados al fracaso. Los ejemplos abundan y mientras se siga equivocando el camino vamos a tener Estados de algunos años de 'prosperidad' y otros tantos de crisis (y deuda). Más aun, existen verdaderas ofertas demagógicas y demandas irrazonables en las que unos y otros han querido insertar sus con-

ceptos de 'bienestar', además de los problemas que surgen en el mediano y largo plazo en las economías que gastan más de lo que pueden, que a fin de cuentas es el mismo fenómeno. Tampoco la solución al bienestar se encuentra simplemente en los recursos naturales. La mal llamada 'maldición de los recursos' no es otra que la maldición de los malos administradores del Estado.

En cualquier caso, estimo que los tributos (bien manejados) son de fundamental importancia y que nuestras sociedades deben convivir con ellos, pero de ellos deben demandar los resultados adecuados, sin que por su imposición se sacrifiquen derechos o se cargue a los contribuyentes de manera irrazonable.²

Importancia de los tributos, *solve et repete* y afianzamiento tributario. Aparente fundamentación constitucional

El apartado anterior empiezo reconociendo que incluso desde una perspectiva liberal es posible dar importancia a los tributos. Dicha importancia sin embargo, no puede constituir un buen argumento para el sostenimiento de la regla *solve et repete* ni para la vigencia del afianzamiento tributario. De hecho éste, que algunos han querido mostrar como un argumento de base constitucional, es en realidad un postulado muy débil.

En el supuesto de esta fundamentación se da por hecho que los intereses estatales son los intereses de

2. Pienso, por supuesto, en la forma democrática del Estado, para la cual el sistema tributario debe perseguir ciertos fines pero adecuados al mismo sostenimiento del sistema sobre la base de algunos principios entre los que se cuentan la capacidad contributiva, la igualdad, la no confiscatoriedad, etc.

todos (hecho muy discutible en más de un caso), mientras que los de los contribuyentes son los suyos propios; argumentación a la que sigue aquella que supone que la falta de pago puntual de los tributos acarrea un perjuicio colectivo.

Estos juicios, que los defensores de la *solve et repete* y del afianzamiento han usado tradicionalmente, nos relatan un hecho aparentemente cierto: las sociedades requieren de los ingresos tributarios para que cierto engranaje estatal pueda seguir funcionando (coste económico de vivir bajo tal organización), y su falta afecta o dilata los intereses generales en su puesta oposición a los privados y particulares.

Sin embargo, hay que indicar que la comparación no se ha hecho correctamente, pues han pretendido ponerse en concurso los intereses económicos fiscales y los intereses económicos privados como si se tratara de una contienda de todos contra uno. En realidad, lo que está en juego no es el interés económico de un particular, cuya veracidad puede o no ser comprobada en juicio, sino el hecho mismo de que el particular pueda acudir a dicho juicio, o sea su derecho de acceso a la justicia (además de otros que están en *juego*).

Por la naturaleza y fines de la regla y del afianzamiento, habría que comparar, no la generalidad del interés público con la particularidad del interés privado, sino dos tipos de interés público diversos: el que surge del pago de los tributos y el que aparece de la necesidad de la protección de ciertos derechos fundamentales, en este caso particular, la tutela judicial efectiva. En el fondo, los defensores de la regla *solve et repete* y del afianzamiento entienden que ambos institutos estarían amparados en la defensa de la administración tributaria frente a posibles litigantes de mala fe, que podrían escudar el cumplimiento de

sus obligaciones fiscales en el proceso. De ese modo, la regla presupone anticiparse a quienes pretenden evadir o dilatar el pago de un tributo determinado (por el sujeto activo), escudándose en los órganos jurisdiccionales con competencia para resolver asuntos contencioso-fiscales.

Sin embargo, pensar que esa fundamentación sea correcta acarrea una peligrosa suposición, que consiste en asumir que en general los que accionan contra el fisco lo hacen para evadir sus responsabilidades tributarias refugiados en las opciones que les da el ordenamiento jurídico. En definitiva, sería establecer una especie de presunción de “culpabilidad” o de “mala fe”. Además de que implicaría la absurda tesis de que el Estado debe defenderse de sus ciudadanos, suponiendo que cuando piden un derecho (por muy fiscal que sea) lo hacen con el afán de perjudicar a la administración y no con el objetivo de reivindicarlo para sí mismos, no como un privilegio, sino claramente como un derecho (lo cual no ata, por otra parte, su pretensión al resultado del litigio).

Resulta peligrosa la ‘lógica’ aplicada, que difícilmente podría extrapolarse a otros casos y que aun así es débil, puesto que “el derecho concedido al fisco de ejecutar sus créditos por impuestos, con la secuela de intereses y costas, aparte de posibles sanciones por obstaculizar el normal desarrollo de su actividad, asegura suficientemente al Estado contra todos aquellos litigantes de mala fe” (Villegas 2007, 509).

Vale aclarar, por cierto, que los mismos argumentos sirven para contrariar la regla *solve et repete* cuando se aplica a cualquier tipo de crédito a favor del Estado, sea o no fiscal, siempre que lo que se discuta en juicio sea la legitimidad o monto de tal hipotética deuda (en el caso ecuatoriano reciente, un ejemplo se encuentra en la Ley de Hidrocarburos).

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REGLA SOLVE ET REPETE. EL CASO ITALIANO

La sentencia de la Corte Constitucional italiana (21/1961), que declaró la ilegitimidad constitucional del instituto *solve et repete*, resulta ineludible cuando del estudio de la regla se trata, al menos en clave comparada; pues, aun cuando el análisis que reali-

za la Corte no es abundante, más bien concreto, las consideraciones que usa para determinar la inconstitucionalidad referida se encuentran sustancialmente bien fundadas.

He aquí, las partes que considero más importantes de la sentencia antedicha:³

La cuestión que es objeto del presente juicio ha dado, desde hace tiempo, lugar a discusiones y a decisiones en la doctrina y en la jurisprudencia que han planteado muchos modos de calificar el instituto del *solve et repete*. Tarea de la Corte Constitucional no es encuadrarlo en una o en otra categoría dogmática, mas sólo la de solucionar la cuestión de si ella es legítima constitucionalmente, con respecto de las normas contenidas en los artículos 3, 24 y 113 de la Constitución (...).

Parece oportuno, ante todo, hacer notar que la mención del principio de la normal ejecutoriedad de los actos administrativos no realiza ninguna contribución a la solución de la cuestión en el sentido sustentado por la Administración Financiera, porque aquel principio no vendría en ningún modo a ser deteriorado, eludido o venido a menos por el instituto del *solve et repete*; bien también puede, en tal caso, la Administración misma, proceder en calle ejecutiva contra el contribuyente moroso, a pesar de cualesquiera oposición suya, caso en que el juez ordinario no está autorizado a suspender la ejecución de medidas de la autoridad administrativa. Se puede decir, sin embargo que, justamente, la existencia de tal instituto debilita, en cierto sentido, la eficacia de aquel principio, racionalmente y prácticamente.

El *solve et repete* es, indudablemente, una medida particularmente enérgica y eficaz para la consecución del interés público con relación a la percepción de los tributos y, justamente por esto, fue introducido y ha sido conservado durante tanto tiempo en la legislación italiana, a pesar de la existencia de varios proyectos para su abolición, nacidos de iniciativa gubernativa y parla-

mentaria, e incluso habiendo sido expuesto igualmente a severas críticas de parte de la doctrina y a interpretaciones correctivas y limitativas por parte de la jurisprudencia, la que ha llegado a excluir la aplicabilidad del instituto cuando la pretensión tributaria resulta prima facie absolutamente infundada.

Todo eso confirma que, independientemente de los principios contenidos en la Constitución, y ya antes de la aprobación de ésta, se tuvo una notable evolución en la sensibilidad de aquellos (los jueces), que esperaron en la interpretación y la aplicación de las normas vigentes: evolución provocada por el exceso de aquella medida (la *solve et repete*), que apareció en oposición a los principios de un orden moderno, en cuanto a las relaciones entre el ciudadano y el Estado.

Parece difícil suponer que el legislador constituyente haya ignorado un problema tan discutido y, menos aún, que no lo haya considerado resuelto implícitamente a través de la formulación de los principios generales, dirigidos en gran parte, justamente, a regular las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, equiparando las exigencias de éste, con los derechos de aquellos, y -en todo caso- poniendo las condiciones necesarias para que estos derechos puedan ser impuestos igualmente a todos. La imposición del gravamen del pago del tributo, regulado como presupuesto imprescindible de procedibilidad de la acción judicial, dirigido a conseguir la tutela del derecho del contribuyente mediante la comprobación judicial de la ilegitimidad del tributo mismo, está en contraste, a juicio de la Corte, con todos los principios contenidos en los artículos de la Constitución enunciados en la ordenanza del juez de primera instancia (Arts. 3, 24 y 113). Está en contraste con la norma contenida en el artículo 3, porque es

3 Traducción del autor de este ensayo.

evidente la diferencia de trato que se consigue de ello, entre el contribuyente que sea capaz de pagar enseguida todo el tributo y el contribuyente que no tenga medios suficientes para realizar el pago, ni pueda proporcionárselos cómodamente recurriendo al crédito; igual el otro, porque también en caso de victoria en juicio no conseguiría el reembolso de las sumas erogadas sino con retraso. Al primero es pues permitido en consecuencia de sus condiciones económicas, pedir justicia y conseguirla, siempre que pueda probar que tiene razón. Al segundo esta facultad le queda difícil y a veces imposible, no sólo de hecho, sino también con base en el derecho, a propósito de un presupuesto procesal establecido por la ley y consistente en el gravamen del depósito de una suma eventualmente muy ingente.

Las mismas consideraciones sirven para justificar lo relativo a las normas contenidas en los artículos 24, primer inciso y 113 de la Constitución, en los que el empleo de las palabras ‘todos’ y ‘siempre’ tienen claramente el objetivo de remarcar la igualdad de derecho y de hecho de todos los ciudadanos, en cuanto a la posibilidad de solicitar y de conseguir la tutela jurisdiccional, sea respecto a otras sujetos privados, sea respecto del Estado y de entes públicos menores. La Corte advierte, por tanto, que el instituto solve et repete se encuentra en contraste con las normas de la Constitución y que, por ello, tiene que ser declarada la ilegitimidad de la disposición que lo prevé (...).

Por estos motivos

La Corte Constitucional

Declara la ilegitimidad constitucional de la norma contenida en el segundo inciso del artículo 6 de la Ley de 20 de marzo de 1865, Ley No. 2248. En relación a las normas de los artículos 3, 24 y 113 de la Constitución” (Corte Costituzionale, 21/1961).

En este punto es importante para el presente estudio citar lo que disponen los artículos 3, 24 y 113 de la Constitución de la República italiana y los derechos a los que ellos se refieren.

El artículo 3 señala lo que sigue:

Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales... (Constitución de la República italiana, artículo 3).

Por su parte, el artículo 24, relativo al derecho de acceder a la justicia para buscar tutela efectiva de los derechos, prevé:

Todos pueden actuar en juicio por la tutela de sus derechos e intereses legítimos. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento. Se garantizan a los que no posean recursos económicos suficientes, con adecuadas instituciones, los medios para actuar y defenderse ante cada jurisdicción... (Constitución de la República italiana, artículo 24).

Por último, el artículo 113 se refiere al derecho a discutir las actuaciones de la administración pública y su relación con la tutela jurisdiccional de los derechos frente a tales actuaciones. La mencionada disposición señala:

Contra los actos de la administración pública siempre es admitida la tutela jurisdiccional de los derechos y los intereses legítimos ante los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa.

Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a particulares medios de impugnación o a determinadas categorías de actos... (Constitución de la República italiana, artículo 113).

En ese orden, la sentencia de la Corte Constitucional italiana señala la inconformidad de la regla

solve et repete con tres derechos reconocidos en los artículos citados, que aquí más adelante se analizan así:

a. El derecho a la igualdad y la *solve et repete*

Dentro de su análisis, la Corte Constitucional italiana vuelve preponderante al derecho a la igualdad. Así, cuando dice que la *solve et repete* contraría la Constitución, lo dice porque a propósito de la vigencia de la regla se hace una diferenciación entre el contribuyente solvente y aquel que no puede cubrir el tributo; esto es, una diferenciación en orden de una consideración económica. Hecho no admisible porque no diferencia positivamente; es decir, no constituye una discriminación de aquellas que al hacer una diferencia procuran eliminar o diezmar una carga injusta o desigual de orden negativo. Y tampoco significa una diferenciación de tipo legítimo, o sea, aquella que aunque supone una discriminación no es en sí misma irrazonable. Hay que hacer hincapié en los criterios de razonabilidad que se deben aplicar en el momento de hacer una diferencia en uno o en otro sentido. Una diferenciación si es razonable no será ilícita, de tal manera que no todo discrimen está proscrito sino cuando constituye una diferencia irrazonablemente.⁴

Siguiendo a Nino, no es posible entender el derecho a la igualdad desde un plano descriptivo, pues la afirmación “todos los hombres son iguales” resulta naturalmente falsa (de naturaleza somos diversos); de otro lado, la afirmación en un plano normativo es del todo inconveniente, pues decir “la ley debe tratar igualmente a todos”, no considera que por sus especiales circunstancias hay personas que merecen un trato diferente, como los adultos mayores, las mujeres embarazadas o los niños. De ahí que haya que atender a lo analítico; es decir, interpretar el derecho a la igualdad conforme a las gradaciones que admiten nuestras propias diferencias (Nino 2005, 411).

Un sistema tributario que proteja el derecho a la igualdad debe precautelarse que no se produzcan afectaciones irrazonables a las condiciones de vida

de cada uno (además de que es deseable que no se constituya en un desincentivo para la inversión e iniciativa privada).

Si el poder tributario no es omnímodo (como ningún poder humano puede ser), y si la discriminación de la que se habla no crea una diferenciación razonable, sino una proscrita o ilegítima, no podía permitirse la imposición de un requisito como el que trae consigo la *solve et repete*. Como se verá más adelante, y como en realidad aparece de una sencilla operación mental, los mismos argumentos valen en contra del afianzamiento tributario, al menos tal como está concebido en el Ecuador.

b. El derecho a acceder a la justicia y la *solve et repete*

La sentencia de la Corte Constitucional italiana hace alusión a la palabra ‘todos’ con que empieza el primer inciso del artículo 24 de la Constitución italiana: “*Todos* pueden actuar en juicio por la tutela de sus derechos e intereses legítimos”. Esta es una referencia expresa a la generalidad del derecho de acceso a la justicia; por lo que si la regla impide el acceso a “algunos” (los que no pueden pagar anticipadamente el tributo), desvanece el concepto y la garantía que prevé el artículo 24 precitado. Es así que si la aplicación de la regla es condición necesaria de acceso a la justicia, se ha de inferir que su vigencia implica la limitación del derecho consecuente.

Más adelante, en la parte que corresponde puntualmente al afianzamiento tributario aclararé algunos aspectos sobre este derecho.

c. El derecho a oponerse a las actuaciones de la administración pública y la *solve et repete*

En este caso, la sentencia de la Corte Constitucional italiana hace alusión a la palabra “siempre”, incluida en el primer inciso del artículo 113 de la Constitución italiana: “*Contra los actos de la administración pública siempre es admitida la tutela jurisdic-*

⁴ Para realizar este análisis conviene remitirse al principio de razonabilidad en sus diferentes modos de ser concebido (véase: Maldonado Muñoz 2013, 143-168); o a los llamados *sistemas de escrutinios* propios del derecho estadounidense, que suelen aplicarse cuando del derecho a la igualdad se trata (véase: Giardelli 2006, 39).

cional de los derechos y los intereses legítimos ante los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa". De ese modo, si la regla implica que las actuaciones de la administración pública pueden ser "eventualmente" o "casi siempre" impugnables, igualmente se desmedra el derecho aludido.

De lo antedicho se entiende el hincapié que hace la Corte Constitucional italiana respecto a las palabras "todos" y "siempre", de los artículos 24 y 113 respectivamente. Tanto es esto importante que los vocablos "todos" y "siempre" significan, el primero, aquello "que se toma o se comprende enteramente en la entidad o en el número" (imposibilidad de exclusión de uno o algunos individuos); y, el segundo, "en todo y en cualquier tiempo" (imposibilidad de reducirlo a eventualidades).

Aclaro, de cualquier modo, que es normal que estos derechos posean esta 'entidad', más allá de la

alusión a ciertas palabras. En términos generales, los derechos son de todos, siempre; independientemente de que su ejercicio sea posible en condiciones específicas, según los casos. En un ordenamiento democrático, todos somos titulares de derechos.

Por último, respecto a la sentencia, téngase en cuenta que la Corte señala que la inconstitucionalidad de la regla habría sido ya establecida con la misma vigencia de la Constitución italiana (1948). La disposición del artículo 6 de la Ley sobre el Contencioso-Administrativo, declarada inconstitucional, se entiende entonces que lo es por sobreviniencia; es decir, se trata de una *inconstitucionalidad sobrevinida*, que opera cuando una norma resulta ilegítima constitucionalmente de frente a un nuevo texto de la Constitución o a una nueva Constitución.

SOBRE EL AFIANZAMIENTO TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS

Con la entrada en vigencia de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador (Ley s/n; R.O. 242-3S, 29-XII-2007), se instituyó el así llamado afianzamiento como prerrequisito para accionar en contiendas fiscales nacidas de la determinación tributaria desde el sujeto activo; esto, según se desprende del artículo innumerado incluido después del artículo 233 del Código Tributario, que corresponde al artículo 7 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, que reza:

Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.

La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la Administración Tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.

El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere”⁵

El legislador constituyente, que para esos efectos actuaba como legislador ordinario (pues con la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente el extinto Congreso Nacional cesó en sus funciones), dictó esta disposición (y muchas otras), aunque en realidad sólo tenía potestades para realizar una nueva Constitución y para reformar el marco institucional del Estado. De todos modos, esa es una discusión que aquí no se abordará y que ya no tiene demasiados efectos prácticos.

Como se desprende de la disposición citada, el afianzamiento tributario constituía un requisito para poder accionar contra el fisco por tributos determinados por éste, antes de poder discutir la legalidad del tributo, debiendo pagar el porcentaje legal de la cuantía del proceso.

Los derechos fundamentales que se deberían analizar en esta parte mantienen relación con aquellos que he señalado que se infringen por la imposición de la regla *solve et repete* (no otra puede ser la consecuencia de la derivación del afianzamiento tributario de la regla). Sin embargo, ahora corresponde precisarlos un poco en su contenido y hablar de algunos otros derechos que no han sido considerados o tratados a fondo.

Los derechos que se encuentran en juego y que deben ser analizados para determinar si el afianzamiento tributario contradice de algún modo a la Constitución de la República del Ecuador, se refieren a los siguientes: i) al derecho de petición (y su correlativo derecho a recibir respuestas motivadas), ii) al derecho de acceso a la justicia (y al derecho a la tutela judicial efectiva), iii) al derecho a oponerse a las actuaciones de la administración pública, y, iv) al derecho a la igualdad. En el caso de la tutela ju-

dicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia se hará hincapié en aquellos derechos que componen el derecho generalmente denominado debido proceso, todos en ineludible conexión.

a. El derecho de petición, el derecho a recibir respuestas motivadas y el afianzamiento tributario

El derecho de petición está reconocido en el artículo 66 núm. 23 de la Constitución de la República, que reza:

Se reconoce y garantiza a las personas:

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención y respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

Este derecho, como aparece en el texto de la Constitución, no incluye solamente el derecho a presentar “quejas y peticiones”, sino que supone también el derecho a obtener “respuestas motivadas” a dichas peticiones. Petición y respuesta, entonces, están ineludiblemente unidas.

Dentro de la esfera de los derechos que incluyen alguna forma de solicitud de actuación de una autoridad, el más amplio es el derecho de petición. Ese se refiere a un ámbito general en virtud del cual se puede solicitar -dentro de un amplísimo espectro- la atención de las autoridades a cierta pretensión expresada en el petitorio (individual o colectivo) que realice quien tenga la intención de requerir algo de dichas autoridades.

El derecho de petición tiene como sujetos pasivos a todas las autoridades sin limitación de ninguna clase. Tal ausencia de límites presupone la inexistencia de restricciones respecto del contenido de la petición; lo que no implica, obviamente, que la petición vaya a ser atendida favorablemente, pero sí supone la obligación de la autoridad de responder motivadamente.

⁵ Como se verá más adelante, la Corte Constitucional ecuatoriana dictó una sentencia declarando la *constitucionalidad condicionada* del artículo señalado.

Como se puede ver, la motivación es requisito de la respuesta, de tal suerte que la autoridad está obligada a atender las peticiones de los administrados con base en los hechos y en el derecho que justifican su decisión. La motivación en las decisiones de las autoridades es, también, requisito de validez, lo que se encuentra previsto en el artículo 76 núm. 7 letra l) de la Constitución, que dice:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados” (Constitución de la República del Ecuador, artículo 76, numeral 7, letra 1).

El afianzamiento tributario viola el derecho de petición. Esto ocurre porque el requisito impide que el accionante reciba una respuesta a la impugnación que ha planteado en contra de la administración tributaria. Hay que recordar que bajo la letra del Código Tributario,⁶ la acción que no se acompaña del afianzamiento se entiende inexistente puesto que, en el supuesto del texto del artículo, la caución se constituye en condición necesaria sin la que el contribuyente no puede accionar o recurrir en el ámbito litigioso tributario.

Precisamente -siempre en el supuesto de la citada disposición y su tenor- el afianzamiento tributario no sólo es un coste para el actor del litigio contencio-

so-tributario, sino que es un requisito de procedibilidad.

Hay que aclarar que esta interpretación ha variado, pues, como se verá más adelante, la Corte Constitucional ecuatoriana, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma contentiva de la caución como requisito de procedencia de la demanda, declaró su *constitucionalidad condicionada*.

En esa virtud, la Corte atribuyó cierto criterio interpretativo que habría de dársele a la disposición mentada, de manera que ‘no viole’ el derecho de acceso a la justicia (siempre conforme el pronunciamiento de la Corte). Esta interpretación indica que los jueces tributarios deben, en lugar de exigir la caución para efectos de poder calificar la demanda, pedirla después de calificada, para luego, de no aparejarse la garantía, archivar el proceso.

Visto esto, el afianzamiento tributario no es más un requisito de procedibilidad de la acción tributaria. Nótese sin embargo, que aunque el requisito ya no impide que el juzgador prevenga competencia y tome conocimiento de la causa, sí impide que el accionante obtenga resolución. Es decir, si antes el afianzamiento tributario impedía la acción, ahora impide la resolución.

Sin embargo, la respuesta no puede deslindarse de la acción como tal, pues esa es la unión entre la petición y la resolución (motivada), que no pueden comprenderse desligadas, y cuya violación individual afecta indefectiblemente a la otra.

b. El derecho de acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el afianzamiento tributario

Si el derecho de petición es el derecho genérico de pedir a las autoridades, el derecho de acceso a la justicia es el mismo derecho de petición enfocado en la administración de justicia.

El derecho de acceso a la administración de justicia incluye obtener de los órganos de la adminis-

⁶ Nótese que la interpretación ha cambiado por efecto de la *constitucionalidad condicionada*.

tración la correspondiente tutela judicial efectiva, tal como se señala en el artículo 75 de la Constitución ecuatoriana, cuyo texto es el siguiente:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión” (Constitución de la República del Ecuador, Art. 75).

Los aspectos que conforman el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva son los siguientes:

b.1. El derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales:

En nuestro ordenamiento este derecho se encuentra contemplado en el transcrito artículo 75. Se dice que el derecho de acceso a la justicia es la primera de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, porque sin éste, los demás no pueden tener vida jurídica. Cuando el accionante acude a los órganos de administración de justicia da nacimiento al proceso, inicia su desenvolvimiento.

Este derecho incluye el derecho a acudir ante el juez natural y el derecho consecuente a no ser juzgado por tribunales de excepción, todo lo que se aprecia en el artículo 76 núm. 7 letra k) de la Constitución de la República, que establece estos derechos, en la disposición siguiente:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto (Constitución de la República del Ecuador, artículo 76, numeral 7, letra k).

Tómese en cuenta también que en materia de acceso a la justicia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una previsión que consta en el artículo 8 núm. 1 de dicha normativa. Ventura Robles opina que tal dispo-

sición es clara y según ella, los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o a los tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados. Consecuentemente, cualquier norma o medida estatal, en el orden interno, que dificulte de cualquier manera, uno de ellos puede ser la imposición de costos, el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificado por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a la citada norma convencional (Ventura Robles 2005, 3-4).

b.2. Debidos cauces procesales y garantías mínimas:

El debido proceso adjetivo no es sino “el conjunto de aspectos procesales y formales a que debe ajustarse un proceso y su culminación en una sentencia válida y oponible a aquel a quien pretenda ser aplicada” (Casás 2003, 376).

A este respecto, el artículo 76 de la Constitución de la República señala:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso... (Constitución de la República del Ecuador, artículo 76).

A continuación, este artículo dice que el derecho al debido proceso incluye ciertas garantías básicas, divididas en siete números y el último de ellos en trece letras desde a) hasta m). En este caso, la Constitución nos indica qué garantías componen, en nuestro ordenamiento, el derecho al debido proceso. Esas garantías mínimas, rectoras de todos los procesos, determinan la forma constitucional de los mismos.

El afianzamiento tributario violenta el derecho al debido proceso de modo general porque no sólo impide obtener resolución, sino que impide discutir la legalidad del tributo. Limita el proceso al acceso a que la demanda sea calificada (en los términos de la interpretación de la Corte Constitucional) y no considera que el derecho al

debido proceso incluye el derecho a la defensa en su más amplio sentido, incluidas las garantías de las que se supone imbuído; entre otras, el derecho a un juez natural, a discutir las pretensiones de la contraparte y el derecho a presentar pruebas y a contradecirlas; en fin, el derecho a un proceso, el que en el caso del afianzamiento tributario, básicamente no existe.

b.3. Una decisión fundada en Derecho

El ordenamiento constitucional presupone la imposibilidad de que los jueces y tribunales puedan tomar decisiones arbitrarias; de ahí que obtener resoluciones dotadas de la correspondiente motivación, como ya se ha analizado al hablar del derecho de petición, resulta en un derecho sumamente importante. Asegurar la resolución de las contiendas y establecer que ellas obedezcan a los presupuestos legales, constituye el fundamento mismo de la existencia de la administración de justicia. Este derecho al que se hace alusión se complementa con el derecho a que esa resolución pueda ser ejecutada.

En relación a estos aspectos, Bazán opina:

Coincido con Spisso cuando señala: '...¿Qué significado cabe atribuir a la expresión 'una persona tiene derecho a ser oída por un tribunal independiente para la determinación de sus obligaciones fiscales'? La cláusula asegura el derecho de los contribuyentes a articular todas las defensas que hagan a sus derechos, vinculadas con la determinación de sus obligaciones fiscales y que el tribunal las considere y resuelva. Por tanto, no sólo es inadmisibles la exigencia del 'solve et repete', entendida como presupuesto procesal de la acción o recurso judicial, sino también la exigencia de pago con anterioridad a que exista resolución judicial firme en la acción promovida por el contribuyente impugnando la pretensión fiscal' (Bazán 2011, sección V).

El mismo razonamiento sirve para el afianzamiento, pues si el accionante está impedido de obtener resolución judicial por falta del requisito, ello implica que el acto administrativo determinativo que ha impuesto en su contra glosas que debe pagar, se convierte en un acto firme de acuerdo al artículo 83 del Código Tributario. De esa manera, conforme el artículo 82 del mismo cuerpo de normas, estos actos son ejecutivos. En otras palabras, reconocerá un "derecho" en la administración en detrimento del eventual derecho del administrado.

Dado esto, subsistiría a lo sumo la posibilidad de presentar ante la administración tributaria un recurso de revisión (artículo 143 del Código Tributario), que una vez resuelto, tampoco podría ser impugnado en sede jurisdiccional sino en virtud del cumplimiento del requisito del afianzamiento tributario. Todo esto determina que indefectiblemente el accionante no pueda acceder a que su caso sea tratado (resuelto) por su juez natural.

c. El derecho a oponerse a las actuaciones de la administración pública y el afianzamiento tributario

En relación a ello hay que referirse al artículo 173 de la Constitución de la República, que señala que los actos administrativos son impugnables tanto en sede administrativa cuanto en sede judicial, a elección del impugnante.

Esta facultad de oposición a las actuaciones de la administración pública conlleva un presupuesto que nace del seno mismo de la configuración del Estado constitucional: los órganos de la administración no pueden encontrarse inmunes al control de sus actuaciones por parte de los jueces. Esto configura lo que se puede llamar llanamente *Estado de justicia*.

d. El derecho a la igualdad

La doctrina suele diferenciar tres aspectos del derecho a la igualdad, así: i) igualdad ante la ley, ii) igualdad en la ley, e, iii) igualdad por la ley. Y, aunque esta clasificación interesa, no es el objeto fundamen-

tal de este trabajo profundizar en las diferentes manifestaciones de la igualdad, de manera que abordaré el tema desde una perspectiva general.

Sobre el derecho a la igualdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinó lo siguiente:

En el plano fáctico, el derecho a la igualdad puede verse vulnerado de distintas maneras, tales como: la emisión o aplicación de normas discriminatorias, el establecimiento o aplicación de reglas *prima facie* neutrales pero con un impacto diferencial negativo sobre un individuo o grupo de personas, y el establecimiento de medidas o prácticas directamente perjudiciales para un individuo o grupo (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 2003).

El derecho a la igualdad debe ser comprendido, como se dijo antes, de manera analítica. En virtud de la comprensión del derecho a la igualdad desde un plano analítico es posible entender la caracterización de ese derecho como *el derecho a la diferencia*; a propósito del que son admitidas las discriminaciones que no resultan irrazonables (Nino 2005, 411).

Particularmente en el derecho tributario, dice Villegas, que el término *igualdad fiscal* encuentra su basamento en el principio de capacidad contributiva, por lo que señala:

Ello lleva a que sean fiscalmente considerados como iguales aquellos que para el legislador o el aplicador de la ley tengan similar aptitud de pago público (Villegas 2007, 268).

Si se analiza el problema, la imposición del afianzamiento tributario resulta ser una forma de discriminación negativa o ilegítima en orden de una consideración de orden económico. Es por esto que pienso que para el afianzamiento tributario valen los mismos razonamientos que la Corte Constitucional italiana usó con relación al derecho a la igualdad en su sentencia de declaratoria de inconstitucionalidad de la regla *solve et repete*; esto es que:

Es evidente la diferencia de trato que se consigue (...) entre el contribuyente que sea capaz de pagar enseguida todo el tributo y el contribuyente que no tenga medios suficientes para realizar el pago, ni pueda proporcionárselos cómodamente recurriendo al crédito; igual el otro, porque, también en caso de victoria en juicio, no conseguiría el reembolso de las sumas erogadas sino con retraso.

Al primero es, pues, permitido, en consecuencia de sus condiciones económicas, pedir justicia y conseguirla, siempre que pueda probar que tiene razón; al segundo esta facultad le queda difícil y a veces imposible (Corte Costituzionale, 21/1961).

Valen los mismos razonamientos porque no hay razón para pretender que haya diferencia entre las personas que no poseen la solvencia suficiente para pagar inmediatamente todo el tributo (en el supuesto de la *solve et repete*) y aquellos que no poseen la solvencia suficiente para pagar inmediatamente parte de aquel (porque el afianzamiento a más de garantía puede ser pago previo parcial). La diferencia en la cuantía no asegura el hecho de que todos aquellos que pretendan someter a resolución del órgano judicial su contienda, puedan solventar el requisito.

Podría suceder incluso que cierta persona esté cercana a la insolvencia y que apenas posea los recursos para procurarse una digna existencia. Una persona en esas condiciones estará impedida de acceder a sustanciar su causa y obtener una resolución si no puede cubrir el monto del afianzamiento tributario.

Estará condenada a que la justicia le sea denegada a propósito de su condición económica. No debe olvidarse que tampoco la administración es infalible y que en muchas ocasiones las determinaciones, por muy altos que parezcan los montos, no reflejan necesariamente capacidad de pago del contribuyente. De hecho, en estos casos, incluso si la razón lo ampara, se verá constreñido a ver ejecutado el acto administrativo.

IRRAZONABILIDAD DEL AFIANZAMIENTO

En otro trabajo había expuesto que el llamado *principio de proporcionalidad*, como se conoce en el Derecho europeo, suele llamarse *principio de razonabilidad* en el derecho argentino y a veces también en el derecho estadounidense, donde generalmente se le denomina *debido proceso sustantivo* (Maldonado 2013, 139-174). Aunque no sean exactamente coincidentes, parten de similares razonamientos y, en último término, sus diferencias son más bien aparentes.

En cualquier caso, el principio de proporcionalidad se encuentra reconocido en nuestra legislación, aunque, por supuesto, su presencia normativa nada dice respecto a su efectiva observación y, hay que decirlo, más hubiera servido un desarrollo jurisprudencial que una inclusión normativa que incluso posee posibles contradicciones.

Alguna doctrina y jurisprudencia ha aceptado tres subprincipios, mientras que el artículo 3 numeral 2 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de nuestro país parece aceptar al menos cuatro juicios distintos.

Sin embargo, y como lo había especificado en el trabajo que cito, yo había preferido seguir la propuesta del profesor Sapag y realizar cinco juicios: i) finalidad, ii) adecuación, iii) necesidad, iv) proporcionalidad *stricto sensu*, y, v) de no restricción de derechos (Sapag 2008, 186-194),⁷ lo que tampoco parecería ser contrario a la ley mencionada y a la Constitución de la República.

a. Finalidad

El juicio de finalidad consiste en identificar, en la regulación que se analiza, un fin constitucionalmente legítimo y socialmente relevante. La finalidad que salta más a la vista es aquella que supone que el afianzamiento tributario procura “*imposibilitar la evasión del cumplimiento de obligaciones tributarias*”, para utilizar los términos de la Corte Constitucional ecuatoriana. Así pensada, la disposición citada persigue -en apariencia al menos- un fin constitucional.

b. Adecuación

El juicio de adecuación mide la eficacia del medio utilizado para lograr el fin propuesto por la regulación. En este punto solamente se mide la aptitud del medio para lograr el fin, no su justicia o la carga que impone. En ese sentido, aplicando tal juicio, se tiene que el afianzamiento tributario, que en este caso resulta ser el medio, es en efecto un método particularmente eficaz, puesto que no considerando otras circunstancias, desincentiva a los posibles accionantes y obliga a los que de todas maneras presentan su impugnación a garantizar (y pagar previamente en los casos específicos⁸) los tributos que pretenden discutir.

c. Necesidad

El juicio de necesidad busca determinar si el medio además de ser eficaz es eficiente, o sea el que resulta no restrictivo de derechos o menos limitativo de entre todos los medios igualmente eficaces. Se trata, por supuesto, de una eficiencia jurídica y no necesariamente económica; es decir, la que resultando en una regulación eficaz, no se constituye a su vez en una afectación a derechos de conformidad a las prácticas e interpretaciones usuales y plausibles para los casos específicos, entendiéndose involucrados los límites comunes a la normal práctica y aplicación de la Constitución y las leyes en un sistema democrático.

En este punto el afianzamiento tributario cae. Su imposición, como se ha demostrado a lo largo de este trabajo, no sólo que no es una solución amable con el derecho de acceso a la justicia, sino que de plano lo impide. Resulta curiosa la solución que la Corte Constitucional ecuatoriana encontró a este problema. No abundo más en esta cuestión porque más abajo aparece comentada.

d. Proporcionalidad en sentido estricto

En este juicio se debe observar cierto equilibrio entre los costes que genera la medida con relación

⁷ Que Sapag prefiere llamar de contenido esencial, y que así consta citado en mi artículo.

⁸ Ya se dijo que el afianzamiento es, en los casos en que esto cabe, también una forma de pago parcial.

a lo que supone la imposición de la regulación. Vale aclarar que tal razonamiento no puede ser meramente consecuencial, sino que debe comprobar si la intensidad de la regulación no resulta en el sacrificio de un derecho fundamental.

Como se puede colegir, la 'intensidad del medio' utilizado, esto es, el afianzamiento tributario, es tan grande que su intervención puede llegar a anular el derecho a la administración de justicia (acceso a la justicia, debido proceso, tutela judicial), sin considerar además la desigualdad que produce entre los contribuyentes solventes y los que no poseen tal característica.

e. No restricción de derechos

Este juicio, que podría resultar abundante en lo que resulta ya obvio, que la norma no supera el principio de razonabilidad, es interesante en cuanto se lo aplique de la siguiente manera: ningún derecho puede ser en principio sacrificado, los intereses de cada parte (los del Estado incluso) son en principio solamente eso (intereses) y es tarea de los operadores de justicia determinar dónde se encuentra el derecho.

Para tal efecto conviene -según un método sugerido por Toller, y que yo he tomado más o menos libremente- considerar que los derechos deben ser reglamentados por normas razonables, lo que es lo

mismo que decir que no deben ser restringidos. El contenido del derecho a la justicia, del cual nada ha dejado la norma del afianzamiento tributario, no solo altera el derecho sino que definitivamente lo conculca o restringe.

De cualquier manera, para comparar lo que una parte (el contribuyente) y la otra (en este caso el Estado) podrían implicar con sus intereses, conviene reducir tales a disposiciones hipotéticas para analizar su legitimidad. Se tendría: a) *de parte del contribuyente*: Existe el derecho de acceder a la justicia aun cuando no se posea los recursos para cubrir la garantía de una determinación que se encuentra en disputa, y, b) *de parte del Estado*: En todos los casos el Estado puede negar la acción y la resolución de una impugnación tributaria si el contribuyente no paga primero una garantía.

Analizándolas aparece que la primera aseveración tiene asidero en las normas constitucionales, además de que si constituyera una disposición normativa, así planteada, superaría todos los juicios del principio de razonabilidad. De su letra no se sigue violación alguna. La segunda aseveración, en cambio, niega de plano un derecho (o varios) y resulta entonces irrazonable desde que supone que por el solo hecho de accionar en vía fiscal, todos van a poder pagar previamente una suma de dinero determinada.

EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. OBSERVACIONES

Antes de llegar a este punto, con el que finaliza este trabajo, se ha buscado demostrar fehacientemente la inconstitucionalidad de que adolece la norma contentiva del afianzamiento tributario. Esto no ha sido un acaso. Resta ahora comentar el pronunciamiento de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ecuatoriana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el requisito del afianzamiento tributario en al menos cinco de sus sentencias (incluso en una muy reciente en que ratificó sus argumentos). Sin embargo, aquí solamente se citan las partes que estimo más importantes de una de sus sentencias, las mismas que luego comento separa-

damente. He aquí las citas tomadas de la sentencia 022-10-SCN-CC:

Concretamente, los accionantes consideran que la norma impugnada vulnera el derecho de acceso gratuito a la justicia, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República vigente, derecho que no fue reconocido en el anterior texto constitucional y, por tanto, se torna indispensable para el análisis constitucional confrontar las disposiciones contenidas en la norma demandada con las disposiciones constitucionales vigentes, para determinar,

bajo este nuevo orden constitucional, si la norma contenida en el artículo 7 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador puede subsistir en el ordenamiento jurídico o no.

Comentario: Esto se refiere a lo que ya se había caracterizado como el análisis de *inconstitucionalidad sobrevenida*.

La Corte delimita su reflexión en torno a dos problemas jurídicos: 1.- La norma consultada ¿viola el derecho de acceso gratuito a la justicia consagrado en el artículo 75 de la Constitución? y 2.- La norma consultada ¿viola el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de derechos e intereses consagrado en el artículo 75 de la Constitución?

Comentario: Si bien la afectación al derecho a la gratuidad de la justicia es altamente discutible, aunque el afianzamiento no lo favorece de manera alguna; no es menos cierto que en este caso la Corte Constitucional se ha limitado a examinar los derechos que han estimado controvertidos los accionantes: estos dos y no otros. En lo principal, la Corte ha dejado de analizar lo que al derecho a la igualdad concierne. Recuértese que la Corte Constitucional italiana cuando analizó la regla *solve et repete* se refirió antes que todo a este derecho. En el mismo sentido, como ya se vio, es irrecusable la diferenciación que se hace entre las personas que pueden, y las que no, cubrir el monto de la caución.

En las acciones de inconstitucionalidad, los accionantes, sea porque directamente interponen su acción o porque la misma sube en consulta conforme el artículo 428 de la Constitución, no delimitan los linderos dentro de los que la Corte Constitucional puede y debe desenvolver el proceso. La Corte Constitucional posee amplia discrecionalidad para referirse a las normas que son llevadas a su consideración, de manera que en estas acciones sólo se atribuye competencia para que la Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma, pero no implica restricción alguna en los linderos de su pronunciamiento.

Se podría decir que al no hacer alusión al derecho a la igualdad, el pronunciamiento de la Corte resulta, por decir lo menos, incompleto.

Este derecho (el de acceso gratuito a la justicia), a juicio de la Corte, implica la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir a los órganos jurisdiccionales sin limitaciones, y exigir la resolución de una controversia de acuerdo a las pretensiones formuladas. Este derecho tiene íntima relación con el derecho subjetivo de la acción, mediante el cual, acudimos a los órganos de justicia para obtener la tutela del Estado. ¿Cómo accedemos a dichos órganos?

En líneas generales, los ciudadanos ejercen su derecho de acción y acceso a la justicia cuando se presenta la respectiva demanda ante el órgano judicial pertinente; se lleva el proceso con las debidas garantías y finalmente se obtiene una decisión motivada en derecho. El juez o tribunal no podrá rehusarse a examinar el contenido de la demanda aduciendo el pago de cauciones que implican erogaciones de carácter económico, por cuanto estaríamos limitando el acceso a la administración de justicia.

Comentario: Esto se corresponde, en gran parte, al análisis que consta en este trabajo. Estos argumentos son correctos. Resta determinar si la conclusión a la que arriba la Corte, con base en estas premisas, es la correcta.

Esta cita de la Corte Constitucional delimita, en líneas generales, lo que comprende el derecho a la tutela judicial efectiva, en tres aspectos: acceso a la justicia, debido proceso y resolución. Más adelante la Corte abunda sobre estas cuestiones y refuerza sus argumentos sobre el funcionamiento y contenido de estos derechos.

La Constitución de la República y la Convención Americana de Derechos Humanos garantizan el derecho de acceso a la justicia en el entendido de que no se podrá interponer ninguna limitante o carga injustifi-

cada en torno al ejercicio de este derecho en contra del administrado. En el caso sub examine, este derecho adquiere connotaciones distintas. A juicio de la Corte, la exigencia del pago de la caución del 10%, previo a calificar la demanda, constituye una exigencia injustificada para acceder a la administración de justicia; es decir, constituye una limitante o traba que impide a los ciudadanos acudir a los jueces y tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados.

En ese orden de ideas, es claro que la exigencia de la caución del 10% no constituye un costo/gasto en perjuicio del administrado, ya que se trata de un valor restituible que se lo deposita a título de garantía. En tal virtud, lo que se ve afectado con la norma acusada no es la gratuidad en la administración de justicia, sino el acceso a los órganos que administran justicia.

Comentario: Como todos sabemos, tanto la Constitución del Ecuador cuanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen la imposibilidad de establecer trabas para acceder a la administración de justicia. De modo general, el artículo 75 en cuanto a la Constitución, y el artículo 8 núm. 1 en lo que concierne a la Convención, señalan esto que ha referido la Corte y que, obviamente, no admite recusación.

Como antes quedó señalado, la afectación a la gratuidad a la justicia parece no ser el más fuerte de los argumentos en contra de la inconstitucionalidad de la norma. Sin embargo, aun cuando esta afirmación pueda resultar discutible, estimo que la vigencia del requisito sí roza de alguna manera la gratuidad de la justicia. Esto, pues la norma contentiva de la caución tributaria no sólo que es garantía, sino que puede ser pago previo parcial; y, en todo caso, funge de coste económico en tanto erogación necesaria como requisito para la discusión y la resolución.

Aun así, concuerdo con la Corte Constitucional en que es indiscutible que el requisito conculca el derecho de acceso a la justicia; eso sí, este derecho

debe ser comprendido en su indisoluble relación con los derechos al debido proceso, a obtener resolución motivada y a la tutela judicial efectiva.

La Corte, en reiteradas oportunidades, ha venido sosteniendo el carácter de último ratio de la declaratoria de inconstitucionalidad, priorizando la tarea del legislador y pregonando por la conservación del derecho; es así como se encuentra plenamente justificada la adopción de sentencias constitucionales modulativas que tiene como propósito garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional (artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

Comentario: El artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala:

Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.

Esta norma que obviamente otorga cierta discrecionalidad a los jueces constitucionales, debe ser bien entendida. En lo primordial, en cuanto al contenido de los derechos constitucionales, ellos no pueden ser sacrificados por requisitos o estimaciones estatales de contenido costo-beneficio. De modo genérico, el contenido de los derechos fundamentales resulta ser el límite convencional democrático más importante (en tanto la Constitución es también pacto político). Otro tanto ocurre con las acciones privadas de las personas que constituyen el límite infranqueable a toda acción estatal (Maldonado Muñoz 2014, 9-48).

La supremacía de la Constitución no es una mera declaración de intenciones, y no puede entenderse desde el simple normativismo.

La supremacía de la Constitución constituye un principio angular dentro de la concepción de la teoría del derecho constitucional.

Bien entendidos estos principios es que pueden aplicarse los designios del artículo 5 precitado.

El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.

Comentario: Algo similar se dijo en este trabajo cuando se señalaron los aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso sub examine, la ley tributaria pone a disposición de los administrados, medios de impugnación efectivos, constituyéndose garantías importantes a su favor, pero al mismo tiempo se está restringiendo este acceso a la presentación de una acción previo a la calificación de la demanda, imponiéndose un obstáculo injustificado. Con dicha norma, el derecho a la tutela efectiva está fuertemente limitado, puesto que la no calificación de la demanda deriva de la aplicación de una norma que viola derechos constitucionales.

Comentario: Estimo que si bien en su fallo la Corte Constitucional, en términos generales, había venido realizando una correcta apreciación de lo que implica el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva; ella empezó a establecer una desviación en este punto, en que de algún modo reduce la violación al derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia, debido proceso y eficacia de la resolución), al hecho de que el requisito de la caución sea pedido antes de que el juez califique la demanda. Es decir, reduce la violación a la falta de calificación. Entiende de algún modo que es en la calificación que el derecho de acceder a los órganos judiciales se hace patente, lo que obviamente no es

correcto. La misma Corte reconoce el contenido de estos derechos y, lo mismo, del análisis de su texto, al igual que de las conclusiones de este trabajo, se infiere que estos derechos no pueden entenderse separados. De manera que calificación de la demanda no es acceso a la justicia, pues acceder a la justicia conlleva, en estricto sentido, obtenerla; de allí que, como se dijo, pretender separar el simple acceso -suponiendo que la calificación de la demanda lo configurara- del resto de derechos precitados, implica desconocerlos.

Esto lleva a la Corte a concluir que la exigencia de la caución en materia tributaria, previo a la calificación de la demanda, configuraría denegación de justicia.

Comentario: Denegar significa -según la RAE- “no conceder lo que se pide o solicita”, de manera que denegar justicia es no concederla. Ahora, más allá de la dificultad que encarna definir el vocablo justicia, convendremos en que por antonomasia son los jueces los llamados a concederla o administrarla; esto, obviamente, se somete a ciertos presupuestos, que de modo general no son otros que los establecidos en la Constitución.

De ahí que el artículo 169 de la Constitución ecuatoriana señale:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso...

En consecuencia, no sólo que se deniega justicia si de algún modo se impide la calificación de la demanda, sino que se deniega siempre que se afecte este sistema procesal encargado de realizarla.

El debido proceso, como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, incluye cierto conjunto de garantías, entre ellas el derecho a la defensa ampliamente considerado, lo mismo que el derecho a presentar pruebas y a oponerse a las presentadas por la otra parte. Son estas normas las que en realidad defi-

nen el resultado de las causas, pues de ellas depende la discusión misma de las pretensiones (la sola calificación de la demanda no determina discusión alguna). De ese modo, si estas normas no se observan, si se desconocen, ellas sí que influyen en la denegación de la justicia, pues se supone que ellas devienen en la decisión.

Denegar la discusión y denegar la resolución son formas inequívocas, entonces, de denegar justicia.

La norma consultada, es decir, el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, que reformó el Código Tributario, para guardar conformidad con la Constitución de la República, debe contener una finalidad legítima que respete los derechos constitucionales. En ese orden, la exigencia de presentar una caución equivalente al 10% de la cuantía para deducir acciones y recursos contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, tendría al menos dos finalidades para el legislador: una relacionada con impedir el abuso del derecho de acción, es decir, de acudir injustificadamente ante la administración de justicia, contrariando los principios fundamentales de eficacia y eficiencia del aparato judicial, e incluso afectando derechos de terceros que requieren una tutela judicial efectiva; y la otra que pretende imposibilitar la evasión del cumplimiento de obligaciones tributarias, puesto que si la demanda o pretensión es rechazada en su totalidad, la Administración Tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

Comentario: Estos argumentos que usa la Corte Constitucional para, de algún modo, defender la institución de la caución “interpretando” la intención del legislador, son los mismos que habían usado los defensores de la regla *solve et repete* para sostenerla.

Esos argumentos que hacían apología de la regla, y que se han citado en este trabajo, han sido también sistemáticamente atacados y descartados.

Me referiré, sin embargo, a los dos que aquí se citan: el primero, que señala que el afianzamiento impide el abuso del derecho de acción, y el segundo, que se refiere a evitar la evasión del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

a) En cuanto al abuso del derecho de acción:

Esta suposición de la Corte Constitucional (que el afianzamiento tributario evita el abuso del derecho de acción) presupone admitir la existencia de impugnantes de ‘mala fe’, que sólo acuden a la administración de justicia para dilatar sus obligaciones tributarias. Imponer el requisito, en consecuencia, es anticiparse a posibles litigantes de mala fe. Este argumento ya había sido descartado cuando se atacó a la regla *solve et repete*, sobre todo porque supone establecer una suerte de presunción en contra de quienes accionan contra el fisco, como si la regla general fuese que los accionantes que discuten tributos acuden a la justicia para dilatar el pago de sus tributos y no para buscar defender intereses que estiman legítimos. En teoría, se debería aceptar el segundo supuesto; es decir, que la regla general es que los accionantes acuden a los órganos jurisdiccionales buscando justicia (si se supone que esa es la regla general y aun así se impone el requisito para “evitar el abuso del derecho de acción”, entonces se estaría afectando a una mayoría, a propósito de una minoría que utiliza la justicia como escudo dilatorio, lo que no resulta coherente). De otro lado -y siguiendo el argumento de Giuliani Fonrouge- las costas, multas, intereses y recargos, así como posibles sanciones a quienes usen la justicia como escudo dilatorio o evasivo, son suficientes armas para contrarrestar a los litigantes de ‘mala fe’.

De cualquier modo este argumento se torna débil. Piénsese que el requisito del afianzamiento no establece un mecanismo que sirva para diferenciar aquellos que “abusan del derecho de acción” y aquellos que no, de manera que no sirve para esos efectos, sobre todo si se considera los casos en que el requisito limita el derecho de acción a alguien que no pretenda usar la administración de justicia como escudo dila-

torio o evasivo, lo que bien puede ocurrir con una persona que simplemente no pueda accionar a causa de su falta de recursos. El argumento habrá perdido toda validez y se convertirá en la excusa de legitimación de una insostenible conculcación del derecho al acceso a la justicia, con base en el supuesto de evitar su abuso. Habrá que añadir las consideraciones que respecto al derecho a la igualdad se han hecho con anterioridad en este ensayo.

La Corte, dentro de este mismo argumento, señala que el requisito pudiera afectar derechos de terceros que requieran tutela judicial efectiva. Esto resulta, a mi entender, exagerado. Nótese que no hay razón para pretender que el uso del derecho a ventilar judicialmente las controversias de algún individuo afecte de algún modo el derecho de otro. Supongo que la intención era referirse a que la acumulación de causas puede congestionar el sistema de justicia; sin embargo, no hay razón para atribuir responsabilidad alguna de esto al impugnante, pues se supone que el aparato judicial está equipado para atender las causas en orden de los principios que prevé la Constitución, de modo que si la administración de justicia se congestiona no es un problema de quienes acuden a los órganos jurisdiccionales, sino un fenómeno estructural de la propia Función Judicial.

b) Sobre evitar la evasión del cumplimiento de las obligaciones tributarias:

De algún modo este argumento deviene del anterior; aunque a éste hay que sumarle el argumento que defiende la importancia de los tributos para la satisfacción de necesidades públicas (que es el fin general de los tributos). En cuanto a esto último, habrá que decir que si bien la recaudación de tributos obedece a una necesidad general, no es menos general la necesidad de que los derechos fundamentales sean respetados, entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva; eso sí, bien entendido y no parcialmente considerado como si sólo cubriera algún aspecto particular del proceso. Incluso en este punto podría volver con Giuliani Fonrouge; pues hay otros mecanismos menos lesivos: multas, costas, etc. No hay razón, y el juicio de necesidad así lo indica, para elegir entre todos un mecanismo tan leonino.

La Corte es consciente de la necesidad que tiene el Estado de asegurar la determinación y cobro de tributos, más aún si se trata de contribuir a la consolidación de una cultura tributaria en el país que beneficiará a la ciudadanía en general; no obstante, no resulta tolerable que la medida adoptada por el legislador para evitar el fraude al Fisco o la evasión tributaria sacrifique derechos fundamentales garantizados por la Constitución, como es el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela efectiva, que comprende, como bien lo manifestamos anteriormente, el derecho de acceso a la jurisdicción. Situación muy diferente es el hecho de que la exigencia de depósito de la caución del 10% (fin constitucional legítimo) sea efectuado con posterioridad a la calificación de la demanda, toda vez que no existiría violación al derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

Comentario: Como ya quedó señalado suficientemente, no es cierto que la presentación de la caución con posterioridad a la calificación de la demanda asegure los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

En términos llanos, hay que considerar que no hay diferencia sustancial, tan sólo formal, entre presentar caución junto a la demanda para que sea admitida a trámite o presentarla después de calificada para que no sea archivada.

Si se preguntara a un accionante que no tiene capacidad de pago y que no la tendrá en el corto tiempo que supone la calificación de la demanda contando tal plazo desde que la misma se presentó, si él puede atisbar alguna diferencia entre uno u otro caso, en cuanto a sus efectos reales; es decir, los que se desprenden de uno y otro supuesto, seguramente dirá que no hay diferencia en la sustancia que incida en su bienestar o en la protección de algún derecho. Es de esperar que quien acciona en contra de un acto lo haga porque aspira a tener oportunidad de presentar sus argumentos de oposición y porque espera obtener una resolución. Sin que esto ocurra, el proceso

no cumple su cometido y escasamente se puede decir que sea un proceso.

Esta Corte considera que el inciso final de la norma consultada, tal y como está planteada, contraviene el artículo 75 de la Constitución de la República, pues la obligación de rendir caución para acceder a la justicia no es compatible con los principios constitucionales señalados a lo largo de esta sentencia, pues se estaría desechando sin más las demandas que se presenten sin el cumplimiento de este requisito establecido en el Código Tributario.

Comentario: Si bien esta afirmación es cierta, para que tal argumento sea realidad, el requisito no puede interpretarse en los términos que la Corte Constitucional ha dictado su sentencia.

Es necesario que la Corte encuentre una solución adecuada al problema de inconstitucionalidad planteado, que no puede darse con la declaratoria de inconstitucionalidad plena, por ser una solución extrema y que no ofrece mayores respuestas al problema de inconstitucionalidad que se ha planteado al juez constitucional.

En ese sentido, la Corte, en virtud de lo señalado ut supra y siguiendo la línea de anteriores sentencias, por considerar que la declaratoria de inconstitucionalidad es de “ultima ratio”, recurrirá al uso de la herramienta prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es, el uso de “sentencias modulativas” para mantener la norma demandada.

Comentario: Si bien es cierto que la declaratoria de inconstitucionalidad es de *ultima ratio*, no es menos cierto que eso no quiere decir que cuando haya claridad de oposición de una norma a derechos constitucionales, deba hacerse valer ésta so pretexto de aplicar el principio de *ultima ratio*.

Siguiendo a Pérez Royo: “cuando no es posible encontrar justificación a una ley dentro de la Constitución, hay que hacer valer la Constitución frente a la ley” (Pérez Royo 2007, 128).

En el caso concreto, esta Corte constata que el afianzamiento en materia tributaria per se, no es una norma inconstitucional por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo, es decir, la inconstitucionalidad deriva de la forma como fue prevista por el legislador (momento en que se requiere de la rendición de la caución), mas no de lo que regula o pretende regular. Por lo tanto, se declara la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero bajo la condición de que la caución del 10% sea presentada una vez calificada la demanda, preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva (...)

SENTENCIA (...)

2. Declarar, como consecuencia de lo resuelto precedentemente, que la disposición referida será constitucional hasta que la Asamblea Nacional, en uso de la atribución contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, realice la reforma necesaria, y por tanto, la norma consultada será constitucional, siempre y cuando se aplique e interprete el inciso primero y final del mencionado artículo 7, de la siguiente manera:

El auto en que el Tribunal acepte al trámite la acción de impugnación de obligaciones tributarias, fijará la caución prevenida en el inciso primero y final de este artículo, y dispondrá que el actor consigne la misma en el Tribunal, dentro del término de quince días, contados a partir de su notificación. En caso de incumplir con el afianzamiento ordenado, el acto materia de la acción quedará firme y se ordenará el archivo del proceso (...) (Corte Constitucional ecuatoriana, 022-10-SCN-CC).

Comentario: El resultado del análisis que ampliamente aquí se ha hecho hace concluir que la Corte Constitucional ha errado en su fallo. A mi entender, y lo he reforzado con los argumentos del caso, la

Corte ha omitido analizar, al menos, el derecho a la igualdad, el que no podía soslayarse de modo alguno. De otro lado, aunque la Corte realiza un análisis acertado de lo que implica el derecho a la tutela judicial efectiva y cada uno de sus aspectos, luego termina negándolos con base, según la Corte, en las previsiones de los artículos 168 y 300 de la Constitución de la República, pero lo hace de modo general, sin explicar suficientemente cómo el requisito reivindicaría estos preceptos frente al sacrificio que supone la imposibilidad de discutir y obtener resolución frente a una contienda tributaria. De todos modos, ese sería un argumento muy pueril.

Luego, la Corte Constitucional llega a la conclusión de que no habrá violación al derecho de acceso a la justicia ni a la tutela judicial efectiva si la caución se solicita después de que la demanda sea calificada, lo que resulta infecundo en lo fáctico e insuficiente en lo jurídico. En mi opinión, siempre que se pretenda mantener el requisito de la caución o afianzamiento tributario (aunque sería mejor que no exista), esto debería hacerse bajo el supuesto de que no afecte los derechos que aquí se han analizado. *In extremis* la manera más lógica sería establecer excepciones, para precautelar un examen del derecho a la igualdad que se desarrolle en un plano analítico y para resguardar el derecho a la tutela judicial efectiva con sus mani-

festaciones. Estas excepciones, que pudieran ser objeto de prueba (de manera que quien alegue tener el derecho a no presentar caución por falta de fondos pueda probarlo), podrían asegurar a los individuos el acceso a la discusión y resolución de la controversia y no sólo a la calificación de la demanda, que no asegura la protección integral de derecho alguno. De esta manera, si alguien no posee los recursos y tampoco puede procurarse una forma de garantía, no por su condición económica debería quedar fuera de la opción de llevar su contienda a la administración de justicia y obtener la resolución que corresponda, sea o no favorable a sus pretensiones.

En la Asamblea Nacional circula un proyecto de reforma que pretende imponer un monto a partir del cual el afianzamiento sería exigible. Tampoco esto es totalmente admisible. Como antes se señaló, el monto de la determinación no siempre dice lo suficiente sobre el contribuyente *determinado*. Los ejemplos abundan. Incluso si quiere imponerse un monto, lo que supondría por lo menos cierta ventaja, debería sustentarse las razones que justifican tal cantidad y no otra. Y, en todo caso, el monto no podría ser un escudo para quienes, aun con ese valor determinado, no puedan afianzarlo. Lo primero es lo primero: el acceso a la justicia, con todo lo que implica.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto. 2013. *Liberalismo y democracia*. México: FCE.
- Carnelutti, Francesco. 2004. *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis.
- Casás, José Osvaldo. 2003. Principios jurídicos de la tributación. En *Tratado de Tributación*, Comp. García Belsunce, T. I, Vol. I, 219-408. Buenos Aires: Astrea.
- Giardelli, Lucas. 2006. *El derecho a la igualdad y el sistema de escrutinios*. Buenos Aires: pro manuscrito.
- Maldonado Muñoz, Mauricio. 2014. La intangibilidad de las acciones privadas de las personas. *Ius Humani*: 9-48.
- . 2013. El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas. *Ius Humani*: 139-174.
- . 2011. *Afianzamiento tributario y solve et repete -implicaciones procesales y constitucionales*. Quito: CEP.
- Martín José María y Rodríguez Usé Guillermo. 2006. *Derecho tributario general*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Nino, Carlos Santiago. 2005. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Pérez Royo, Javier. 2007. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Sapag, Mariano. 2008. *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*. *Dikaion*: 157-198.
- Smith, Adam. 2005. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Pennsylvania: Electronic Classic Series Publication, Pennsylvania State University.
- Soler, Osvaldo. 2008. *Derecho tributario*. Buenos Aires: La ley.
- Toller Fernando y Serna Pedro. 2000. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.
- Ventura Robles, Manuel. 2005. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad. *Ponencia presentada en el "Taller regional sobre democracia, derechos humanos y Estado de derecho"*, 5-7 sept, en Costa Rica.
- Villegas, Héctor. 2007. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Astrea.

Jurisprudencia:

Corte Costituzionale, 21/1961.

Corte Constitucional ecuatoriana,
022-10-SCN-CC.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03,
17 sept. 2003

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES A LA SALUD*

THE RIGHT OF CONSUMERS TO HEALTH

DIREITO DOS CONSUMIDORES À SAÚDE

*Sandra Lima Alves Montenegro***
Universidad de Las Américas - Ecuador

Recibido: 30/10/2014

Aceptado: 20/11/2014

Resumen

En Ecuador y en Brasil los desafíos sociales son parecidos y tanto comparar cuanto compartir experiencias puede ayudar el avance del conocimiento sobre nuestros problemas sociales y el análisis jurídico. Las violaciones al Derecho a la salud en el mercado de productos y servicios en materia de salud pueden ser muy dañosas a la población en general y especialmente a los consumidores empobrecidos y en situación de riesgo social. Los servicios y productos deben atender a las normas de calidad previstas en la legislación y en los principios de Derecho. En la experiencia brasileña se pueden encontrar algunas posibles reacciones en defensa de estos derechos, en especial el apoyo de un poder judicial que haga efectiva la protección del consumidor en materia de salud.

Palabras clave: Salud; consumidor; mercado de la salud; teoría de la cualidad.

Summary

In Ecuador and Brazil social challenges are similar, and comparing and sharing experiences can help to advance our understanding about our social problems and legal analysis. Violations of the right to health in the consumer market of products and services in health can be very harmful to the overall population and especially to the impoverished consumers and the ones in social risk situation. Services and

products must meet the quality standards provided for in the legislation and in the principles of law. In the Brazilian experience we can find some possible reactions in defense of these rights, especially the support of a judicial power that guarantees the protection of the consumer in matters of health.

Keywords: Health; consumer; healthcare market; theory of quality.

Resumo

No Equador e no Brasil os desafios sociais são semelhantes e tanto a comparação quanto o compartilhamento de experiências podem ajudar o avanço da análise jurídica e conhecimento sobre nossos problemas sociais. As violações do direito à saúde no mercado de produtos e serviços dessa área pode ser muito prejudicial à população em geral e, especialmente, aos consumidores em situação de risco social e de pobreza. Os serviços e produtos devem atender aos padrões de qualidade previstos na legislação e nos princípios do direito. Na experiência brasileira se podem encontrar algumas possíveis reações em defesa desses direitos, especialmente o apoio de um poder judicial que garante a proteção dos consumidores em questões de saúde.

Palabras clave: Saúde; consumidor; saúde complementar; teoria da qualidade.

* Investigación iniciada para la V Conferencia Internacional de Derecho Económico en la Universidad Andina el 13 de noviembre de 2013. Es el tema de investigación actual de la autora en la Universidad de las Américas de Quito (UDLA).

** Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la UDLA. Máster en Derecho Civil, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil.

Al igual que Argan, personaje principal *Le malade imaginaire*, de Molière, padece una enfermedad imaginaria, un hipocondríaco esclavo de su supuesta enfermedad, que consume cuanto medicamento existe para evitar morir.

Se encuentra rodeado de gente impostora e interesada en su fortuna, corremos el mismo riesgo de los oportunistas que explotaban a Argan. Estos, 340 años después continúan existiendo, agravados por la mercantilización de la prestación de los servicios de salud, por la desigualdad social y por la vulnerabilidad de los usuarios de los sistemas de salud en desarrollo como el de Ecuador y Brasil.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA SALUD

Tanto Ecuador como Brasil tienen parte de su territorio cubierto por la selva Amazónica¹; poseen diversidad de etnias que a su vez, aportan una variedad de características traducidas en distintos fenotipos y genotipos, así como una compleja variedad cultural y problemas de salud. La riqueza de su naturaleza decora los dos países y permite a la población aprovechar de su variado paisaje.

No obstante, su exuberancia también es un desafío. Parte de su población vive en lugares de difícil acceso, lo que genera riesgos y los problemas de salud son tan distintos como su naturaleza.

Ecuador tiene 24 provincias, 221 cantones, alrededor de 1500 parroquias urbanas y rurales y, desde el año 2008, cuenta con una nueva organización político-administrativa dividida en siete regiones o zonas, así como los Distritos Metropolitanos de Quito, de Guayaquil y el Régimen Especial de Galápagos.² Brasil tiene 26 Estados y el Distrito Federal (donde se

Ecuador y Brasil son países que en muchos aspectos son comparables. Los dos atraviesan un importante momento de desarrollo social, con profundos cambios en materia de salud y ciudadanía. Para aumentar sus posibilidades de éxito, la reflexión comparativa suele ser muy útil, rica y puede reservarnos algunas buenas sorpresas. Por esta razón, este trabajo se encuentra dividido en tres partes: la primera sobre las consideraciones generales de la coyuntura de salud de ambos países; la segunda, las características del derecho del consumidor; y la tercera el derecho del consumidor en el mercado de la salud y la manera en que el Estado interviene para garantizar el respeto del derecho del consumidor a la salud.

encuentra la capital federal, Brasilia), organizados en cinco regiones: Sur, Sudeste, Centro Oeste, Nordeste y Norte (OPAS 2012, 80 y 108).

El proyecto de “microplanificación” de Ecuador³ también busca acercar la gestión de la salud a las necesidades regionales, de manera que las administraciones públicas distritales se encarguen cada vez más de prestar un servicio público de calidad.

La gestión de la salud, en Brasil, es regionalizada y compartida⁴ entre la Unión (el Gobierno Federal), los 26 Estados, el Distrito Federal y los 5.561 municipios (OPAS 2012, 80).

Para conocer los números de la situación de la salud de estos dos países, presentamos una tabla de indicadores básicos⁵ elaborada en combinación con datos recolectados entre 2012 y 2014 por la Organización Panamericana de la Salud y por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE).

1. En 2010, el 37,98% del área total del territorio ecuatoriano era considerado protegido y de igual modo, el 26,00% del territorio brasileño (Protected Planet Report 2012).
2. La organización del Estado está prevista en la Constitución Política de la República del Ecuador, art. 242. “El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales.” El Código Orgánico de Organización Territorial delimita con más precisión el tema.
3. Sobre la división administrativa del Ecuador y la microplanificación, ver el *Proceso de desconcentración del ejecutivo en los niveles administrativos de planificación*, elaborado por Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo en 2012.
4. La previsión de la administración regionalizada de la salud, implementada en 1996, fue introducida en 1988 por la Constitución de la República Federativa del Brasil en el Art. 198. Las acciones y los servicios públicos de salud integran una red regionalizada y jerarquizada y constituyen un sistema único, organizado de acuerdo con las siguientes directrices: I. descentralización, con dirección en cada esfera de gobierno; II atención integral, con prioridad para las actividades preventivas, sin perjuicio de los servicios asistenciales; III participación de la comunidad. Párrafo único. El sistema único de salud será financiado, en los términos del artículo 195, con recursos del presupuesto de la Seguridad Social, de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, además de otras fuentes.
5. Los indicadores básicos seleccionados para el Ecuador y el Brasil no son siempre del mismo año, pero indican de manera mediana la situación de los dos países. Los gráficos están en el libro *Salud en las Américas 2012*, OPAS Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud. En la p. 81, 82 para Brasil y 109, 110 para Ecuador.

Pese a que los índices sociales de Brasil y Ecuador han subido, se percibe que todavía queda mucho por hacer para reducir las inequidades sociales y mejorar la salud de la población.

Según el Índice de Desarrollo Humano de 2013 (Human Development Report 2014), Ecuador obtiene 0,711 y Brasil, 0,744. Si se compara Ecuador y Brasil, por ejemplo, con Canadá, reconocida por su calidad de vida y su sistema de salud⁶, encontramos uno de los valores más altos del mundo.

El Índice de Desarrollo Humano es 0,902. Sin embargo, el indicador sociales más bajo respecto de Ecuador es la pobreza, “cero” en Canadá, contra 36% de Ecuador y 21,4% en Brasil. Los índices de alfabetismo, en Canadá es del “100%” contra el 84% (2009) y 91,6 % (2012) de Ecuador, mientras que Brasil tiene el 90% (2010) y 90,4% (2012).

Estas cifras señalan que Ecuador y Brasil necesitan que la intervención del Estado sea más fuerte, no tanto para mejorar los indicadores sociales, como para evitar abusos en detrimento de grupos sociales en situación de riesgo. En 1990, Brasil y Ecuador, la mayoría de su población era menos de 35 años. En 2010, Ecuador continúa con el mismo índice poblacional, lo que facilita la planificación a futuro de la salud pública. En Brasil, en cambio, el proceso de envejecimiento poblacional empezó en los últimos 20 años.

No obstante, ambos países tienden a sobrecargar sus finanzas para mantener al grupo de los adultos mayores que vivirá más y tendrá más gastos con la salud y, al mismo tiempo, habrá menos gente joven que en la década de 1990.

Esta realidad es una preocupación transferida al ámbito de las cartas políticas fundamentales, generando en los dos países textos similares. En Brasil (1988) y Ecuador (2008) está regulado constitucionalmente un sistema de salud pública que busca garantizar el derecho de todos, sin discriminación, al acceso universal e integral a la salud.

El artículo 32 del texto de la Constitución de la República del Ecuador anuncia:

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional (Constitución de la República del Ecuador, art. 32).⁷

Del mismo modo, Brasil garantiza a todos el acceso a la salud, atribuyendo al Estado el deber de asegurarlo.

La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación (Constitución de la República Federativa del Brasil 1988, Art. 196).

Pero la realidad de un país en vías de desarrollo con el fin de vencer el desafío de ofrecer, de manera gratuita, el acceso a la salud de calidad no corresponde con el deseo expreso del legislador constituyente.

El deber del Estado de formular y garantizar las políticas públicas de salud, universalizar la atención en salud, garantizar las prácticas de salud ancestral, cuidar a los grupos de atención prioritaria (personas

6. Canadá es el país que tiene los mejores índices de salud de las Américas y como Ecuador y Brasil, adopta prioritariamente el sistema público de asistencia a la salud. Sobre Canadá, ver OPAS, 85. También contrasta el indicador de mortalidad materna (por 100.000 nacidos vivos), de 2007, en Canadá: 6,5, comparado con 69,7 en Ecuador y 72,3 en Brasil.

7. Véanse también, la Constitución de la República del Ecuador, los artículos 358 al 366 que tratan sobre el sistema de salud.

adultas mayores, niños, mujeres embarazadas, discapacitados), está regulado en el artículo 35 de la Constitución de Ecuador de 2008.⁸

En Brasil, el sistema público de salud se materializa a través del Sistema Único de Salud (SUS)⁹, que cubre al 75% de la población, también beneficiada con tratamientos de salud bucal y provisión de medicamentos. El SUS tiene más de 400.000 camas de atención y más de 60.000 centros para consultas (OPAS 2012, 82).

Como consecuencia de este complejo panorama, la prestación de salud en Brasil incluye la figura del 'usuario' de la red pública gratuita de servicios de salud (SUS), donde no hay relación de consumo¹⁰ y la figura del 'consumidor' de la red privada, que paga de manera directa por los servicios que recibe y por contratos de asistencia a la salud (planos y seguros de

salud). Sin embargo, hay profesionales, hospitales y clínicas que la mayoría de las veces actúan en los dos ámbitos (público y privado).

El derecho a la salud es de interés de todos, pero el costo del tratamiento es un importante elemento a ser considerado para el presupuesto del Estado y para el consumidor que busca la asistencia por la red privada (de manera directa o por contratos de seguros de salud, de medicina prepagada).¹¹ En casos de conflicto de intereses, la intervención del Estado se hace indispensable. Esta intervención limita la libertad del mercado de la salud de buscar el lucro cuando viola el derecho fundamental a la salud, como ocurre en la punición a quien exige garantías financieras para prestar el servicio de salud de emergencia¹² o limitando la autonomía privada cuando vulnera el equilibrio contractual en la relación de consumo.

DERECHO DEL CONSUMIDOR

El derecho del consumidor se aplica a todos los productos y servicios disponibles en el mercado de consumo. La protección del consumidor está integrada en el anterior texto constitucional en Ecuador (1998) como Derechos Civiles, en el artículo 23, numeral 78, y en el artículo 92, en la protección de los consumidores. La nueva Constitución de 2008 reafirma la defensa del consumidor en varias partes. Primero, en el artículo 23, numeral 7, por asegurar la calidad y adecuación de los bienes y servicios públicos o privados; después en el capítulo 5, artículos del 52 al 55 y en el artículo 244, numeral 8.

El primer instrumento normativo específico de defensa del consumidor en Ecuador fue publica-

do en la R.O. 520 el 12 de setiembre de 1990, que fue remplazada por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. 116, de 10 de julio de 2000 y su reglamento general en el R.O. 287, de 19 de marzo de 2001.

En Brasil, la protección del consumidor ingresa en la legislación brasileña por la Constitución de 1988, que tiene dos artículos sobre el asunto: en el capítulo de los Derechos Fundamentales, el artículo 5º, XXXI: "el Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor", y el artículo 170, que incluye el respeto al consumidor como un principio del Orden Económico.¹³ En la misma Constitución, el artículo 48 de las "Disposiciones Constitucionales

8. Sobre el Ecuador, véase el análisis del Censo de 2010: "69,2% de los ecuatorianos no tienen ningún tipo de cobertura de seguro médico" y el "19,7% está afiliado al IESS y tan sólo un 1,4% tiene algún seguro privado". Roberto Andrade justifica el elevado número de afiliaciones al IESS no por su calidad especial, sino por su obligatoriedad a todo trabajador, profesional, campesino o administrador de negocio. Resalta que gran parte de las empresas privadas logran precios cercanos a los públicos, pero en ese mercado débil solo hay 20 empresas privadas en todo país, también según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). Encuesta Nacional de Empleo y Desempleo Urbano 2010.
9. El *Sistema Único da Saúde* es reglado por la *Lei Orgânica da Saúde*, Ley 9.080 de 1990. El sistema de salud ecuatoriano está regulado por Ley Orgánica de La Salud, publicada en el R.O. 423, de 22 de diciembre del 2006 y el Reglamento a la Ley Orgánica de Salud publicado en el RO de 30 de Octubre del 2008.
10. La antigua polémica de la aplicación del Código de Defensa del Consumidor a las prestaciones de salud por el SUS ya no resulta relevante. En ese sentido, véase la decisión del Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº254113/RS, 4ª Turma, Rel. Juez Ramos de Oliveira, juzgado en 05.12.2000, citada por Cláudia Lima Marques y Cristiano Heineck Schmitt.
11. En 2011, en cuatro artículos publicados en el periódico El Telégrafo, César Paz y Miño analiza el Sistema Privado de Seguros Médicos y Medicina prepagada en Ecuador. En este sentido indica que existían 450 tipos de aseguramientos, 63% cerrados y 37% abiertos (Cesar Paz y Miño. Medicina pre-pagada y seguros médicos (El Telégrafo, mayo 2011).
12. La Ley No 12.653/2012 modificó al Código Penal: "Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial. Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte."
13. Art. 170: "El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: (...) V defensa del consumidor".

Transitorias” determina que en 180 días el Congreso Nacional haría una proposición de un Código de Defensa del Consumidor para debates. El Código de Defensa del Consumidor (CDC) surge como ley el 11 de setiembre de 1990,¹⁴ casi 2 años después.¹⁵

El derecho del consumidor surge para reequilibrar las relaciones jurídicas desiguales entre los dos polos de la relación de consumo: los “prestadores de servicios y productos”, y los consumidores finales, que son, por su propia naturaleza, vulnerables.¹⁶ En ese sentido, establece que todos los productos y servicios introducidos en el mercado sean adecuados al consumo y seguros para salud del consumidor, de su familia y de todos los que estén expuestos a ellos. Igualmente la cualidad y universalidad de los servicios de salud en Ecuador están garantizadas en la Ley Orgánica de Salud, reforzados sólo posteriormente por la Ley Orgánica del Consumidor.

Además de asegurar la cualidad y adecuación, el Código del Consumidor presenta una respuesta social a la crisis de las fuentes de las obligaciones, en un mundo masificado, con relaciones despersonalizadas, con una imposibilidad real de negociación de los términos de los contratos como se hacía en otros tiempos; intenta restablecer el equilibrio y la justicia registrando los deberes que se deben respetar para colocar un producto o servicio en el mercado, esto es, que sean adecuados a su finalidad y que sean seguros para el consumo.¹⁷ De esta manera, la relación jurídica no está determinada por las partes contratantes, sino por la relación de hecho, y la jurídica, de consumo. La Teoría de la Calidad¹⁸ nace para proteger la ‘confianza’ del consumidor sobre los productos o servicios disponibles en el mercado, en el sentido de que los mismos tengan calidad por adecuación y seguridad (Marques 2002, 979-986).

En Ecuador y en Brasil, la protección del consumidor tiene por objetivo proteger al consumidor, es decir, al destinatario final de hecho y económico de bienes (productos) y servicios. Los dos países tienen en común, conforme lo mencionado, una población vulnerable y expuesta a la pobreza y que no está completamente alfabetizada.

La defensa de los derechos del consumidor es la regulación de la relación de consumo y también la defensa de los más débiles. Hay, no obstante, una importante diferencia entre la manera en la que Ecuador y Brasil estructuran sus leyes: en Ecuador se registran también los deberes de los consumidores;¹⁹ en Brasil, solamente sus derechos.

La protección de la salud pasa también por un comportamiento colaborativo por parte del consumidor. El consumidor tiene obligación -registra la ley- de “evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos” y, también, de “informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse”.²⁰

No obstante, la información sólo puede ser aprovechada por el consumidor en caso de ser emitida de manera adaptada y accesible. Además de la realidad de gran analfabetismo en los dos países, en Ecuador se reconoce que son también lenguas oficiales el castellano, el kichwa y el shuar. Esas últimas están previstas en la Constitución con el compromiso de que serán respetadas y de que su uso será estimulado por el Estado. Luego, para transmitir la información de forma accesible, hay que respetar las necesidades y características de la parte de la población más vulnerable por la situación de la pobreza, del analfabetismo y con la particularidad de la lengua en Ecuador.

14. Esto tuvo lugar un día antes de la fecha de la primera Ley de Defensa del Consumidor ecuatoriana, que fue reglamentada el 19 de febrero de 1991. Estas fueron reemplazadas por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ahora vigente No 116, de 10 de julio de 2000 y el Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor No 287, de 19 de marzo de 2001.

15. Ley No 8.078 de 11 de setiembre de 1990.

16. Sobre el problema de la vulnerabilidad ver Lozes 1998; Fonatine 1996; Filomeno 2001.

17. Ver Filomeno 2001.

18. Sobre la “Teoria da Qualidade” ver Marques 2002, 985.

19. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador, Ley No. 116, de 10 de julio de 2000, en su artículo 5 plantea que “Son obligaciones de los consumidores: 1. Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios; 2. Preocuparse de no afectar el ambiente mediante el consumo de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos en ese sentido; 3. Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos; y, 4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse”.

20. El deber de informarse responsablemente sería, en la opinión de Victor Cevallos, la más importante de las obligaciones del consumidor (Cevallos 2012, 399). La Ley Orgánica del Consumidor atribuye al consumidor el deber mismo de informarse sobre las contraindicaciones de medicamentos, las dosis, etc. Con deberes de buscar información el consumidor, tampoco libera al proveedor de poner todas las informaciones esenciales de manera clara, comprensible y de fácil acceso al consumidor.

Teniendo en cuenta que la salud es un bien valioso a ser protegido, la ley establece que, en caso de un accidente de consumo, el proveedor²¹ tiene la obligación de indemnizar civilmente el “hecho del servicio” o el “hecho del producto”. En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana y en el Código de Defensa del Consumidor (CDC) brasileño, los proveedores responden de forma solidaria por los daños causados al consumidor por vicios o defectos en productos (bienes) o servicios, en los términos, respectivamente, de los artículos 28²² y 12.²³ El CDC establece la responsabilidad objetiva²⁴ y solidaria de toda la cadena de proveedores, en la cual son integrados tanto el proveedor “real” (el fabricante, el productor y el constructor), como el “presunto” (el importador del producto industrializado o *in natura*); y el proveedor “aparente” (que hace creer al consumidor que es el proveedor real por poner su nombre o marca en el producto colocado en el mercado).²⁵

En los dos textos legales hay una figura con restricción de responsabilidad. La Ley ecuatoriana registra al ‘transportista’; la brasileña, al ‘comerciante’.

En Ecuador, el transportista responde solamente por el daño ocurrido por causa del transporte.²⁶

En Brasil, el comerciante, que contrata directamente con el consumidor y es por él conocido, tiene una responsabilidad subsidiaria cuando el fabricante, el constructor, el productor o el importador no pueden ser identificados o cuando no están claramente identificados en el producto; o cuando no conservan correctamente los productos perecibles.²⁷

Cuando se trata de productos nocivos por su naturaleza, que agregan riesgos calificados como “normales y previsibles”, como es el caso de los medicamentos, su carga de peligro no “induce defecto” y su venta es solamente tolerada con gran responsabilidad de información.²⁸ Los medicamentos siempre serán vendidos con “folletos explicativos”.²⁹

El daño al consumidor, a su salud, por una prestación de los servicios con defectos es indemnizado, en Brasil, por las reglas de la responsabilidad civil objetiva,³⁰ según la cual no hay necesidad de probar

21. El derecho brasileño utiliza la expresión “fornecedor” para indicar el proveedor de productos o servicios que sea persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como sujeto despersonalizado, que desarrollen actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o servicios (CDC, Art. 3).
22. Según el artículo 28 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, “serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Tratándose de la devolución del valor pagado, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor final”.
23. Según el artículo 12 del CDC “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparacão dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricacão, construçã, montagem, fórmulas, manipulaçã, apresentacão ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informacões insuficientes ou inadequadas sobre sua utilizaçã e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurancã que dele legitimamente se espera, levando-se em consideraçã as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentacão; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulaçã. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.
24. En la opinión de Cevallos, en el texto del artículo 28 “aparentemente se establece la responsabilidad objetiva” (Cevallos 2012, 364).
25. La inspiración viene del Derecho Comunitario Europeo, por la Directiva N.º. 374 de 1985 (Zelmo 2001, 161).
26. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículo 28, parte final: “El transportista solo responderá por los daños ocasionados al bien con motivo o en ocasión del servicio por él prestado”.
27. Art. 13, CDC. Ver Zelmo 2001, 171.
28. Art. 8 y 9 del CDC. Ver también Zelmo 2001, 147.
29. La información de los medicamentos es de gran importancia para el Derecho brasileño. No solamente el Código de Defensa del Consumidor se ocupó de sus reglamentos, como también el Ministerio de la Salud y la autoridad independiente competente por supervisión las medicaciones -ANVISA- *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. La CF/88 establece en el artículo 200 que “Al sistema único de salud le corresponde, además de otras atribuciones, en los términos de la ley: I- controlar y fiscalizar procedimientos, productos y sustancias de interés para la salud y participación en la producción de medicamentos, equipamientos, inmunobiológicos, hemoderivados y otros insumos; II. ejecutar las acciones de vigilancia sanitaria y epidemiológica, así como las de la salud del trabajador; III. ordenar la formación de recursos humanos en el área de salud; IV. participar en la formulación de la política y de la ejecución de las acciones de saneamiento básico; V. incrementar en su área de actuación y desarrollo científico y tecnológico; VI. fiscalizar e inspeccionar alimentos, incluyendo el control de su valor nutritivo, así como bebidas y aguas para consumo humano; VII. participar en el control y fiscalización de la producción, transporte, guarda y uso de sustancias y productos psicoactivos, tóxicos y radiactivos; VIII. colaborar en la protección del medio ambiente, incluyendo el de trabajo”.
30. CDC, Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparacão dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informacões insuficientes ou inadequadas sobre sua fruiçã e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurancã que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideraçã as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adocão de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

la culpabilidad. Pero sigue subjetiva, con base en la culpa o el dolo, la responsabilidad civil del profesional liberal,³¹ así como la del médico o la del odontólogo que prestan servicio de manera autónoma o que son propuestos (representantes) de clínicas, de hospitales, de centros médicos. Mientras las clínicas, hospitales, centros médicos respondan objetivamente, los representantes y empleados sólo responden si la conducta es culposa o dolosa.

Todas las personas que sufren daños en una relación de consumo son equiparadas al consumidor, incluso si son ‘terceros’. Esa medida legal de equi-

paración tiene la finalidad de proteger a todos los espectadores, “*bystanders*”, porque todos en la sociedad tienen derecho a no sufrir daños injustos causados por productos y servicios inseguros (Marques 2002, 288).³²

En lo que toca al tema principal de este trabajo, el derecho del consumidor de un lado sirve para garantizar que los productos y servicios ofertados en el mercado sean adecuados y seguros para el consumo; del otro, es aplicable justamente con un conjunto de reglas particulares al competitivo mercado de *planes y seguros* privados de salud.

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO DE LA SALUD

El Estado interviene para garantizar el respeto del derecho del consumidor en el disputado mercado de la salud.³³

La Constitución brasileña de 1988 reza que:

Art. 199. La asistencia sanitaria es libre para la iniciativa privada.

1°. Las instituciones privadas podrán participar de forma complementaria del sistema único de salud, según las directrices de este, mediante contrato de derecho público o convenio, teniendo preferencia las entidades filantrópicas y las que no tengan fines lucrativos.

2°. Está prohibido el destino de recursos públicos para auxilio o subvenciones a las instituciones privadas con fines lucrativos.

3°. Está prohibida la participación directa o indirecta de empresas o capital extranjero en la asistencia sanitaria en el País, salvo en los casos previstos en ley.

4°. La ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines

de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización.

En caso de que una persona necesite de tratamiento de salud y lo haga por prestadores de servicios privados (médicos, clínicas, hospitales, centros de salud), con pago directamente al ofertante (prestador) del servicio o por intermedio de un contrato de asistencia a la salud, su relación jurídica será reglada por el Código de Defensa del Consumidor.

El mercado privado de la salud y de la tecnología es fuerte en Brasil, aun cuando toda la población es potencialmente usuaria de la red pública y gratuita. En 2012 se estimaba que el 25% de la población brasileña, más de 47 millones 645 mil personas, recurren a este mercado privado (abiertos y cerrados) de planos y seguros de salud.³⁴ También está el caso de los que contratan directamente a médicos privados.

En Ecuador, el mercado en el 2014 tiene cerca de 700.000 personas afiliadas a Seguros de Salud y de Medicina prepagada. Este sector registró un creci-

31. CDC, Art. 14, § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

32. Sobre el tercero equiparado, comenta Marques que el mismo tiene todos los derechos asegurados al consumidor. Ver también sobre el tema Zelmo 2001, 179.

33. La Constitución Federal brasileña de 1988 ilumina el asunto sin dejar dudas: “Son de relevancia pública las acciones y servicios de salud correspondiendo al poder público disponer, en los términos de la ley, sobre su regulación, fiscalización y control, debiendo ejecutarse directamente o a través de terceros y, también, por persona física o jurídica de derecho privado” (Art. 197).

34. Sobre la organización de la red privada de empresas que posibilitan el acceso a la salud en el Brasil es importante ver la Ley N° 9.656, de 3 de junio de 1998. En Ecuador se aplica la Ley 98-08.

miento de ingresos del orden de 11% con relación al año de 2011.³⁵ El mercado privado de la salud en Brasil tiene operadores de servicios de salud que ofrecen tres grandes modalidades de contratación: los ‘planos’ privados de asistencia a la salud cerrados a grupos o colectividades en general por motivo de trabajo por ejemplo; los ‘planos’ abiertos de asistencia a la salud y también los seguros privados, de naturaleza financiera con servicios de reembolso en caso de gastos en materia de salud (Ley 9656).³⁶

En el sistema de “Planos de Salud” se da el pago mensual de un contrato que garantiza, de ser necesario, el acceso al servicio de salud. Ese pago puede ser asumido por el propio beneficiario (contratante) o por su empleador como una ventaja laboral en planos colectivos. Normalmente sólo hay derecho del beneficiario de realizar el tratamiento en una red de servicios de salud pre-aprobada de la contratada. En los casos conocidos como ‘seguros de salud’, tiene lugar el pago mensual de un contrato que garantiza el reembolso del gasto con salud.

Obtener la atención a la salud sin planes de salud o seguros privados es más oneroso. Para acceder a la medicina privada (particular) hay que tener dinero para pagar directamente por un servicio costoso que solamente es reglado por el mercado y las reglas de oferta/demanda. Se puede pagar 200 dólares por una consulta privada de un médico. Para una consulta privada con un especialista, el pago puede ser fácilmente de más de 300 dólares.

Además, para obtener ayuda en una red contratada de la Operadora hay que procurar conocer cuáles son los espacios y profesionales que se encuentran asociados a la red. Para la formación de la red de servicios de salud, cada profesional de salud (y hospital, centro o clínica de salud) elige si quiere asociarse a la red privada, lo que se hace por un contrato asociativo para la prestación de salud. A partir de la firma de

ese contrato individual, se da la adhesión del médico (hospital, centro o clínica de salud) al grupo de prescriptores de servicio de salud de la operadora, y sus consultas pasan a tener un precio fijo, establecido por la “Operadora” del “Plano de Salud” y cancelado por ella (no por el consumidor). También ocurre que todos los usuarios que estén adheridos a cierto plan de salud pasen a tener la opción de consultar el servicio de este nuevo médico asociado.

Un seguro privado -complementario a la prestación de salud por parte del Estado- depende de su viabilidad económica y se basa en cálculos actuariales para medir los riesgos y el costo de la utilización de la prestación de salud, que, a su vez, depende de la edad del beneficiario o beneficiarios y de los beneficios ofrecidos. Entonces, hay que destacar que, de la misma forma que los gestores de la red pública elijen los tratamientos y medicamentos que esta puede ofrecer, la ‘cobertura’ garantizada por el contrato privado de salud de una Operadora también es limitada.

Las Operadoras necesitan de viabilidad económica para funcionar e, independiente de sus costos de funcionamiento, pueden tener finalidad lucrativa o no. Algunas son gestoras de una red propia de servicios y otras pasan a terceros la ejecución de la prestación de la salud. Los contratos también pueden ser singulares, familiares o colectivos. En todos los casos de beneficio de grupo, estamos frente a una modalidad de vinculación asociativa,³⁷ donde los costos son compartidos por el grupo para que se tenga la ventaja deseada en el contrato. Así, los más jóvenes también pagan por el costo de los más viejos, y el cálculo actuarial se proyecta en el futuro, de forma que se mantiene un equilibrio que vuelve al contrato viable.

No obstante, el límite de la planificación de los beneficios, los tratamientos o procedimientos que estaban disponibles a los usuarios fue, por mucho

35. Datos divulgados por la asambleísta en Pamela Falconi en el periódico El Telégrafo del 21 mayo de 2014 y por la Asociación de Empresas de Medicina Prepagada del Ecuador (Aeemip), el 31 de mayo de 2014 por Sebastián Angulo.

36. En Ecuador el sistema de Medicina Prepagada es una categoría más genérica y, de acuerdo con el Ministerio de Salud Pública, se debe entender por tal “el sistema organizado y establecido por las empresas autorizadas, para la gestión de atención médica, y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender o prestar directa o indirectamente estos servicios, mediante el cobro regular de un precio pagado anticipadamente por los contratantes, a través del contrato especial (Ministerio de Salud Pública, Reglamento general sustitutivo para la aplicación del proceso de licenciamiento en los establecimientos de servicios Salud).

37. Ihering alerta que la satisfacción del interés egoísta como el fin que estructura los pactos, pero las personas pueden caminar juntas (asociándose) cuando la satisfacción de sus intereses individuales resultan en un fin común (Ihering 1953, 59 y ss).

tiempo, decidido unilateral y libremente por las Operadoras por medio de los contratos de adhesión. Con eso, muchos abusos ocurrieron en una relación polarizada y marcada por una enorme desigualdad de fuerzas.

En 1998, una ley federal fijó los “procedimientos básicos” obligatorios a cualquier contrato de “Plano de Salud” o de “Seguro de Salud” en Brasil, independientemente de la modalidad de su gestión o de su naturaleza.³⁸ En el plano básico de referencia fijado por ley, algunos procedimientos no fueron contemplados. Con eso la Operadora pasó a tener el “derecho a la exclusión”, por ejemplo, de tratamientos clínicos o quirúrgicos experimentales, meramente estéticos, así como de las atractivas técnicas de procreación médicamente asistida, de oferta de medicamentos importados no nacionalizados y de tratamientos ilegales o poco éticos, como se define en el aspecto médico, o no reconocidos por las autoridades competentes.³⁹

En el 2000, teniendo en cuenta la fuerza del mercado de la salud y el gran número de personas afiliadas a la asistencia complementaria privada, se crea en el Brasil una autoridad independiente para reglar, hacer la supervisión y mapear el mercado de la salud: la Agencia Nacional de Salud (Suplementar) (ANS).⁴⁰

La ANS hace su papel para evitar abusos y para que los planes funcionen bien, sin aumentos de precios excesivos, entre otras prácticas. Por ejemplo, periódicamente la ANS incluye nuevos procedimientos de oferta obligatoria a los usuarios del servicio complementario de salud.⁴¹

Ese mercado privado de Operadoras de Salud, marcado por la libre competencia y que funciona de forma complementaria a la atención del Estado, fue también garantizado en la Constitución Federal de 1988. De hecho, su artículo 199 afirma que “La asistencia sanitaria es libre para la iniciativa privada”. Sin embargo, la intervención del Estado en ese mercado privado es indispensable para restablecer el equilibrio entre prestación y contraprestación de los servicios y también para reducir las injusticias en el derecho de acceso a la salud.

Una dura realidad es la protección de la salud del adulto mayor o, como se dice en Brasil, de la tercera edad. Un índice de precios para contratos individuales de medicina prepagada indicaba que un adulto mayor que buscase una “cobertura básica” pagaría en promedio 254,50 dólares (R\$ 579,45) por mes, con ofertas que variaban entre 149,80 (R\$ 340,98) y 916,60 dólares (R\$2.086,79) por mes.⁴²

El Estado ha intervenido en los casos de los contratos de medicina que intentan gravar duramente los grupos que hacen el cambio de faja etaria para una edad mayor. O sea, en Ecuador y en Brasil, la protección de los adultos mayores se torna una preocupación de fundamento de solidaridad social, pues los rendimientos decaen con la reducción de la capacidad de trabajo y justamente es el momento en el cual el mantenimiento de la salud es más costoso. Los grupos de gestión de salud hacen los cálculos actuariales por causa del aumento de edad e imponen incrementos de precios que impiden la continuidad de contratos por precio inviables al consumidor.⁴³

38. Ley 9.656 de 3 de junho de 1998 regula los Planos de Salud, y los contratos de asistencia complementaria del sistema de salud. La ley se aplicó a todos los contratos celebrados a partir de la fecha de su vigencia y los antiguos podrían adaptarse a las nuevas reglas. La ley en el art. 10, § 2o fijaba, a partir del 3 de diciembre de 1999, la fecha para que las Operadoras adaptaran sus actuales y futuros contratos. La retroactividad de la Ley 9.656 fue objeto de muchas discusiones judiciales.

39. La Ley 9656/98 fue modificada por la Medida Provisória N° 2.177-44, de 2001, dando como resultado una nueva redacción para el artículo 10, que hace la exclusión de procedimientos obligatorios del “plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar”: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente”.

§ 1o As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória n° 2.177-44, de 2001)

§ 3o Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2o deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos. (Redação dada pela Medida Provisória n° 2.177-44, de 2001)

§ 4o A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. (Incluído pela Medida Provisória n° 2.177-44, de 2001)

40. Creada por la Ley N° 9.961, de 28 de enero de 2000.

41. Como ejemplo leer la Resolución Normativa N° 211 de 15/04/2011.

42. Investigación de precios de Planes individuales entre septiembre y primera semana de octubre de 2012. Paquetes básicos. Disponible en <http://noticias.r7.com/economia/noticias/plano-de-saude-basico-para-idoso-saudavel-custa-ate-r-2-000-compare-precos-20121009.html?question=0>

43. Sobre la importancia de poteger el acceso a la salud del adulto mayor ver Estatuto do Idoso, Ley No 0.741 de 2003, y por la doctrina ver Marques 2003.

La mayor parte de las contiendas en el área, demanda la aplicación de las reglas del contrato, la prohibición de abusos y la garantía de tratamiento de las enfermedades que están entre las que más asisten a la población. Muchas veces se logra solucionar el problema con la Operadora o con la ANS, pero si hay alguna polémica o si la Operadora considera que se está agregando onerosidad excesiva al contrato, el problema sólo es solucionado en juicio. De esa forma, sin acuerdo entre las partes, el acceso a la justicia es garantizado en el Brasil en la Constitución Federal de 1988 y en la práctica. El consumidor va pedir la ayuda del Juez, y las sentencias, de manera general, contemplan el acceso a la salud garantizando el tratamiento demandado.

El derecho a la salud es un derecho social, es un derecho humano y en Brasil se consolida también como un derecho subjetivo de pretensión contra el Estado, en caso de denegación del tratamiento deseado. Con eso, se desarrolló una nueva y fuerte actividad judicial que se encuentra entre el bienvenido tratamiento necesario a la vida y a la salud, y entre sueños milagrosos influenciados por la esperanza de recuperar la salud, de los cuales se pueden aprovechar laboratorios, empresas farmacéuticas y prestadores de salud poco éticos.

Algunas veces la sentencia judicial ordena un tratamiento algo insólito; otras veces, lleva a un aumento demasiado grande del costo de la prestación, generando desequilibrio actuarial del sistema. Hay protestas sobre el exceso de protección al consumidor, pero siguen existiendo más de 1500 Operadoras de salud, lo que indica que todavía hay un mercado económicamente interesante.⁴⁴

No obstante, hay que señalar que la búsqueda de ayuda en el poder judicial en Brasil tiene ultrapasado

el razonable acceso a la justicia. La intervención del juez en materia de salud toma proporciones gigantescas. En abril de 2011 una investigación logró localizar, en la justicia estatal y federal, 240.980 demandas de reconocimiento del derecho a la salud.⁴⁵ A mediados del 2014, las demandas llegaron a 392.921.⁴⁶

Las demandas judiciales se originan también del gran miedo de la muerte, del miedo de no recibir el tratamiento correcto. El juez encuentra coraje e inspiración a veces en la esperanza de ser el héroe que derrota la enfermedad,⁴⁷ contra la finitud humana.

En general, cuando se da el caso de una demanda por incumplimiento de la ley o de una cláusula contractual, la intervención del juez ocurre de la manera esperada, con la utilización del Código de Defesa del Consumidor⁴⁸ y, especialmente, de la Ley 9.656/1998.⁴⁹ No obstante, algunas curiosidades empiezan a tomar fuerza en la jurisprudencia. Por ejemplo, el “Supremo Tribunal Federal” (STF) -la Corte constitucional brasileña-, además de tener muchas sentencias sobre inclusión de tratamientos o medicaciones no incluidos en la gama ofrecida por el SUS o por seguros privados, ordenó que se pagaran tratamientos experimentales. Es decir, que se pagaran tratamientos que, por riesgo a la salud de los usuarios, no tienen todavía la seguridad necesaria para comercialización en el mercado.

En la Corte Constitucional brasileña el primer precedente en ese sentido fue uno de concesión de tratamiento experimental en Cuba para una enfermedad ocular que genera la pérdida gradual de la visión (la “retinitis pigmentosa”).

El tratamiento impone un costo alto sin que se garantice un resultado seguro, pero el procedimiento sigue siendo pedido por los enfermos, y algunas ve-

44 “Em dezembro de 2012, o mercado de Saúde Suplementar chegou a 47,9 milhões de vínculos a planos de assistência médica e 18,6 milhões a planos exclusivamente odontológicos. Mais de 1.500 operadoras ativas produziram uma receita de contraprestações de cerca de R\$ 95 bilhões. No ano, observou-se crescimento de 2,1% no número de beneficiários de planos de assistência médica e 12,2% de receita” (Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos / Agência Nacional de Saúde Suplementar, mar. 2012.

45 En investigación hecha en el año de 2010 para el grupo de trabajo do CNJ -Consejo Nacional de Justicia.

46 Datos favorecidos por las asesorías de imprenta de cada tribunal hasta junio de 2014 y compilados en el sistema de control del Conselho Nacional de Justiça, en el Fórum da Saúde.

47 Sobre la inspiración del juez en las demandas de derecho a la salud, fue escrita una interesante tesis de doctorado: *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar* (de Araújo 2008).

48 La aplicación del Código del Consumidor a las relaciones jurídicas regladas por el microsistema de la Ley 9656/98 no encuentra más dudas. Fue objeto de la “Súmulas”469 - “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano” en el Superior Tribunal de Justiça.

49 Ley N° 9.656, de 3 de junio de 1998. Sobre los planos y seguros privados de asistencia a la Salud.

ces es concedido por el Poder Judicial, y otras no.⁵⁰ Y esto a pesar de que el Ministerio de la Salud ha intentado bloquear este tipo de tratamiento por medio de la edición de una Ordenanza (“Portaría” No 763, de 07.04.1994), que recomienda que no se conceda ese tratamiento experimental.

El Poder Judicial brasileño tiene diferentes decisiones en razón de la división político-geográfica del país, pero de Norte a Sur y de Este a Oeste se encuentran sentencias sobre el derecho del acceso a la salud. Es interesante destacar el punto de vista que se consolida en los tribunales, de acuerdo con el cual una Operadora de salud no puede negar un tratamiento ‘experimental’, mismo que haya sido excluido por la

Ley de la salud complementar (Ley 9.656, Art.10⁵¹) o por cláusula contractual, cuando se considera que el consumidor a él tiene derecho.

Cuando una medicación que tiene registro en el Brasil requiere ser utilizada para un tratamiento diferente de su destino inicial y se la procura para un caso concreto, hay sentencias que reconocen el derecho del médico de hacer una prescripción “off-label” y que obligan a la Operadora privada a garantizar el tratamiento solicitado por el consumidor.⁵² Algunas sentencias también admiten la importación de medicaciones sin registro de la autoridad de vigilancia sanitaria sean importadas para consumo interno.⁵³

CONCLUSIÓN

A pesar de esas sentencias, se debe mencionar que el acceso a un tratamiento de salud sin seguridad también puede constituir una nueva forma de riesgo a los (derechos de los) consumidores. La novedad no significa necesariamente un mejor tratamiento y la oferta en el mercado no debe ser permitida sin que las pruebas científicas garanticen la seguridad de su adopción. En un mundo globalizado y de fuerte consumo y competitivo, el éxito en el mercado se impone muchas veces por el nuevo, pero el nuevo puede tener el mismo resultado -o uno equivalente- que el antiguo. Una enfermedad para la cual ya exista un tratamiento que sea eficaz puede seguir siendo tratada de la misma manera sin que tengamos problemas de salud. Para una enfermedad para la cual no haya tratamiento con un buen resultado, el descubrimiento de un nuevo procedimiento crea la esperanza de salud.

Esas y otras cuestiones relativas al derecho del consumidor a la salud seguirán teniendo efecto tanto en la salud pública y los presupuestos nacionales, como en el mercado privado y en la rentabilidad de

sus operadores. Por lo tanto, reflexiones sobre el derecho del consumidor a la salud probablemente serán cada vez más importantes para el orden económico. En este sentido, el conocimiento de lo que ocurrió y ocurre en Brasil puede ser de utilidad para Ecuador, pues estudiar la evolución de prácticas jurídicas y sociales de otros países puede ayudarnos a pensar en soluciones para cuestiones que ahora se nos presentan.

Al recordar que la lucha por la vida involucra a todos, y que la enfermedad agrava la debilidad de quien ya es vulnerable, Molière logró captar en el personaje Argan, la fragilidad de la naturaleza humana, que por miedo a la muerte se enferma, y en la enfermedad se esclaviza y entrega todo lo que tiene para recuperar la salud. Por suerte logra un final feliz al descubrir el engaño. En 1673 el anciano Argan enfrentaba el desafío de la fragilidad humana frente a la enfermedad y la explotación económica. Ojalá que, como el personaje imaginario, resistamos a los miedos y nos inspiremos en la solidaridad para defender el equilibrio contractual y la justicia social.

50 Favorables al tratamiento, pues el aspecto financiero no puede restringir el derecho a la salud: RE 368564 de 13 de abril de 2011; REsp 353.147/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, juzgado en 15.10.2002, DJ 18.8.2003. Contrarios al pago del tratamiento en el extranjero porque no hay prueba científica de su eficacia: MS 8.895/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, 07/06/2004. RE 560780, 19/09/2011; RE 542641 28/05/2010. STJ REsp 978096 25/03/2011.

51 Ley No 9.656, Art. 10 (traducción libre) “Está excluido de las coberturas obligatorias: I - el tratamiento clínico o quirúrgico experimental; V - oferta de medicamentos importados no nacionalizados; VIII-tratamientos ilegales o poco éticos, como se define en el aspecto médico, o no reconocidos por las autoridades competentes”.

52 Como ejemplo de este punto ver la decisión del Superior Tribunal de Justicia, STJ, REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. en 15.3.2007.

53 Como ejemplo de una decisión en este sentido, ver Tribunal de Justicia do Estado de São Paulo, TJSP. Ap. Cív. No 603 491-4/0-00 - São Paulo/Foro Regional de Pinheiros - Relator: José Percival Albano Nogueira Junior - 18.12.08.

ANEXOS

TABLAS DE INDICADORES ECUADOR y BRASIL

INDICADORES SOCIALES BÁSICOS	ECUADOR	BRASIL
Población 2014 ⁵⁴	15.982.551	202.033.670
Pobreza (%) (2009)	36,0	21,4
Alfabetismo (%)	84,2 (2009)	90,0 (2010)
Tasa de alfabetización de personas de 15 años y más de edad- 2012 ⁵⁵	91,6%	90,4%
Esperanza de vida al nacer (años) (2010)	75,4 ⁵⁶	73,2 ⁵⁷
Esperanza de vida al nacer – 2012 (Human Development Report 2013)	75,8 años	73,8 años
Mortalidad infantil (por 1000 nacidos vivos)	14,6 (2010)	17,1 (2009)
Mortalidad materna (por 1000.000 nacidos vivos) (2009)	69,7	72,3
Médicos por 1000 habitantes	1,7 (2008)	1,6 (2007)
Camas por 1000 habitantes	1,5 (2009)	2,4 (2010)
Cobertura de atención del parto (%)	71,4 (2008)	98,9 (2009)
Población malnutrida 2010 – 2012 (Food security indicators 2012)	18,3 %	6,9 %
Población con acceso a agua potable – 2010 (World Health Statistics 2012.)	94%	98%
Población con acceso a alcantarillado – 2010 (World Health Statistics 2012.)	92%	79%

INDICADORES SOCIALES BÁSICOS	CANADÁ
Esperanza de vida al nacer – 2012 (Human Development Report 2013.)	81,1 años
Población malnutrida 2010 – 2012 (Food security indicators. In: FAO. FAOSTAT. 2012.)	Inferior a 5%
Población con acceso a agua potable – 2010 (World Health Statistics 2012.)	100%
Población con acceso a alcantarillado – 2010 (World Health Statistics 2012.)	100%

54 World Urbanization Prospects: The 2014 Revision 2004. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division. New York, 2014. Population at mid-year.

55 Human Development Report. 2014. *Adult literacy rate (% aged 15 and above)*. New York: United Nations Development Programme (UNDP).

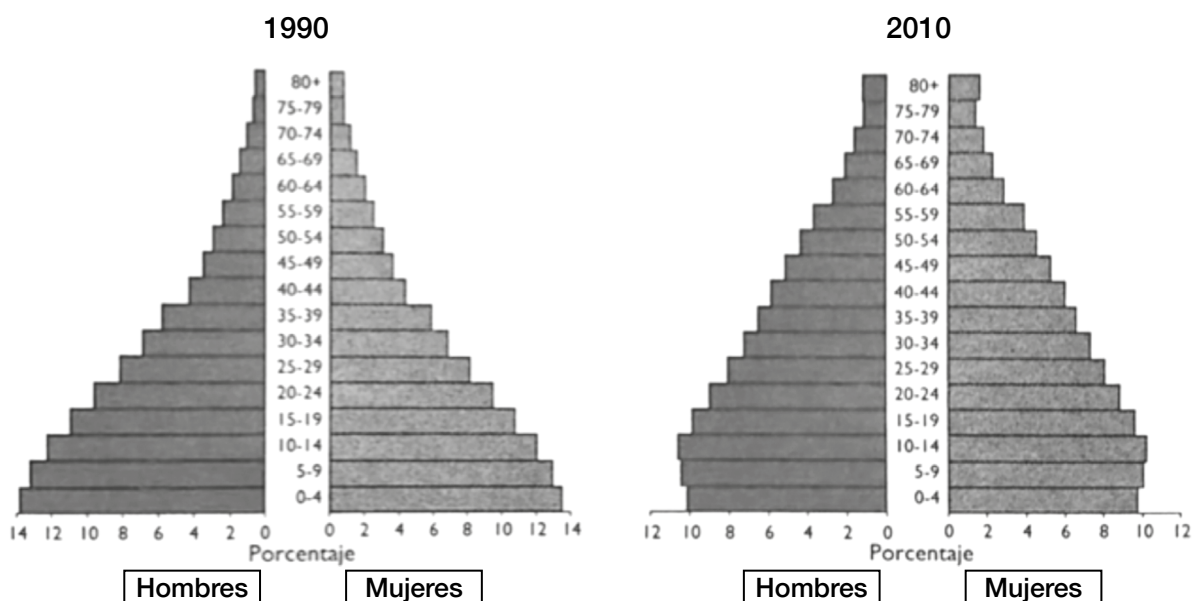
56 Mujeres 77,0 años y hombres 69,4 años (OPAS 2012, 81).

57 Mujeres 78,5 años y hombres 72,5 años (OPAS 2012, 109).

Objetivos del Milenio: 1- Erradicar la pobreza extrema y el hambre (United Nations Statistics Division, DESA, Millennium Development Goals Indicators - 2013).	ECUADOR	BRASIL	CANADÁ
Meta 1: Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas cuyos ingresos sean inferiores a un dólar (PPC - paridad de poder de compra, que elimina la diferencia de precios entre los países) por día. Proporción de la población que percibe menos de 1 dólar al día	(2010) 4,6%	(2009) 6,1%	sin dato%
Participación de los 20% más pobres de la población en los ingresos o en el consumo nacional	(2010) 4,3%	(2009) 2,9%	7,2%
Meta 2: Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas que padecen hambre. Prevalencia de niños (menores de 5 años) con bajo peso	(2004) 6,2%	(2007) 2,2%	sin dato%
Proporción de la población con consumo de calorías por debajo del nivel mínimo (población malnutrida)	(2012) 16,3%	(2012) 6,9%	sin dato%

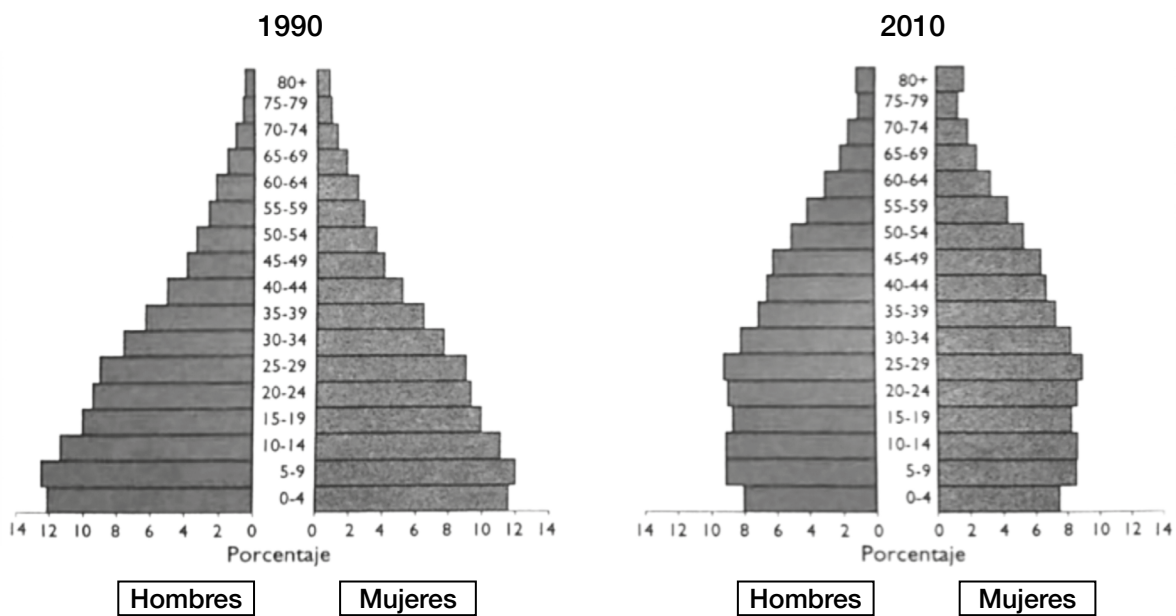
Objetivos del Milenio: 5 - Mejorar la salud materna (United Nations Statistics Division, DESA, Millennium Development Goals Indicators - 2013).	ECUADOR	BRASIL	CANADÁ
Meta 1: Reducir, entre 1990 y 2015, la razón de mortalidad materna en tres cuartas partes. Tasa de mortalidad materna	(2010) 110,0 cada 100.000 nacidos vivos	(2010) 56,0 cada 100.000 nacidos vivos	(2010) 12,0 cada 100.000 nacidos vivos
Proporción de partos asistidos por profesional de salud cualificado	(2004) 98,2%	(2006) 97,0%	(2007) 100,0%

Estructura de la población por edad y sexo, Ecuador, 1990 y 2010



Fuente: OPAS 2012.

Estructura de la población por edad y sexo, Brasil, 1990 y 2010



Fuente: OPAS 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Malo, Roberto. 2011. Seguros de Salud en Ecuador. RESEÑA LEGISLATIVA No. 196, Semana del 14 al 18 de 02/2011. Disponible en www.ecuadorlibre.com/images/stories/pdf/resena196.pdf (Consulta: 15 de octubre 2014).
- Angulo, Sebastián. 2014. Datos divulgados por la Asociación de Empresas de Medicina Prepagada del Ecuador (Aeemip). Diario *El Comercio*, 31 de mayo de 2014.
- Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. 2012. Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos (mar. 2012).
- Cabana, Roberto M. Lozes. 1998. Defensa Jurídica de los más Débiles. *Revista de Direito do Consumidor*, 28 (Outubro/desembro): 7-21.
- Cevallos Vásquez Víctor. 2012. *Libre Competencia Derecho de Consumo y Contratos, T. II*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Ciarlini, Alvaro Luiz de Araújo. 2008. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Tesis presentada al grado de doctor, 20 de mayo de 2008.
- Constancio, Felipe y Carolina Martins 2012. R7. Plano de saúde básico para idoso saudável custa mais de R\$ 2.000 ao mês. Disponible en <http://noticias.r7.com/economia/noticias/plano-de-saude-basico-para-idoso-saudavel-custa-ate-r-2-000-compare-precos-20121009.html?question=0> (Consulta: 15 de octubre de 2014).
- Denari, Zelmo. 2001. Da Qualidade de Produtos e Serviços, Da Prevenção e da Reparação dos Danos. Coord. Ada Pellegrini Grinover; Antonio Herman de Vasconcellos; Daniel Roberto Fink Benjamin; José Geraldo Brito Filomeno; Kazuo Watanabe; Nelson Nery Júnior y Zelmo Denari: Forense Universitária.
- Falconí, Pamela. 2014. Diario El Telegrafo, 21 mayo de 2014. Disponible en <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/medicina-prepagada-mueve-1-000-millones-anuales-documento.html> (Consulta: 15 de octubre 2014).
- Filomeno, José Geraldo Brito. 2001. Da Política Nacional de Relações de Consumo. En *Codigo Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Coord. Ada Pellegrini Grinover; Antonio Herman de Vasconcellos; Daniel Roberto Fink Benjamin; José Geraldo Brito Filomeno; Kazuo Watanabe; Nelson Nery Júnior y Zelmo Denari. Forense Universitária.
- Fonatine, Marcel. 1996. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels En *La protection de la partie faible dans les rapports contractuel: comparaisons franco-belge*, Dir. Jacques Ghestin y Marcel Fontaine. Paris: L.G.D.J.
- Food Security Indicators. 2012.FAO. FAOSTAT. FAO Statistical Yearbook 2012. Disponible en <http://www.fao.org/economic/ess/ess-fs/ess-fadata/en/> (Consulta: 19 de abril 2013).
- Human Development Report. 2014. *Adult literacy rate (% aged 15 and above)*. New York: United Nations Development Programme (UNDP), 2014.
- , 2014. *Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience*. New York: United Nations Development Programme. Disponible en <http://hdr.undp.org/en/2014-report/download> (Consulta: 14 de julio 2014).
- , 2013. *The Rise of the South: Human Progress in a Diverse World*. New York: United Nations Development Programme, 2012. Disponible en <http://hdrstats.undp.org/en/indicators/69206.html> (Consulta: 19 de abril 2013).
- Ihering, Rudolf Von. 1953. *A Evolução do Direito*. Salvador Bahia: Livraria Progresso Editora.

- Marques, Cláudia Lima y Cristiano Heineck Schmitt. s/f. *Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor*. Disponible en <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf> (Consulta: 15 de octubre 2014)
- Marques, Cláudia Lima. 2003. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas”. En *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado.
- , 2002. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Molière. 1999. *Le Malade Imaginaire*. Paris: GALLIMARD.
- Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud. Oficina Regional para las Américas. 2012. *Salud en las Américas. Panorama regional y perfiles del país*. Disponible en http://issuu.com/publisenplades/docs/proceso_de_desconcentracion_del_ejecutivo/13?e=0 (Consulta: 15 de octubre de 2014).
- Paz y Miño, Cesar. 2011. Medicina pre-pagada y seguros médicos (I). Diario *El Telégrafo*, 1 Mayo de 2011.
- , 2011. Medicina pre-pagada y seguros médicos (II). Diario *El Telégrafo*, 8 Mayo de 2011.
- , 2011. Medicina pre-pagada y seguros médicos (III). Diario *El Telégrafo*, 15 Mayo de 2011.
- , 2011. Medicina pre-pagada y seguros médicos (IV). Diario *El Telégrafo*, 29 Mayo de 2011.
- Protected Planet Report. 2012. *Tracking Progress Towards Global Targets for Protected Areas*. Cambridge: United Nations Environment Programme, World Conservation Monitoring Centre. Disponible en <http://www.unep-wcmc.org/> (Consulta: 20 de junio de 2013.)
- Salem, Ana Carolina. 2013. *Academia Medica. Remuneração dos médicos por especialidade e o mercado médico no Brasil*. Disponible en <http://academiamedica.com.br/remuneracao-dos-medicos-por-especialidade-e-o-mercado-medico-no-brasil/> (Consulta: 5 de diciembre de 2014).
- Schmitt, Cristiano Heineck. 2004. Indenização Por Dano Moral Do Consumidor Idoso no Âmbito dos Contratos de Planos e de Seguros Privados de Assistência à Saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, 51(julio-septiembre): 130 a 153,
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. 2012. *Proceso de desconcentración del ejecutivo en los niveles administrativos de planificación*. Disponible en http://issuu.com/publisenplades/docs/proceso_de_desconcentracion_del_ejecutivo/13?e=0 (Consulta: 10 de septiembre de 2013).
- United Nations Statistics Division, Department of Economic and Social Affairs, Millennium Development Goals Indicators. 2013. Disponible en <http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Data.aspx> (Consulta: 20 de septiembre 2014).
- World Health Statistics. 2012. *World Health Organization*. Ginebra: WHO Press. Disponible en http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2012/en/index.html (Consulta: 19 de abril 2013).
- World Urbanization Prospects. 2014. *The 2014 Revision. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division*. New York: Population at mid-year. Disponible en <http://esa.un.org/unpd/wup/CD-ROM/Default.aspx> (Consulta: 25 de agosto 2014)

Legislación

Brasil

Agencia Nacional de Saúde. ANS. Resolução Normativa No 211 de 15/04/2011.

- CNJ-Consejo Nacional de Justicia. *Relatório atualizado da resolução 107*. Disponible en http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf (Consulta: 15 de octubre 2014).
- Código de Defensa del Consumidor. Ley N° 8.078, del 11 de septiembre de 1990.
- Conselho Nacional de Justiça. *Fórum da Saúde. Demanda nos tribunais*. Disponible en <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf> (Consulta: 15 de octubre de 2014).
- Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.
- Ley No 9.656, de 3 de junio de 1998. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm (Consulta: 15 de octubre de 2014)
- Ley N° 9.961, de 28 de enero de 2000. Crea la “Agência Nacional de Saúde Suplementar”. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm (Consulta: 15 de octubre de 2014)
- Ley N° 8.078, de 11 de septiembre de 1990. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm
- Lei Orgânica da Saúde, Ley 9.080 de 1990.
- Ley N° 12.653/2012 modificó el Código Penal.
- Ecuador**
- Constitución Política de la República del Ecuador 2008.
- Constitución Política Nacional de 1998.
- Ley 98-08, publicada en el Registro Oficial 12 de 26 de agosto de 1998.
- Ley de defensa del consumidor de 19 de febrero de 1991.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor No 116 de 10 de julio de 2000.
- Ley Orgánica de La Salud, publicada en el R.O. 423 de 22 de diciembre del 2006.
- Ministerio de Salud Pública. *Reglamento general sustitutivo para la aplicación del proceso de licenciamiento en los establecimientos de servicios Salud*. Disponible en: https://aplicaciones.msp.gob.ec/upload/upload/00001032_2011_00001032.pdf (Consulta: 15 de octubre 2014).
- Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor No 287 de 19 de marzo de 2001.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Salud publicado en el RO de 30 de Octubre del 2008.

Jurisprudencia

Brasil

- Superior Tribunal de Justiça, REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. en 15.3.2007
- Superior Tribunal de Justiça. MS 8.895/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, 07/06/2004.
- Superior Tribunal De Justiça. REsp 353.147/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, juzgado en 15.10.2002, DJ 18.8.2003.
- Superior Tribunal de Justiça. REsp 978096 25/03/2011.
- Superior Tribunal de Justiça. “Súmulas” 469.
- Supremo Tribunal Federal RE 368564 de 13 de abril de 2011.
- Supremo Tribunal Federal. RE 560780, 19/09/2011.
- Supremo Tribunal Federal. RE 542641 28/05/2010.
- Tribunal de Justiça de São Paulo. TJSP. Ap. Cív. n° 603 491-4/0-00 - São Paulo/Foro Regional de Pin-

heiros - Relator: José Percival Albano Nogueira
Junior - 18.12.08

Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação
Cível nº254113/RS, 4ª Turma, Rel. Juiz Ramos de
Oliveira, julgado em 05.12.2000

ENTREVISTA

no/da.

**VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES INDÍGENAS EN EL
CONTEXTO DEL PLURALISMO JURÍDICO
ENTREVISTA A NINA PACARI***

**GENDER VIOLENCE AGAINST INDIGENOUS WOMEN IN THE
CONTEXT OF LEGAL PLURALISM
INTERVIEW TO NINA PACARI**

**VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA AS MULHERES INDÍGENAS NO
CONTEXTO DO PLURALISMO JURÍDICO
ENTREVISTA NINA PACARI**

*Marcella da Fonte Carvalho***
Universidad de Las Américas - Ecuador

Esta entrevista se realizó el 28 de octubre de 2014, en el Instituto Pacari
Quito, Ecuador

* Es Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales y doctora en Jurisprudencia. Fundadora del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País. Ha ocupado cargos importantes a nivel político: integrante de la Asamblea Nacional Constituyente, diputada nacional, representante por la provincia de Chimborazo a la Asamblea Constituyente, vicepresidenta del Parlamento y Ministra de Relaciones Exteriores. Desde 2007 hasta noviembre de 2012, ha sido magistrada de la Corte Constitucional para la transición. Actualmente preside el Instituto para las Ciencias Indígenas Pacari.

** Phd © en Derecho Público y Sociología Jurídica en la Universidad del Museo Social Argentino, UMSA. Especialista en Derecho Público por la Escola Superior de la Magistratura de Pernambuco, Brasil. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Federal de Pernambuco, Brasil.

MARCELLA DA FONTE: ¿Cuál es la importancia histórico-conceptual de los estudios de género relacionados con las mujeres indígenas?

NINA PACARI: La organización occidental es diferente a la indígena. En la conducción de la comunidad indígena tendría que estar presente principios como el *Par* (el distinto complementario) y el *Helium*. Sólo en esta medida habría relación de convivencia en la comunidad.

Hay que comparar estos principios con los que se plantea la lucha del feminismo en el mundo occidental: supremacía de la mujer y derecho a la igualdad, pero en el ejercicio vertical del derecho. La estructura de mando, de acuerdo a la noción occidental, es piramidal, por ejemplo cuando decimos que “luchamos por el empoderamiento de la mujer”, es necesario preguntarse, ¿Por qué? ¿Para qué? ¿Para que decida la mujer y no solamente el hombre?

En el caso de los pueblos indígenas, la autoridad que conduce no es la que decide, sino la asamblea, la comunidad. Por lo tanto, sea que llegue un hombre o una mujer a la presidencia, por así decirlo, del directorio, no decide la mujer y tampoco el hombre como presidente o autoridad, la que decide es la asamblea. Por ello, la pelea por el empoderamiento de la mujer no es compatible, porque los sujetos que ejercen los derechos son distintos y porque como pueblos nos proyectamos como sujetos colectivos.

En ese sentido, la reflexión que se debe hacer desde la perspectiva de género es la de remitirnos como pueblos indígenas en parte al enfoque occidental, pero no totalmente, porque se terminaría exigiendo todo para la mujer, cuando la situación de la mujer (que es producto del sistema de inequidad, de desprotección, de exclusión) tiene que ver con la concepción que se tenga del hombre y de la mujer, pero no sólo como hombre y como mujer por separado, sino dentro del contexto comunitario. No porque se trate de derechos colectivos debemos olvidarnos del derecho individual. El derecho colectivo, y su ejercicio, debe estar en equilibrio con el derecho individual. Cuando esto se produce surge el principio de equilibrio para dar armonía en la so-

cialidad y, este mismo principio, rechaza la subordinación de la mujer.

A lo largo de la historia se ha debilitado la aplicación de los principios de la *Helium*, de los distintos complementarios, del *Par*; y eso ha motivado nuestro reclamo por la presencia de la mujer. Es evidente que la mayor parte de autoridades que presiden las comunidades son hombres, al igual que en nuestra organización nacional. Por ejemplo, en el Consejo hay más hombres que mujeres, pero la preocupación no es cómo igualar el número, sino cómo recuperar la aplicación del principio de la *Helium*, porque éste corresponde a otro contexto histórico y a otras nociones conceptuales.

Compartimos con el pensamiento occidental la noción de equidad, en lo que a participación y presencia de la mujer se refiere, pero no falta asumir el ejercicio de estos principios desde el parámetro del pueblo. Ese es el primer matiz que debemos precisar.

La historia no solamente nos remite a la lucha de género de hace 100 años, sino a su continuidad histórica, porque estas nociones están pululando actualmente pero son débiles en su aplicación.

Desde los pueblos indígenas, y particularmente desde las mujeres, debemos asumir estas concepciones para no repetir la lucha de un feminismo desligado del contexto histórico de los pueblos. Nuestra lucha no es solamente por respeto al concepto de género, sino también por la convivencia y respeto de los derechos de las mujeres en la comunidad.

MDF: ¿La violencia de género contra las mujeres indígenas hace parte de una realidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

NP: Efectivamente, y en dos niveles: el acceso a la justicia y a la administración de justicia ordinaria como lo llama la Constitución Política. En el caso de Ecuador hay un problema estructural que se arrastra desde la Colonia hasta hoy, el racismo o discriminación. Hay una administración de justicia que se ha impuesto a los pueblos para resolver conflictos, pero es una justicia que no se entiende ni en su idioma ni mucho menos su contenido epistémico.

Actualmente, la decisión de la Corte Constitucional sobre el tema de La Cocha, al señalar que los pueblos indígenas no resuelvan sus conflictos relacionados en el tema penal porque le corresponde a la justicia ordinaria es un absurdo. Esto es un retorno a la década de los 60' y 70', cosa que creíamos haber superado.

Mientras la justicia indígena reconoce el pluralismo jurídico, la justicia ordinaria aplica la noción occidental; es decir, que se impone el derecho penal, el derecho civil, la clasificación, etc., para decir: “ustedes no resuelven lo penal; de este tema se encarga la administración de la justicia ordinaria”.

Por lo tanto, el acceso a la justicia por parte de hombres y mujeres indígenas es un problema con la legislación nacional, con la estructura como tal y sobre todo con la noción de los operadores de justicia.

Es cierto, las comunidades indígenas no están exentas de violencia de género como en cualquier otra sociedad. No somos sociedades perfectas.

El tema es cómo fortalecer la administración de justicia de los pueblos indígenas para resolver los problemas que afectan a las mujeres con respecto a la violación de género. Se busca fortalecer y recuperar procedimientos, normativas, estructuras que existen en las comunidades indígenas para resolver sus problemas y para que estos puedan ser superados.

El enfoque de género gira en torno a la mujer dentro de la comunidad. En este sentido, el conflicto no gira solamente alrededor de lo privado, sino más bien de la comunidad en relación con el Estado, con la exclusión y opresión, con la carencia de tierras y con el desconocimiento de la autoridad.

El tema de género es uno entre muchos. Sin embargo, la violencia contra la mujer requiere de un trato singular y no considerarlo desde la perspectiva de los derechos colectivos, con el fin de buscar el equilibrio y poder tomar decisiones adecuadas en relación con la violencia intrafamiliar y la violencia de género de modo particular.

MDF: ¿Cuáles son los factores que pueden ser considerados como determinantes para caracterizar la violencia de género contra las mujeres indígenas?

NP: Tendríamos que ubicar el contexto; es decir, si es en una sociedad pluricultural o en una sociedad comunitaria. En cada caso se dan diferentes tipos de relación o convivencia. Comunidad de pueblos indígenas, por un lado y sociedades diversas, por el otro.

Dentro de las comunidades indígenas el factor determinante, desde mi punto de vista, que caracteriza a la violencia de género es la debilidad de la estructura comunitaria y la debilidad de la estructura familiar. En comunidades más débiles encontramos mayores problemas sobre la violencia de género, mientras que en las comunidades más organizadas, en las que se ejerce con más eficacia los derechos como pueblo, en donde hay mayor apertura hacia el liderazgo femenino, la violencia de género es reducida.

Sin embargo, no estamos exentos de la influencia machista externa y para superarla tendremos que involucrar en nuestro análisis las reflexiones y teorías que se desarrollan en otras culturas, como la occidental.

Podríamos diferenciar lo que acabo de mencionar de la siguiente manera: desde el ámbito propio de los pueblos originarios, y la violencia de género contra las mujeres indígenas en las ciudades o en la sociedad rural que es pluricultural. Ahí se encuentran otros factores, por ejemplo, la diversidad de identidad, el racismo, el complejo de superioridad -creer que ‘el occidental’ es mejor que el indígena-, el de ignorancia respecto a los contenidos epistémicos de los cuales son portadores los pueblos originarios.

La ignorancia hace que se subvalore a la mujer como portadora de conocimientos y eso no parte solamente de “gente inculta”, claro ejemplo es el caso de La Cocha: dicen que es una barbaridad lo que se comete y un salvajismo sobre las medidas adoptadas para restablecer la armonía, pero los que lo dicen

desconocen el mundo de los pueblos indígenas, su marco conceptual y su contenido.

MDF: ¿Cree usted que el feminismo poscolonial o descolonizador aporta mayores posibilidades para que las mujeres indígenas busquen el reconocimiento y plena aplicación de sus derechos en igualdad de condiciones con los hombres?

NP: Yo diría que todavía hay una mentalidad colonial con relación a los pueblos indígenas, y no se diga en relación a la mujer. El hecho de querer imponer sólo la visión occidental del feminismo es colonial. Es una cultura colonial de lo inconsciente y se cree que se está haciendo un bien imponiendo la visión del otro. Yo señalaría que sólo en la medida en que se ejerza el pluralismo cultural, jurídico, económico y político vamos a comenzar a entendernos, caso contrario, no. Por lo tanto, para los pueblos indígenas la situación colonial sigue latente no sólo en el aparato estatal, sino con los sujetos y si esos individuos no se abren para conocer y valorar el conocimiento de los otros, entonces hay puntos de tensión que deben ser subsanados por la vía del diálogo. Vivimos en una sociedad con rasgos coloniales y eso es innegable.

Se ha caminado mucho, pero todavía no nos atrevemos a decir que actualmente estamos en una etapa poscolonial.

MDF: ¿Qué se entiende por la expresión ‘equidad de género’, inmersa en la perspectiva de la identidad indígena?

NP: Ese concepto se aproxima al de *paridad* o de los distintos complementarios, aunque para el mundo occidental el concepto de paridad es entendido en sentido numérico. En nuestro caso preferimos utilizarlo como el principio de los distintos complementarios que en Kichwa se dice *Yamantin*. Este es el punto de acercamiento entre las nociones occidentales e indígenas respecto a lo que podríamos entender como equidad de género, porque para las comunidades indígenas no debe prevalecer el sentido numérico como tal, a no ser que se dé por medio del principio de la *Helium* y no debemos olvidar que, por ejemplo, en políticas públicas, puede estar la perspectiva de género, la perspectiva generacional

que de hecho es una de las aspiraciones que planteamos como mujeres.

MDF: ¿La justicia indígena en Ecuador conserva en la actualidad rasgos de una sociedad patriarcal en lo que respecta a la elección de sus autoridades?

NP: La elección de la autoridad no es correlativa con lo patriarcal. La relación con los pueblos originarios es diversa. Por ejemplo, hay nacionalidades como la de los Chachi, en la cual la autoridad ancestral es el *Miruco*. En el caso de los pueblos Kichwa, hay una repercusión histórica, una estructura vertical, impuesta desde el marco conceptual occidental aunque el contenido es propio de los pueblos y por eso sí hay autoridad, pero ésta no decide. No es el carácter ejecutivo el que determina, sino la asamblea. Siendo así, no podemos hablar del patriarcado como tal, pues deciden las autoridades de base, constituidas en asamblea.

Si dentro del contexto indígena se observa que se ha debilitado el principio de la *Helium*, entonces vamos recuperando desde otras dinámicas. La autoridad se decide en asamblea, cuando esta es pequeña hay diálogos y toma de decisiones, pero cuando es a nivel provincial o regional, la comunidad es quien decide presentar una candidatura, o sea, que alguien pueda ser parte de la organización provincial, pero en la asamblea se decide si el candidato de la provincia va a integrar o no el listado para ser autoridad provincial o regional. Entonces yo diría que no es una cuestión de masculinidad, en ese caso el problema pasa por el debilitamiento del principio de la *Helium* y estamos trabajando para observar qué principios están fallando en la organización comunitaria, porque la debilidad no se debe a factores externos que de una u otra manera pueden contribuir, sino a las debilidades propias en que podemos incurrir.

MDF: En la Corte Constitucional usted redactó alguna sentencia a cerca de conflicto de competencia entre justicia común y justicia indígena referente a violación de los derechos humanos de las mujeres ¿Cómo fue esta experiencia?

NP: No he redactado ninguna sentencia en este sentido, o sea, con relación a mujeres indígenas o a pue-

blos indígenas en el ejercicio de derechos o vulneración de derechos de la mujer. Hubo una sentencia sobre terrenos comunitarios que me correspondió preparar, pero no de problemas de género como tal. No hay ninguna sentencia hasta hoy en ese sentido en la Corte, ni tampoco ha llegado un caso para conocerlo, por lo menos hasta cuando yo estuve.

MDF: ¿El Estado Ecuatoriano implementa políticas públicas para asegurar a las mujeres indígenas protección y garantía plena contra todas las formas de violencia y discriminación como dispone la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los pueblos indígenas?

NP: El Estado no implementa políticas públicas en ese sentido. Más bien cuando se manipulan principios o paradigmas como 'el buen vivir', se vulneran derechos. En el caso de las mujeres indígenas, de modo concreto, se han hecho políticas desde la visión occidental (tanto gobiernos anteriores como este gobierno), pero de forma muy dispersa y menos aun atendiendo a las particularidades de las mujeres o de los pueblos indígenas.

Más bien, podría decir que hoy tenemos un retroceso, por ejemplo, con el tema de la educación bilingüe, el ejercicio de derechos y la administración de justicia indígena. Por esta razón, nos estamos presentando ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Hablaremos sobre la vulneración de derechos colectivos de pueblos indígenas en el que estamos inmersas las mujeres.

MDF: ¿De qué forma cree usted que los Estados con características pluriculturales, pueden intervenir para disminuir las cifras de violencia de género contra la mujer indígena?

NP: Reconociendo los derechos de los pueblos indígenas, la autonomía y la libre determinación. No es que el Gobierno determine un programa de acceso a la justicia, de lo se trata es de la libre determinación de los pueblos, de los derechos al territorio, educación, reconocimiento de idiomas oficiales; es decir, es otro contexto y sólo en esa medida se podrá entender la problemática. Esto es desconocer lo que son los pueblos indígenas y se vulneran los de-

rechos, lo que desestructura a los pueblos. Entonces siempre que se recupere, conozca y permita el ejercicio de la libre determinación, de la autonomía y las medidas tomadas vayan acompañadas de recursos económicos o fuentes de financiamiento para que esos pueblos, bajo sus perspectivas, diseñen, planifiquen y ejecuten su desarrollo, podremos disminuir la cifras de violencia. Mientras eso no ocurra, los Estados todavía siguen en deuda histórica con los pueblos indígenas.

MDF: ¿Qué soluciones podría usted apuntar para reafirmar la participación social de las mujeres indígenas en términos de equidad?

NP: No hay solución a plazo inmediato. A mediano y largo plazo sí, desde lo externo podemos reafirmar la participación de las mujeres indígenas con políticas públicas, por medio de las ONGs o por medio de las Naciones Unidas. Esto para que se asuma el problema de género en el mundo indígena vinculado a la noción de comunidad.

En el caso interno, estamos haciendo todo un esfuerzo para que, desde la dirigencia de la mujer, en el caso de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador de la CONAIE, se realice un programa permanente no sólo para mujeres sobre los derechos colectivos, pero más allá de eso sobre la filosofía de los pueblos y que esos principios filosóficos vuelvan a fortalecerse en su ejercicio para evitar la vulneración de derechos de los indígenas.

MDF: En su concepción, ¿cuáles son los derechos de las mujeres indígenas que garantizan una vida libre de violencia en un contexto de pluralismo jurídico?

NP: El Estado, en mi concepción, debería garantizar el territorio, el respeto y fortaleza a la autonomía de pueblos. En el marco del pluralismo jurídico, respetar la existencia de la administración de justicia indígena y que no se limite, como ya se ha hecho en el tema de homicidios por ejemplo, porque el Derecho Constitucional otorga a las comunidades indígenas el derecho de administrar justicia.

Otra cosa importante, sería fortalecer las autonomías de las comunidades, de los pueblos, y que en

este marco estas autonomías se fortalezcan desde los propios pueblos. Luego, lo que está de por medio es el tipo de relación entre pueblos y Estado, entre pueblos indígenas y Gobierno. El carácter del Estado plurinacional sirve para señalar que somos muchas nacionalidades: indígenas, no indígenas, afro-descendientes y que estas nacionalidades en conjunto deben encontrar el camino del diálogo.

He sido criticada desde el movimiento de género porque se da prioridad al derecho colectivo como pueblo y que nos olvidamos del planteamiento de

las mujeres. Sin embargo, insisto en que nos planteamos como sujetos colectivos de derechos frente a todo un desencuentro histórico de la relación de pueblos indígenas con el Estado.

Entonces, desde esta perspectiva, las lecturas y los análisis tienen que ser interpretados y observados en una dimensión más abierta y no desde la imposición hegemónica, que es lo más fácil. O sea, es más fácil uniformizar que reconocer, respetar y ejercer nuestra diversidad cultural, no sólo respecto al género.

ESCRITOR INVITADO

Wald

PLURALISMO JURÍDICO, DERECHOS HUMANOS Y GLOBALIZACIÓN*

LEGAL PLURALISM, HUMAN RIGHTS AND GLOBALIZATION

PLURALISMO JURÍDICO, DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO

*Antonio Carlos Wolkmer***
Universidad Federal de Santa Catarina

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

Resumen:

El autor demuestra que, frente a los recientes procesos de dominación y de exclusión de la mundialización del capital neoliberal, resulta imperioso destacar nuevas formas emancipatorias y contrahegemónicas de legitimación del Derecho. Se trata de introducir como paradigma un pluralismo jurídico de tipo democrático y participativo capaz de viabilizarse como instrumento de resistencia y de afirmación de los derechos humanos emergentes.

Palabras clave: mundialización cultural; pluralismo jurídico; interculturalidad; derechos humanos

Summary

The author shows that facing the recent processes of domination and exclusion of neoliberal globalization of capital, it is imperative to highlight new emancipatory and counter-hegemonic forms of legitimation of law. The idea is to introduce as a paradigm a legal, democratic

and participatory pluralism which is able to become an instrument of resistance and affirmation of the emerging human rights.

Keywords: cultural globalization; legal pluralism; multiculturalism; human rights

Resumo:

O autor demonstra que, frente aos recentes processos de dominação e de exclusão de mundialização do capital neoliberal, faz-se imperioso destacar as novas formas emancipatórias e contra-hegemônicas de legitimação do Direito. Trata-se, na verdade, de introduzir como paradigma, um pluralismo jurídico de tipo democrático e participativo, capaz de viabilizar-se como instrumento de resistência e de afirmação aos direitos humanos emergentes.

Palavras-chave: mundialização cultural; pluralismo jurídico; interculturalidade; direitos humanos

* Dada la importancia en el debate sobre pluralismo jurídico en el área latinoamericana, Cálamo ha decidido publicar este artículo como modo de reinsertar este debate en la esfera académica nacional, así como en las aulas de Derecho de la Universidad de las Américas. Antonio Carlos Wolkmer publicó este texto en la Revista *Seqüência*, No 53 (diciembre de 2006): 113-128. Agradecemos al autor por el envío del documento.

** Profesor Titular de los cursos de graduación y posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina. Doctor en Derecho y miembro del Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). Es investigador nivel 1-A del CNPq. Profesor visitante de cursos de posgrado en varias universidades de Brasil y del exterior (Argentina, Perú, Colombia, Chile, Venezuela, Costa Rica, Puerto Rico, México, España e Italia). Autor de diversos libros, entre ellos: *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001; *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina* (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da Antiguidade clássica à Modernidade*. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008; *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; *História do Direito no Brasil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012; *Constitucionalismo Latino-americano. Tendências Contemporâneas* (Orgs.) Curitiba: Juruá, 2013.

INTRODUCCIÓN

¿Cómo tomar parte de este escenario de mundialización neoliberal, sin dejar de ser conscientes de y actuar en el ámbito cultural de la diversidad y de la legitimidad local? Es una pregunta que todavía no se ha contestado en este nuevo milenio. Se trata de repensar un proyecto social y político contrahegemónico, capaz de reordenar las relaciones tradicionales entre Estado y sociedad, entre el universalismo ético y el relativismo cultural, entre la razón práctica y la filosofía del sujeto, entre el discurso de integración y el de la diversidad, entre las formas convencionales de legalidad y las experiencias plurales no-formales de jurisdicción.

Resignificar otro modo de vida empuja la dimensión cultural por otras modalidades de experiencia, de relaciones sociales y ordenaciones de las prácticas emergentes e instituidas. En tal intento, la prioridad no estará ubicada en el Estado-nacional y en el Mercado, sino, preferentemente, en la fuerza de la sociedad en cuanto nuevo espacio comunitario de realización de la pluralidad democrática, comprometida con la alteridad y con la diversidad cultural. En su capacidad generadora, el poder de la instancia societaria proporciona, para los horizontes institucionales, valores culturales diferenciados, procedimientos distintos de práctica política y de acceso a la justicia, “nuevas definiciones de derechos, de identidades y autonomía”, proyectando la fuerza de los sujetos sociales como fuente de legitimación del *locus* sociopolítico y de la constitución emergente de derechos que se guían por la dignidad humana y por el reconocimiento de la diferencia.

Ahora, frente a los recientes procesos de dominación y exclusión producidos por la globalización, por el capital financiero y por el neoliberalismo que van afectando sustancialmente a las relaciones sociales, a las formas de representación y de legitimación, se

impone repensar políticamente el poder de acción de la comunidad, el retorno de los agentes históricos, el apareamiento inédito de derechos relacionados con las minorías y la producción alternativa de jurisdicción, con base en el sesgo interpretativo de la pluralidad de fuentes.

Ciertamente, la constitución de una cultura jurídica antiformalista, antiindividualista y antimonista, fundada en los valores del poder de la comunidad, está necesariamente vinculada con los criterios de una nueva legitimación social y de un nuevo diálogo intercultural. El nivel de esa eficacia pasa por el reconocimiento de la identidad¹ de los sujetos sociales (incluyendo en ellos a los grupos culturales minoritarios), de sus diferencias, de sus necesidades básicas y de sus reivindicaciones por autonomía. Por esta razón, es fundamental destacar que, en la presente contemporaneidad, las nuevas formas plurales emancipatorias y contra-hegemónicas de legitimación del Derecho (Santos 2003, 25-66). En la perspectiva de América Latina, para instituir una cultura político-jurídica más democrática, es necesario, antes que otra cosa, pensar y forjar formas de producción del conocimiento que partan de la praxis democrática pluralista en cuanto expresión del Derecho a la diferencia,² a la identidad colectiva, a la autonomía³ y a la igualdad de acceso a derechos. Hay, por tanto, que desencadenar tal proceso, volviendo al pluralismo, principio de legitimidad política, jurídica y cultural: al pluralismo no como posibilidad, sino como condición primera. Es lo que se verá en esta reflexión al criticar al neo-colonialismo liberal del capital financiero y los desenfrenados genocidios étnico-culturales, introducir el pluralismo democrático como instrumento de lucha para combatir los males de la globalización y para legitimarse como estrategia contra-hegemónica de afirmación a los derechos humanos emergentes.

1. Se comprende aquí ‘identidad’ como el conjunto de características específicas de determinado grupo humano, en su modo de ser, pensar y actuar.

2. Para León Olivé el ‘derecho a la diferencia’ se refiere al derecho de los individuos a ser reconocidos como integrantes de cierta comunidad cultural, disfrutando “de las condiciones apropiadas para que esta se preserve, se desenvuelva y florezca, de acuerdo con las decisiones que sus miembros tomen de manera autónoma” (Olivé 1999, 89; Olivé 2004, 89).

3. La ‘autonomía’ puede ser vista como una de las formas de manifestación del principio de autodeterminación. Implica la lucha de comunidades minoritarias (poblaciones indígenas, grupos afro-americanos, identidades nacionales, etc.) para preservar sus tradiciones. Tales comunidades pueden “establecer libremente su *statu* político y proseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Así, en el entendimiento de Yash Ghai, el principio de la autodeterminación confiere a las comunidades minoritarias el “derecho de autonomía o de autogobierno en relación a cuestiones relacionadas a sus asuntos internos locales” (Ghai en Santos 2003, 570).

PROCESOS DE MUNDIALIZACIÓN Y ACCIONES POLÍTICA CONTRAHEGEMÓNICAS

Redefinir la vida humana, configurada en la historicidad de los sujetos singulares y colectivos, con dignidad, con identidad y con reconocimiento a la diferencia, implica tener conciencia de y luchar contra las imposiciones estandarizadoras que caracterizan a la sociedad mundial, estremecida con el debilitamiento de los Estados-nacionales, con la supremacía salvaje del mercado financiero y con la hegemonía política del neoliberalismo. En ese sentido, importa subrayar el breve acotamiento del escenario cultural por fenómenos como la globalización y el neoliberalismo. Teniendo en cuenta su impacto en el ámbito de la vida humana, en el Derecho y en la sociedad, conviene explicitar, como hace Octávio Ianni, que la globalización, más que *“la intensificación de las relaciones sociales a escala mundial (...) es una realidad en proceso, que (...) alcanza las cosas, las gentes y las ideas, así como las sociedades y las naciones, la cultura y las civilizaciones”*, presentándose *“el problema de contraponer globalización y diversidad”* (Ianni 1995, 3-25).⁴

Parece claro que la cuestión de la globalización, introducida en la década de los setenta en la esfera de la comunicación y de la cultura, acaba siendo adoptada y difundida en los parámetros de la sociedad internacional relacionada con la mundialización de políticas económicas, comerciales y financieras de grandes conglomerados empresariales.

El proceso de mundialización del espacio no-nacional es contingente, ciertamente, de los avances científicos y de las revoluciones tecnológicas (informática, telecomunicación, biotecnología, nuevas formas de energía, etc.) (Dowbor 1996, 23; Dowbor 1998, 29-46).

Así, aunque sean procesos concomitantes que permanecen interaccionando,

En las últimas décadas, hay que diferenciar la globalización (ampliación del es-

pacio, desterritorialización y transnacionalización, principalmente económica, tecnológica y cultural) de la doctrina teórico-práctica de justificación y legitimación denominada neoliberalismo (Dowbor 1996, 23).

En tal sentido, la interpretación y la práctica de la ideología neoliberal, particularmente en América Latina, se tiene proyectada como concepción radical del capitalismo que tiende a absolutizar el mercado, hasta convertirlo en medio, en método y fin de todo comportamiento humano racional. Según esa concepción, están subordinados al mercado la vida de las personas, el comportamiento de la sociedad y la política de los gobiernos. El mercado absolutista no acepta ninguna forma de reglamentación (Carta dos Superiores Provinciais da Companhia de Jesus da América Latina 1996, 19 y 21).⁵

Tal sistema de principios y valores exime al Estado de gran parte de su responsabilidad, limitando su intervención y actuación a garantizar el mínimo de bienes para todo ciudadano. Al ajustar y estabilizar la economía capitalista para las grandes burocracias y las élites financieras internacionales, el neoliberalismo acabó, en la lógica de esas maniobras, contribuyendo a acelerar inmensos desequilibrios económicos, elevadas tasas de desempleo, profundas desigualdades sociales, acentuados desajustes en la vida cotidiana de las comunidades locales y el genocidio cultural.

Así, el surgimiento de nuevas formas de dominación y exclusión producidas por la globalización y por el neoliberalismo afectó sustancialmente también las prácticas políticas tradicionales y los estándares normativos que han regulado las condiciones de vida en sociedad. Tales reflejos han incidido igualmente en la propia instancia convencional del poder, es decir, en el Estado nacional y soberano. En ese aspecto, se vuelve evidente a un cierto agotamiento del Estado-nación en cuanto instancia institucional

4. Constatar igualmente en Ianni 1996; Bauman 1999 y Santos, Milton 2000.

5. Sobre la crítica al 'neoliberalismo' consultar a Sader 1995; Batista 1994; Comblin 2000.

privilegiada de legitimación. No parece correcto afirmar, como advierte Ianni, que el Estado dejará de existir, pero están siendo puestas en discusión sus funciones clásicas para readecuarlas a los nuevos escenarios mundiales, generados por la confrontación entre Sociedad y Mercado. Por cierto, que las fuerzas sociales, económicas, políticas, culturales, geopolíticas, religiosas y otras, que operan en escala mundial, desafían al Estado-Nación, con su soberanía, con el lugar de la hegemonía. Siendo así, los esfuerzos del Proyecto Nacional, sea cual fuera su tonalidad práctica o económica, se reducen, se anulan o solamente pueden ser recreados sobre otras condiciones. La globalización crea imposiciones y establece parámetros, anula y abre horizontes (Ianni 1995, 17).

Ante la disminución de las prácticas tradicionales de representación política, de la escasa eficacia de las estructuras judiciales y estatales en responder a la pluralidad de demandas y conflictos, del creciente aumento de cinturones de miseria y de las nuevas relaciones colonizadoras de países ricos con países en desarrollo, se abre la discusión para la consciente

búsqueda de alternativas capaces de desencadenar directrices, prácticas y regulaciones dirigidas hacia el reconocimiento de la diferencia (singular y colectiva) de una vida humana con mayor identidad, autonomía y dignidad.

De igual modo, frente a la nueva relación entre Estado y Sociedad, en todo ese proceso de luchas y superaciones multiculturales en el ámbito local, se crea un nuevo espacio comunitario, “de carácter neo-estatal, que funde el Estado y la Sociedad en lo público: un espacio de decisiones no controladas ni determinadas por el Estado, sino inducidas por la sociedad” (Genro 1999, 41). En esa perspectiva, el pluralismo comprometido con la alteridad y con la diversidad cultural se proyecta como instrumento contrahegemónico, por cuanto moviliza concretamente la relación más directa entre nuevos sujetos sociales y poder institucional, favoreciendo la radicalización de un proceso comunitario participativo, definiendo mecanismos plurales de ejercicio democrático y viabilizando escenarios de reconocimiento y de afirmación de derechos humanos.

PLURALISMO JURÍDICO EN LA PERSPECTIVA DE LA ALTERIDAD Y DE LA PARTICIPACIÓN

El reconocimiento del pluralismo en la perspectiva de la alteridad y de la emancipación revela el *locus* de coexistencia para una comprensión creciente de elementos multiculturales creativos, diferenciados y participativos. En una sociedad compuesta por comunidades y culturas diversas, el pluralismo fundado en una democracia expresa el reconocimiento de los valores colectivos materializados en la dimensión cultural de cada grupo y de cada comunidad.⁶ Tal intento por concebir la pluralidad de culturas en la sociedad, de estimular la participación de grupos culturales minoritarios y de comunidades étnicas se aproxima a la temática del “multiculturalismo”.⁷

El término multiculturalismo, que adquiere diferentes significados (conservador, progresista, crítico,

etc.) expresa, a decir de Boaventura de S. Santos y João A. Nunes, la “coexistencia de formas culturales o de grupos caracterizados por culturas diferentes en el seno de la sociedad ‘moderna’...” (Santos y Nunes 2003, 26).

Se trata de un concepto eurocéntrico, creado para describir la diversidad cultural en el cuadro de los Estados-Nación del hemisferio norte y para lidiar con la situación resultante del flujo de inmigrantes venido del sur para un espacio europeo sin fronteras internas, de la diversidad étnica y afirmación identitaria de las minorías en los EUA y de los problemas específicos de países como Canadá, con comunidades lingüísti-

6. Ver D' Adesky 2001, 196-205; Verhelst 1992, 92; Olivé 1999, 70-75 y 142.

7. Autores como Adela Cortina recuerdan que fue en la España del tiempo de la Reconquista que se constituían los primordios del debate multicultural, expresado en la “convivencia de tres culturas -cristiana, árabe y judía- en un cierto número de ciudades”. Así, cabe señalar “que el comienzo del debate del multiculturalismo data del siglo XVI y, concretamente, del momento de la gran expansión de la cultura europea”. El término es retomado y pasa a ser utilizado crecientemente en los debates académicos a partir de los años setenta del siglo XX, en países como Canadá, Estados Unidos y Australia. (Cortina, 1999. 180 y 183-4).

cas o étnicas territorialmente diferenciadas (...). Un concepto que el Norte procura imponer a los países del Sur, un modo de definir la condición histórica e identidad de estos (Santo 2003, 30).

Entretanto, como resaltan los mismos autores, “existen diferentes nociones de multiculturalismo”. En el caso específico de la versión emancipatoria, esta se centra en el reconocimiento “del derecho a la diferencia y de la coexistencia o construcción de una vida en común más allá de diferencias de varios tipos” (Santos 2003, 33 y 62), pudiendo tornarse imperativo como exigencia y afirmación del diálogo.

Naturalmente, el pluralismo como valor abierto y democrático, que representa distinciones, diversidad y heterogeneidad, tiene en el multiculturalismo una de sus formas posibles de reconocimiento y articulación de las diferencias culturales.

En la configuración de los principios iniciales de un horizonte claramente compartido y dialógico, el pluralismo se legitima como propuesta político-multicultural en los niveles teórico y práctico.

Bajo un sesgo progresista, el pluralismo se redefine como *locus* privilegiado que se contrapone a los extremos de la fragmentación atomista y de la injerencia sin límites del poder político.

En cuanto expresión de la hegemonía de cuerpos sociales intermedios, el pluralismo tiene su embate articulado contra las diversas formas de individualismo y de estatismo, pautada por autonomía, diferencia y tolerancia (Wolkmer 2001).

La problematización y la relevancia de la temática pluralista conducen, necesariamente, a la discusión de las posibilidades de una nueva cultura jurídica, con su legitimación asentada en el reconocimiento de la justa satisfacción de necesidades básicas y en la acción participativa de los sujetos insurgentes, singulares y colectivos.

En el ámbito del Derecho, la pluralidad expresa

la coexistencia de normatividades diferenciadas que define o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como intento, prácticas normativas autónomas y auténticas, generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias, pudiendo o no ser reconocidas, incorporadas o controladas por el Estado (Wolkmer 2001, 222).

Ciertamente que el pluralismo jurídico tiene el mérito de revelar la rica producción legal informal engendrada por las condiciones materiales, luchas sociales y contradicciones pluriclasistas. Eso explica por qué, en el capitalismo periférico latinoamericano, el pluralismo jurídico pasa “por la redefinición de las relaciones entre poder centralizador de regulación del Estado y por el esfuerzo desafiador de autorregulación de los movimientos sociales y múltiples entidades voluntarias excluidas” (Wolkmer 2001, 223-331).

El reconocimiento de otra cultura jurídica, marcada por el pluralismo de tipo comunitario-participativo y por la legitimidad construida a través de las prácticas internalizadas de sujetos sociales, permite avanzar en la redefinición y afirmación de derechos humanos en una perspectiva intercultural. De la interculturalidad entendida como filosofía crítico-cultural, como horizonte de diálogo equitativo, como un espacio de la negociación (...), como reconocimiento del pluralismo cultural (...), en que ninguna cultura es un absoluto, sino una posibilidad constitutivamente abierta a la posible fecundación por otras culturas” (Moreno en Martín y de la Obra 1998, 31).⁸

Aunque a veces sea asociado al multiculturalismo (o una forma o variante de éste), la interculturalidad tiene especificidad propia, pues, teniendo en cuenta el pluralismo cultural y la nueva hermenéutica filosófica, se revela “un horizonte de diálogo”, se define, conforme Isidoro Moreno, como “un cuadro común de referencia metacultural”, compatibilizando “conceptos, estrategias, identificación de problemas, valores y formas de negociación de cada parte” (Moreno 1998, 31).

8. Sobre la discusión en torno a la ‘interculturalidad’ consultar Fernet-Betancourt 2001; Sidekum 2003, 299-316; Soriano 2004, 81 y ss.; Vallescar Palanca 2000.

Para Salas Astrain, la interculturalidad

“alude a un tipo de sociedad emergente, en que las comunidades étnicas, los grupos y clases sociales se reconocen en sus diferencias y buscan su mutua comprensión y valoración”, el que se efectúa a través de “instancias dialogales” (Salas Astrain 2003, 327).

En la perspectiva hermenéutica de la filosofía, la interculturalidad

“tiene como tema central la problemática de la identidad, el modo de ser, el modo peculiar de pensar”.

Se trata de un discurso sobre culturas en cuanto

“síntesis de elementos innovadores, transportados, asimilados en un proceso histórico” (Sidekum 2003, 287-288).

En consecuencia, la interculturalidad en su dimensión pluralista tiene carácter dialógico, hermenéutico e interdisciplinar.

Teniendo en cuenta ese espacio transformador y de diálogo intercultural es que se buscan formas alternativas de fundamentación, sea de un pluralismo jurídico de tipo progresista, sea de los derechos como proceso intercultural.

Ciertamente que tales presupuestos se instituyen en la praxis participativa de sujetos insurgentes diferenciados y en el reconocimiento de la satisfacción de sus necesidades de entre los cuales está la vida humana con dignidad y con respeto a la diversidad.

Así, es necesario considerar que en el espacio de la multiculturalidad de interacciones de las formas de vida, emplear procesos comunitarios significa adoptar estrategias de acción vinculadas a la participación consciente y activa de nuevos sujetos sociales. Es ver en cada identidad humana (individual y colectiva) un ser capaz de actuar de forma solidaria y emancipadora, abriendo

el sentido del inmovilismo pasivo liberal y del aprovechamiento individualista comprometido (Wolkmer 2000, 97)

Es de ese modo que el concepto histórico-cultural de “sujeto” está, aun más, asociado a una tradición de utopías revolucionarias, de luchas y de resistencias. En un escenario de exclusiones, opresiones y carencias, las prácticas emancipadoras de las nuevas identidades sociales (múltiples grupos de intereses, movimientos sociales, cuerpos intermedios, redes de intermediación, ONGs) se revelan portadoras potenciales de recientes y legítimas formas de hacer política, así como fuente innovadora y plural de producción normativa (Wolkmer 2000, 104).

La ineficacia de las instancias legislativas y jurisdiccionales del clásico Derecho Moderno (capitalista, liberal y formalista) favorece “la expansión de procedimientos extrajudiciales y prácticas normativas no-estatales”, ejercidas por subjetividades sociales que, a pesar de ser/estar, por veces, oprimidas e insertadas en la condición de ‘ilegalidad’ para las diversas esferas del sistema oficial, definen una forma plural y emancipadora de legitimación (...). Los centros generadores de Derecho no se reducen más solamente a las instituciones oficiales y a los órganos representativos del monopolio del Estado Moderno, pues el Derecho, por estar inserto en las prácticas y en las relaciones sociales de las cuales es fruto, emerge de diversos centros de producción normativa (Wolkmer 2008, 107).

Las nuevas exigencias globalizadas y los conflictos en espacios sociales y políticos periféricos, tensos y desiguales, como los de América Latina, vuelven significativo, en la actualidad, concebir en la figura de los nuevos movimientos sociales una fuente legítima de engendrar prácticas legales emancipadoras y construir derechos humanos, así como reconocer acciones contra-hegemónicas de resistencia al desenfadado proceso de desregulación y desconstitucionalización de la vida (Wolkmer 2000, 104-5).

Junto a la cuestión de los sujetos sociales como primer presupuesto de fundamentación, cabe considerar, ahora, el reconocimiento de las necesidades humanas y su justa satisfacción como criterio para

que sean pensadas nuevas formas de legitimación en el ámbito del pluralismo jurídico centrado en la alteridad y en la emancipación. La estructura de las necesidades humanas que atraviesa la colectividad se refiere tanto a un proceso de subjetividad, modos de vida, deseos y valores, cuanto a la constante 'ausencia' o 'vacío' de algo anhelado pero no siempre realizable. Por ser inagotables e ilimitadas en el tiempo y en el espacio, las necesidades humanas están en permanente redefinición y creación (Wolkmer 1994, 43). El conjunto de las necesidades humanas varía de una sociedad o cultura a otra, envolviendo el amplio y complejo proceso de socialización. Hay que distinguir por tanto, en la problematización de las necesidades, sus implicaciones contingentes con exigencias de legitimación.

DERECHOS HUMANOS: SU DIMENSIÓN INTERCULTURAL Y EMANCIPATORIA

Es innegable que, en tiempos de transición paradigmática, la configuración de una perspectiva jurídica más progresista, interdisciplinar e intercultural, expresada en la práctica determinante y efectiva de los nuevos sujetos históricos, se proyecta no sólo como fuente de legitimación de la pluralidad jurídica emancipatoria y de los derechos humanos diferenciados, sino también como medio privilegiado de resistencia radical y contrahegemónica a los procesos de exclusión y de desconstitucionalización del 'mundo de la vida'.

En la presente contemporaneidad político-institucional, interrelacionada con el proceso capitalista de producción y con la lógica individualista de representación social, se va imponiendo la búsqueda de "alternativas plausibles al capitalismo globalizado" (Houtart 2001, 165-78). Una de las estrategias posibles está en traer, para la pauta de discusión, el referencial de los derechos humanos en su dimensión utópica, emancipadora y multicultural.

Incluso si no se atienden cuestionamientos sobre la naturaleza, los fundamentos y la evolución histórica, no se podría dejar de mencionar brevemente que la doctrina de los derechos humanos ha respondido

Ahora, en la reflexión de autores como Agnes Heller, una necesidad "puede ser reconocida como legítima si su satisfacción no incluye la utilización de otra persona como mero medio" (Heller y Fehér 1989, 171-172).⁹ Se torna, realmente, impropia cualquier determinación arbitraria sobre la cualidad y la cantidad de las necesidades, correspondiendo al ciudadano -comprometido con el procedimiento justo- no sólo rechazar la idea de objetivizaciones cotidianas interiorizadas por dominación, como, "practicar el reconocimiento de todas las necesidades, cuya satisfacción no supone el uso" y la explotación de los demás miembros de la comunidad (Heller 1990, 238-239).

a los valores, exigencias y necesidades de momentos culturales distintos en la historicidad de la sociedad moderna occidental. Así, hay que reconocer ciertos matices procesales específicos de la concepción liberal-burguesa de los derechos humanos de los siglos XVIII y XIX, y de aquella propia de fines del siglo XX, en un escenario de desconstrucción globalizante neoliberal.

Si, por un lado, fue ideológicamente relevante la bandera de los derechos humanos como instrumento de lucha contra las formas arbitrarias de poder y en defensa de la garantía de las libertades individuales, por otro lado, más allá de su idealización asumiendo contornos formales y abstractos, su fuente de legitimación se redujo al poder oficial estatal. Se parte, por tanto, de un formalismo monista en que toda producción jurídica moderna está sujeta al poder del Estado y las leyes del mercado. Naturalmente, como reconoce Boaventura de S. Santos, la concepción moderna de los derechos humanos presenta límites innegables. El primer argumento reside en el hecho de que los derechos humanos se confinan al derecho estatal, limitando "mucho su impacto democratizador" (Santos 1989, 7-8). Un segundo límite se relaciona con la negación vivenciada y reproducida por

9. Ver también Heller 1978.

el Derecho Moderno, traducida en el énfasis técnico-formal por la promulgación positiva de derechos, con la consecuente negligencia “del cuadro de aplicación”, de negación de la real efectividad de esos derechos, abriendo una “distancia entre los ciudadanos y el Derecho” (Santos 1989, 8-9).

Para enfrentar el momento histórico asumido por la apropiación del capital financiero y por el orden internacional marcado por la globalización neoliberal, se percibe una nueva fase histórica y una “nueva perspectiva teórica y política en lo que se refiere a los Derechos Humanos” (Herrera 2004, 95). Se trata de cuestionar “la naturaleza individualista, esencialista, estatista y formalista de los derechos” y partir hacia una redefinición multicultural de Derechos Humanos,

“entendidos como procesos sociales, económicos, políticos y culturales que, por un lado, configuran materialmente (...) ese acto ético y político maduro y radical de creación de un nuevo orden; y, por otro, la matriz para la constitución de nuevas prácticas sociales, de nuevas subjetividades antagonistas (...) de ese orden global” vigente (Herrera 2004, 95 y 100).

Es relevante, por tanto, el proceso de redefinir y de consolidar la afirmación de derechos humanos en una perspectiva integral, local e intercultural. Como señala Flávia Piovesan,

si, tradicionalmente, la agenda de Derechos Humanos se centró en la tutela de derechos civiles y políticos (...), se atestigua, actualmente, la ampliación de esa agenda tradicional, que pasa a incorporar nuevos derechos, con énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales... (2004, 29).

Se torna primordial, para una mejor comprensión de los derechos humanos, dirigirlos en términos multiculturales, o sea, concebirllos como nuevas concepciones de ciudadanía, fundados, como quiere Boaventura de S. Santos e João A. Nunes, en el “reconocimiento de la diferencia y en la

creación de políticas sociales dirigidas a la reducción de las desigualdades, la redistribución de recursos y la inclusión social” (2003, 34).

Es apropiado enfatizar que los derechos humanos, engendrados en el interior de una tradición liberal-burguesa, no están más centrados en los derechos individuales, sino incluyen derechos sociales, económicos y culturales. Ciertamente que en la evolución de los derechos humanos, la discusión del derecho de las minorías y de los grupos étnicos marginalizados ha favorecido el escenario del multiculturalismo como pauta y como proceso de desenvolvimiento de la democracia en un número creciente de países (Sidekum 2002, 77). Al proclamar la legitimidad de que todo individuo tiene el derecho a participar de la vida cultural (art. 15, a), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) avanza más allá, englobando los derechos colectivos de las minorías y de los múltiples grupos étnicos, pues

“los derechos individuales a la cultura no pueden ser ejercidos efectivamente si no se reconocen al mismo tiempo los derechos de la colectividad cultural” (Stavenhagen en Martín y de la Obra Sierra 1998, 105).

Así, para Stavenhagen, hay que sustentar que

“la lucha por los derechos humanos es tarea colectiva que requiere que el Estado y el sistema jurídico reconozcan las identidades grupales de poblaciones minoritarias, tradicionalmente marginalizadas y excluidas” (Stavenhagen en Martín y de la Obra Sierra 1998, 105).

Naturalmente, en la advertencia de Yrigoyen Fajardo,

la resistencia de la mentalidad monista, monocultural y racista de los operadores jurídicos y políticos (...) constituye una barrera importante para la efectiva vigencia del reconocimiento del pluralismo legal

y de la construcción de un Estado pluricultural (Yrigoyen 2004, 220-221).

De cualquier forma, urge

la superación del concepto individualista, monocultural y positivista de los derechos humanos para, sobre la base de la igual dignidad de las culturas, abrir camino para una definición e interpretación intercultural de los derechos humanos (Yrigoyen 2004, 220-221).¹⁰

En realidad, por detrás de los embates por los derechos humanos, surge para Boaventura de S. Santos,

un nuevo ecumenismo de luchas contrahegemónicas, emancipatorias, en que grupos sociales, movimientos de base, partiendo de presupuestos culturales diferentes –islámicos, hindús, católicos, protestantes– están intentando encontrar formas de dialogar sobre, o bajo todas las diferencias culturales que los dividen (Jurandir Marbela 1995, entrevista a Santos, 13).¹¹

Sintetizando, es en la perspectiva paradigmática del Pluralismo Jurídico de tipo comunitario-participativo y con base en un diálogo intercultural, en que se deberán definir e interpretar los marcos de una nueva concepción de derechos humanos.

10. Observar, igualmente Eberhard 2004, 159-203.

11. Ver también *Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*. Revista Lua Nova. São Paulo: Cedec, Nº. 39, 1997, 105-24.

BIBLIOGRAFÍA

- Batista, Paulo Nogueira. 1994. *O Consenso de Washington: a visão Neoliberal dos Problemas da América Latina*. 2. ed. São Paulo: Pedex.
- Bauman, Zygmunt. 1999. *Globalização. As Conseqüências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Carta dos Superiores Provinciais da Companhia de Jesus da América Latina. *O neoliberalismo na América Latina*. São Paulo: Loyola, 1996.
- Comblin, José. 2000. *O Neoliberalismo. Ideologia dominante na virada do século*. Petrópolis: Vozes.
- Cortina, Adela. 1999. *Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza.
- D'Adesky, Jacques. 2001. *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo. Racismos e Anti-Racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas.
- Dowbor, Ladislau. 1998. *A Reprodução Social. Propostas para uma Gestão Descentralizada*. Petrópolis: Vozes.
- , 1996. Governabilidade e Descentralização. *São Paulo em Perspectiva*, 3 (julio-septiembre): 23 y ss.
- Eberhard, Christoph. 2004. Derechos humanos e diálogo intercultural: una perspectiva antropológica. En *Derechos humanos na sociedade cosmopolita*, Org. Cesar A. Baldi. Rio de Janeiro: Renovar.
- Entrevista con Boaventura de S. Santos y Jurandir Marbela. Coimbra, 27 de diciembre. 1995 (mimeo).
- Fornet-Betancourt, Raúl. 2001. *Transformación Intercultural de la Filosofía*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Genro, Tarso. 1999. *Futuro por Armar: democracia e socialismo na era globalitária*. Petrópolis: Vozes.
- Heller, Agnes. 1990. *Más allá de la Justicia*. Barcelona: Crítica.
- , 1978. *Teoría de las Necesidades en Marx*. Barcelona: Península.
- Heller, Agnes y Ferenc Fehér. 1989. *Políticas de la Postmodernidad*. Barcelona: Península.
- Herrera Flores, Joaquín. 2004. Los Derechos Humanos en el contexto de la Globalización: tres precisiones conceptuales. En *Derechos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*, Org. David Sanchez Rubio; Joaquín Herrera Flores y Salo de Carvalho, 72-109. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Houtart, François. 2001. Alternativas plausíveis ao capitalismo globalizado. En *A construção de um mundo melhor*, Org. Antonio David Cattani. Fórum Social Mundial. Porto Alegre/Petrópolis: UFRGS/Vozes.
- Ianni, Octávio. 1996. *A Sociedade Global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- , 1995. Globalização: novo paradigma das ciências sociais. En *A Sociologia entre a Modernidade e a Contemporaneidade*, Coord. Sérgio França Adorno de Abreu; Octávio Ianni; Sociedade Brasileira de Sociologia; et al, 13-25. Porto Alegre: Ed. UFRGS.
- Moreno, Isidoro. 1998. Derechos Humanos, Ciudadanía e Interculturalidad. En *Repensando la Ciudadanía*, Eds. Emma Martín Díaz y Sebastián de la Obra Sierra. Sevilla: El Monte.
- Olivé, León. 2004. *Interculturalismo y justicia social*. México: UNAM.
- , 1999. *Multiculturalismo y pluralismo*. México: Paidós.
- Piovesan, Flávia. 2004. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Cívicos e Políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, 1: 29 y ss.

- Sader, Emir y Pablo Gentili. 1995. *Pós-Neoliberalismo - As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graphia.
- Salas Astrain, Ricardo. 2003. Ética Intercultural e Pensamento Latino-Americano. En *Alteridade e Multiculturalismo*, Org. Sidekum Antonio, 327 y ss. Ijuí: Unijuí
- Santos, Boaventura de Sousa. 2003. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- , 1989. Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade. *Direito e Sociedade*, 4 (marzo): 7-8.
- Santos, Milton. 2000. *Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record.
- Semprini, Andrea. 1999. *Multiculturalismo*. Bauru/SP: EDUSC.
- Sidekum, Antonio (Org). 2003. *Alteridade e Multiculturalismo*. Ijuí: UNIJUÍ.
- , 2002. Multiculturalismo: desafios para a educação na América Latina. En *Educação na América Latina: encontros e desencontros*, Org Ernâni Lampert, 77 y ss. Pelotas: EDUCAT/UFPeL.
- Wolkmer, Antonio Carlos. 2001. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega.
- Wolkmer, Antonio Carlos. 2000. Direitos, Poder Local e Novos Sujeitos Sociais. En *O Direito no Terceiro Milênio*, Org. Rodrigues, H. W., 97. Canoas: Ulbra.
- Wolkmer, Antonio Carlos. 2008. Pluralismo Jurídico: la semilla cosmopolita en el pensamiento crítico iberoamericano. En *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho? Pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Coords. Nuria Belloso Martín y Alfonso de Julios-Campuzano, 99-111. Madrid: Dykinson.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2004. Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos. En *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Ed. Milka Castro Lucic. Santiago: Universidad de Chile.

RESUMEN DE OBRAS

no/ta.

EL PRÍNCIPE DE MAQUIAVELO

THE PRINCE OF MACHIAVELLI

O PRÍNCIPE DE MAQUIAVEL

Emilio Cerezo*

Universidad de Las Américas - Ecuador

Prólogo

Este resumen pretende, como objetivo principal, dar una visión condensada y comentada de las ideas clave que incluye la gran obra de Maquiavelo. Ella se considera el primer tratado de ciencia política y, por su realismo pragmático, sigue siendo una fuente de primera magnitud para el estudio a fondo del ejercicio del poder, no solo a nivel estatal, sino en muchos otros ámbitos en que se necesita una autoridad efectiva.

En esta síntesis, considero útil leer primero las partes que se hallan resaltadas con letra negrilla y cursiva, a fin de obtener una apreciación panorámica de sus temas.

En segunda instancia, conviene leer todo el texto que está en negrilla, para captar las ideas más relevantes de la obra. Luego, el lector puede profundizar en aquellos temas en que se vea particularmente interesado.

Las partes que van entre llaves no se encuentran en el texto original, pero creo que sirven para ordenar mejor las ideas de la obra original.

Introducción

De acuerdo a las tesis del italiano de inicios del s. XVI, Nicolo Maquiavelli (Maquiavelo), un conflicto se resuelve al menos por uno de estos cuatro medios: 1. *acuerdo*, 2. *engaño*, 3. *fuerza* o 4. *abandono* de la relación problemática. La mejor vía es el *acuerdo* (1), las otras tres encierran problemas.

A quien *engaña* (2), tarde o temprano le atrapan *in fraganti*. Una vez empleada la *fuerza* (3), en la mayoría de casos habrá que seguir echando mano de ella, pues es difícil escapar a la dinámica de revancha y violencia que genera. *Huir* (4) suele equivaler a postergar la solución al conflicto, que es un tipo de *enfermedad social* que se suele agravar con el tiempo.

En un conflicto, nadie puede imponer sus principios morales personales a otro; se debe emplear la lógica y la política, en lo posible, dentro de un marco de buena voluntad y mantener una cercanía dialogal con la otra parte, pues cuanto más cerca tenga uno al otro actor del conflicto, mayores probabilidades existen de llegar a un acuerdo beneficioso para los involucrados. Por ej., en el matrimonio, o en la amistad, es crucial que cada quien exprese al otro sus necesidades o deseos y, en cada conflicto de intereses, ceder una vez yo y otra tú en la forma más justa, de modo que se mantenga un equilibrio de justicia y reciprocidad, sin el cual, es imposible que duren cualquiera de esas dos relaciones humanas de intimidad.

1. Por desgracia, no en todas las ocasiones es posible un *acuerdo justo*, que depende de dos requisitos: compartir una meta común y confianza mutua; si no se da esta, se suele romper el diálogo, pues alguna de las partes se siente vulnerable: suele temer que la otra use sus datos contra ella.
2. El *engaño* es un tipo de fraude que, al dar ventaja a quien lo utiliza, convierte al negocio en desigual y nadie quiere hacer un mal negocio.

* Magister en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente es profesor de la Universidad de Las Américas y de la Universidad Católica.

3. La mayoría de personas odiamos la *violencia* pues casi siempre lesiona nuestra calidad de vida. Sin embargo, cada quien debe estar preparado y dispuesto a usarla, cuando no hay otro remedio. Por lo general, familias cuyo estilo de vida está marcado por la pelea interna son disfuncionales y raramente prosperan.

En caso de conflicto, normalmente solo se tiene una opción de estas tres, pues con frecuencia no hay escape de la situación [4]); y, una vez detectada por un análisis lo más serio posible de las circunstancias, uno debe tomar la pronta decisión de seguirla. En cuanto a la normativa o la ley adecuada al caso, no es sino un subsistema del universo de la violencia que, en principio, es exterior a ambos contendientes.

La teoría del conflicto se aplica a todos los niveles de relación humana: desde la personal o institucional, hasta la escala de la política de un país. A nivel internacional, a mayor desnivel en potencia entre naciones, menor posibilidad de tener fines comunes y, en general, de que el inferior tenga confianza; aunque este usualmente debe estar más inclinado a ceder, si quiere conservar su integridad. En sus escritos, Maquiavelo partió del hecho socio histórico, por él observado, de que personas y colectivos actúan casi sin

excepción motivados por su egoísmo. Por tal razón, al tratar sobre los conflictos, distinguía claramente entre parientes y extraños, nacionales y extranjeros y, en forma genérica, nosotros con lo nuestro y ellos con lo suyo. Su obra, durante mucho tiempo ha gozado de mala reputación, no tanto porque los relatos asociados a sus teorías suelen ser demasiado realistas, por lo crueles e incluso sangrientos, sino porque esta tesis suya de que prácticamente todo el mundo trata mejor a su hermano que a los demás chocaba contra el espíritu cristiano, uno de cuyos paradigmas es la historia de solidaridad del *buen samaritano*.

Como consecuencia de las ideas del autor, pudiéramos definir cuatro esferas en la que se mueven las relaciones intrahumanas: (1) la más cercana y nuclear, la del amor, cuyo modelo es la familia; (2) la propia de los asuntos entre individuos pertenecientes a todo tipo de instituciones, que suele estar regida por los principios y normas de la justicia (ver el libro V de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles); (3) la tocante a las relaciones entre ciudadanos de un país, que está regulada por las leyes vigentes; y, por fin (4), la esfera internacional, dominada casi plenamente por la escala de poder fáctico en que los países se ubican. Cada uno de esos ámbitos posee su propia dinámica del poder, sus tipos de conflictos y sus formas de resolverlos.

RESUMEN DE LA OBRA

El mejor regalo es captar en breve tiempo cuanto he aprendido en años y a costa de tantos sinsabores. No he adornado esta obra con palabras ampulosas ni atractivos extrínsecos, a fin de que solo la variedad y gravedad del tema la hagan grata {= un rasgo del método científico}... para conocer bien la naturaleza de los pueblos hay que ser príncipe, y para conocer la de los príncipes hay que pertenecer al pueblo.¹

A. De las distintas CLASES DE PRINCIPADOS y cómo se adquieren

Toda dominación con soberanía es república o principado.² Los principados son hereditarios o nue-

vos; y estos han sido adquiridos con armas propias o ajenas, por la suerte o por la virtud.

B. De los principados hereditarios

Estudiaré cómo gobernar y conservar los principados. Es más fácil conservar un Estado hereditario; basta con no alterar el orden establecido y contemporizar con los cambios que puedan producirse.

C. De los principados mixtos

{1} Si el principado es un miembro agregado a un conjunto anterior de dominios, puede llamarse mixto. *En los principados nuevos, los hombres cambian con gusto de Señor, creyendo mejorar; luego la experiencia*

1. Es decir: ver desde fuera y entendiendo que la perspectiva de cada quien es relativa.

2. El principado es la monarquía.

les enseña que han empeorado. Este proceder resulta de una necesidad natural que hace que el príncipe ofenda a sus nuevos súbditos *con mil vejaciones que la conquista lleva consigo*. Así, tienes por enemigos a quienes has ofendido y no puedes conservar como amigos a quienes te han ayudado a con-quistarlo; pues no puedes satisfacerlos como esperaban y, por estarles obligado, tampoco puedes emplear medicinas fuertes contra ellos, ya que siempre se tiene la necesidad de la colaboración de los “provincianos” para entrar en una provincia. / Cuando los territorios se han conquistado por segunda vez, el señor aprovecha la rebelión para asegurar su poder castigando a los delincuentes y reforzando las partes más débiles.

{A} Los Estados que al adquirirse son de la misma provincia y lengua, es fácil conservarlos cuando no están acostumbrados a vivir libres, pues, siempre que se respeten sus {a} costumbres y {b} las ventajas de que gozaban, los hombres permanecen sosegados. Pero hay que cuidar: que la descendencia del anterior príncipe desaparezca y que {a1} ni sus leyes {b1} ni sus tributos sean alterados.³

{B} Cuando se adquieren Estados en una provincia con idioma, costumbres y organización diferentes se precisa mucha suerte y habilidad para conservarlos. {1} Un remedio sería que la persona que los adquiriera fuese a vivir en ellos;⁴ ya que se ven nacer los desórdenes y se los puede reprimir con prontitud, y los súbditos están más satisfechos, porque pueden recurrir a él fácilmente y tienen más oportunidades para amarlo, si quieren ser buenos, y para temerlo, si quieren proceder de otra manera.

{2} Otro remedio es mandar colonias⁵ a uno o dos lugares que sean como llaves de aquel Estado o mantener numerosas tropas. A las colonias con pocos gastos se las gobierna y conserva, y solo se perjudica a quienes se les arrebatan los campos y casas para darlos a los

nuevos habitantes. Y, como los damnificados son pobres y andan dispersos, jamás pueden significar peligro.

La ofensa⁶ que se haga al hombre debe ser tal, que le resulte imposible vengarse. / Mas, si se usa la ocupación militar, el gasto es mucho mayor; porque el mantenimiento de la guardia absorbe las rentas del Estado y se incomoda a todos con el frecuente cambio de alojamiento de las tropas, de modo que todos se vuelven enemigos.

{3} El príncipe debe *hacerse defensor de los menos poderosos*, ingeniarse para *debilitar a los de mayor poderío* y evitar que entre en su Estado un extranjero tan poderoso como él; pues siempre se pone de parte de los descontentos de su gobierno, se le adhieren los que le tienen envidia como el más fuerte entre ellos y se alían con el Estado invasor.⁷

Debe preocuparse de que, luego, sus aliados no adquieran demasiada fuerza. Si los males se descubren a tiempo en el Estado, solo el hombre sagaz los cura pronto; pero no tienen remedio cuando, por no haberlos advertido, se los deja crecer hasta el punto de que todo el mundo los ve.

Una guerra no se evita y, si se difiere, es en provecho ajeno. Para llegar a apoderarse de dos ciudades de Lombardía, los venecianos convirtieron al rey de esta en dueño de las dos terceras partes de Italia.

El ansia de conquista es un sentimiento muy natural; los que pueden serán alabados, pero cuando la intentan los que no pueden, la censura es lícita.⁸

Para evitar una guerra, nunca dejar que un desorden siga. / Una regla que rara vez falla: *el que ayuda a otro a hacerse poderoso causa su propia ruína*, porque quien se ha vuelto poderoso recela de la astucia o de la fuerza gracias a las cuales se lo ha ayudado.

3. Conservar las ventajas a las que están acostumbradas las mayorías exige que el gobierno trate de evitar en lo posible el rechazo de la población causado por alza de precios de primera necesidad, tales como combustibles.

4. Por ej., Carlos V de Alemania se quedó a vivir en España... quizá tras leer a Maquiavelo. Hoy, por ej. muchos gobiernos tratan de evitar al máximo.

5. Se refiere a las plazas fuertes en que está acantonado un destacamento militar de la potencia conquistadora.

6. Aquí habla de “ofensa” en el sentido de daño o perjuicio.

7. Esta coyuntura fue promovida por el imperio español en la conquista de los dominios inca y azteca.

8. Este enjuiciamiento se basa en una visión fáctica, hecha desde la óptica del poder.

D. Por qué el reino que Alejandro tomó a Darío no se sublevó contra sus sucesores tras su muerte

Los principados son gobernados por un príncipe {1} que elige de entre sus siervos a los ministros que lo ayudarán a gobernar, o {2} es asistido por nobles que deben la posición a la antigüedad de su linaje y que tienen súbditos que los reconocen por señores y les tienen afección. En el caso {1}, el príncipe goza de mayor autoridad, porque no se reconoce soberano sino a él y, si se obedece a otro, solo se lo hace por tratarse de un magistrado del príncipe. Ej. de {1} Turquía.

En tales casos hay dificultad para conquistar el Estado, pero es fácil conservarlo; pues no es fácil sobornar a los deudores del príncipe, y los traidores no podrían arrastrar consigo al pueblo.

Una vez derrotado el pueblo turco, no hay que tomar sino a la familia real y, extinguida esta, nadie significa peligro, ya que nadie goza de crédito en el pueblo.

Ej. de {2}, el rey de Francia. En estos casos, si atraes a algunos nobles descontentos pueden facilitarte la *conquista*; pero *si quieres mantenerla, tendrás que luchar contra los que te han ayudado*⁹ y contra los que has oprimido. Unos u otros se harán cabecillas de los nuevos movimientos, y perderás el Estado en la primera oportunidad que se les presente; como Francia.

Los numerosos *principados que había en España, Italia y Grecia, explican las frecuentes revueltas contra los romanos. Mientras perduró el recuerdo de su existencia, nunca estuvieron estos seguros de su conquista*; pero, una vez borrado el recuerdo, se convirtieron, gracias a la duración y al poder de su Imperio, en seguros dominadores.¹⁰ La facilidad o dificultad con

que se conserva lo adquirido no depende de la virtud del conquistador, sino de la naturaleza de lo conquistado.

E. De qué modo gobernar un principado que se regía por sus propias leyes

Tres modos: {1} destruirlo, {2} radicarse en él {3} dejarlo regir por sus leyes, obligarlo a pagar un tributo y establecer en él un gobierno con un corto número de personas. Y como este sabe que nada puede sin el poder del príncipe, no ha de reparar en medios para conservarle el Estado.

No hay *nada mejor que hacer gobernar una ciudad por sus mismos ciudadanos*. El único medio seguro de dominar una acostumbrada a vivir libre es destruirla. Sus rebeliones tendrán por baluarte su nombre y sus antiguos estatutos; y, si sus habitantes no se dispersan, nadie se olvida del nombre ni de los estatutos, y a ellos recurren en cualquier contingencia, como Pisa luego de un siglo bajo el yugo florentino.

Cuando están acostumbradas a vivir bajo un príncipe y por la extinción de su linaje queda vacante el gobierno, como los habitantes están habituados a obedecer y no se ponen de acuerdo para elegir a uno de entre ellos y tomar las armas contra el invasor, un príncipe puede *fácilmente* conquistarlas y *retenerlas*.

En las repúblicas hay más vida, más odio, más ansias de venganza.¹¹ El recuerdo de su antigua libertad no les concede reposo.¹² El mejor camino es destruirlas o radicarse en ellas.

F. De los principados nuevos que se adquieren con las armas propias y el talento personal

Quien menos confía en el azar es el que más tiempo conserva su conquista. Los que se convirtieron en príncipes por sus virtudes deben a la fortuna

9. Algo así ha sucedido en el Ecuador de del año 2013-2013, en las relaciones del presidente R. Correa con sus antiguos socios: Pachakútki, MPD o Ruptura de los 25. Ver más adelante la idea final del párrafo 1.º del cap. XX.

10. Este es un ejemplo de cómo funciona la dinámica de los imaginarios.

11. Esta actitud se genera, muy probablemente, por la ausencia del legado experiencial que hoy posee: democracia, libertad política y los afectos asociados a ella. Además, en la Europa de Maquiavelo (como en la Antigüedad y la Edad Media), la democracia era rarísima y, en consecuencia, había poca tecnología social relativa a ella; lo que hacía que fuera mucho más precaria que hoy. Los pueblos estaban habituados al poder absoluto de la monarquía y, cuando por un tiempo accedían a una democracia –sin la dura camisa de fuerza habitual–, era natural que esta tendiera a ser caótica.

12. La población se halla muy predispuesta a la pelea por sus derechos, si ya los ha disfrutado.

13. Este párrafo contiene ideas aristotélicas.

el haberles ofrecido la ocasión propicia, material al que dieron la forma conveniente; mas, sin sus méritos, era inútil que la ocasión se presentara.¹³ Tales príncipes adquieren el poder con dificultades, pero lo conservan sin sobresaltos.

No hay nada más peligroso que introducir nuevas leyes: el innovador se vuelve enemigo de quienes se beneficiaban con las antiguas, y no se granjea sino la amistad tibia de los que se beneficiarán con las nuevas. *Los hombres nunca confían en las cosas nuevas hasta que ven sus frutos.*¹⁴

Hay dos tipos de innovadores. {1} Los que dependen de otros, si necesitan recurrir a la súplica para realizar su obra, fracasan. {2} *Los que pueden imponerla por la fuerza, por depender solo de sí mismos, rara vez dejan de lograr sus propósitos.*¹⁵ Por esta razón, todo profeta armado ha triunfado, y fracasado el que no tenía armas.

Los pueblos son tornadizos: es fácil convencerlos de algo, y difícil mantenerlos fieles a esa convicción; luego conviene estar preparados para que, cuando ya no crean se les pueda hacer creer por la fuerza.¹⁶ Savonarola fracasó en sus innovaciones en cuanto la gente empezó a no creer en ellas.

Los *revolucionarios* tropiezan con serios peligros, y solo con gran valor pueden superarlos; pero una vez que han hecho desaparecer a quienes envidiaban sus virtudes, viven poderosos y seguros.

G. De los principados nuevos que se adquieren con armas y fortuna de otros (como un regalo)

Se logran con poco esfuerzo, y se sostienen solo por la voluntad y la fortuna –cosas ambas mudables– de quienes los elevaron. Los Estados que nacen de pronto, como toda cosa que crecen precozmente, *no tendrán raíces que los defiendan del tiempo adverso, salvo que los príncipes sepan prepararse de inmediato para conservarlo* y echen los cimientos que cualquier otro echa antes de llegar al principado.

Ejs.: 1} Francisco Sforza, de la nada se convirtió en duque de Milán y conservó con poca fatiga lo que con mil afanes había conquistado. 2} El duque César Borgia (1478-1507) adquirió el Estado con la fortuna de su padre, el papa Alejandro VI; mas lo perdió, a pesar de haber hecho todo lo que un hombre prudente y hábil debe hacer. El papa tuvo que desorganizar territorios del norte de Italia para apoderarse de una parte de ellos. El rey Luis de Francia volvió a Italia; hecho que facilitó la disolución de su primer matrimonio, pues facilitó al papa tropas para la empresa de la Romaña. Adquirida la Romaña por el duque y derrotados los Coloma, temía que las tropas de los Orsini, de las cuales se había valido, le arrebatasen lo conquistado. Para no depender más de las armas ajenas, debilitó a los Orsini, ganándose a cuantos nobles les eran adictos, a los cuales señaló elevados sueldos y administraciones, de modo que el afecto que tenían por aquellos se volvió hacia el duque. Los Orsini provocaron la rebelión de Urbino, los tumultos de Romaña y peligros por los que atravesó el duque; mas este supo conjurar todo con ayuda de los franceses. Tras exterminar a los Orsini y convertidos los partidarios de ellos en amigos suyos, el duque tenía sólidos cimientos para su poder futuro.

Cuando vio que la Romaña estaba bajo señores ineptos que despojaban a sus súbditos y les daban motivos de desunión, por lo que se sucedían toda tipo de desórdenes, juzgó necesario dotarla de un gobierno severo y, así, *dio plenos poderes, como ministro, a un hombre cruel que en breve impuso su autoridad y restableció la paz y la unión.* {Luego} *Juzgó el duque que una autoridad tan excesiva podía hacerse odiosa, y creó, bajo la presidencia de un hombre virtuosísimo, un tribunal civil en el que cada ciudadano tenía su abogado.* Y quiso demostrar, *para aplacar la animosidad de sus súbditos y atraérselos*, que, si algún acto de crueldad se había cometido, se debía *a la salvaje naturaleza del ministro.* Y *lo hizo exponer dividido en dos pedazos. La ferocidad de tal espectáculo dejó al pueblo estupefacto pero satisfecho.*

El duque tenía que evitar que el nuevo papa le quitase lo que Alejandro le había dado. Pensó hacerlo

14. En un país, la mayoría de las familias acomodadas a la situación son “conservadoras”: les perturba que les cambien las reglas del juego.

15. ... y podrán lograrlo más fácilmente si poseen todas las palancas; ej.: si, en democracia, captan los tres poderes.

16. El poder de la convicción y del encanto tiene fecha de caducidad; hay que realimentarlo aun en la familia.

{1} exterminando a los descendientes de los señores a quienes había despojado, para que el papa no tuviera oportunidad de restablecerlos; {2} atrayéndose a los nobles de Roma para, con su ayuda, oponerse al papa; {3} reduciendo el Colegio Cardenalicio a su voluntad; y adquiriendo tanto poder, que pudiera resistir un primer ataque. De estas cuatro cosas, ya había realizado tres a la muerte de Alejandro. Pero Alejandro murió y le dejaba tan solo con un Estado afianzado, el de Romaña; y los demás, en el aire.

El príncipe nuevo que crea necesario vencer por la fuerza o por el fraude, hacerse amar o temer de los habitantes, matar a los que puedan perjudicarlo, reemplazar las leyes antiguas, ser severo y amable, conservar la amistad de reyes de modo que lo favorezcan de buen grado o lo ataquen con recelos, no puede hallar ejemplos más recientes que el del duque. Solo se le puede criticar que nunca debió consentir en que fueran elevados al Pontificado cardenales a quienes había ofendido o que tuviesen que temerle; pues los *hombres ofenden por miedo o por odio*.¹⁷ Se engaña quien cree que, entre personas eminentes, los beneficios nuevos hacen olvidar las ofensas antiguas.

H. De los que llegaron al principado mediante crímenes (con dos ejemplos de perversidades)

{Ej-1} Agátocles se convirtió en rey de Siracusa. Reunió al pueblo y al Senado, sus soldados mataron a los senadores y a los ciudadanos más ricos, y supo conservar la ciudad sin guerra civil. La adquirió a costa de mil sacrificios y peligros, y se mantuvo en mérito a sus enérgicas y temerarias medidas.

{Ej-2} Oliverotto da Fermo, huérfano y educado por su tío Juan Fogliani, como era inteligente se convirtió en el primer hombre de su ejército. Acompañado por cien amigos Juan lo hizo recibir por los ciudadanos de Fermo.

Tras unos días, Oliverotto dio un banquete al tío y a los principales hombres de Fermo. Terminados los manjares, algunos soldados dieron muerte a Juan y a los demás. Oliverotto se hizo nombrar jefe. El año

que gobernó estuvo seguro; mas se dejó engañar por César Borgia y fue estrangulado.

Están bien empleadas las crueldades, cuando se aplican una sola vez por absoluta necesidad y se trata de que sean todo lo beneficiosas posible para los súbditos. Están mal empleadas las que, poco graves al principio, con el tiempo crecen. Todo usurpador debe reflexionar sobre los crímenes que le es preciso cometer; y ejecutarlos todos a la vez, para que pueda conquistar a los habitantes a fuerza de beneficios.

Las ofensas deben inferirse de un golpe, *pues al durar menos hieren menos; los beneficios, darse poco a poco, para que se saboreen mejor. Un príncipe vivirá con sus súbditos y así ningún suceso, favorable o adverso, le hará variar; pues la necesidad que surge en tiempos difíciles y no se ha previsto no puedes remediarla, y el bien que hagas ahí nadie lo agradece, por considerarlo hecho a la fuerza.*

I. Del principado civil

Si un ciudadano se hace príncipe por el favor de sus compatriotas, *necesita el apoyo del pueblo o de los nobles*, pues en toda ciudad hay estas dos fuerzas contrarias, en lucha por mandar y oprimir a la otra, que no quiere ser mandada ni oprimida. De tal choque surge o principado o libertad o licencia.

{1} Cuando el pueblo comprueba que no puede hacer frente a los grandes, cede su autoridad a uno y lo hace príncipe para que lo defienda. {2} Cuando los nobles comprueban que no pueden resistir al pueblo, concentran toda la autoridad en uno de ellos y lo hacen príncipe, para, a su sombra, poder dar rienda suelta a sus apetitos. *Pero el que llega al principado con la ayuda de los nobles se mantiene con más dificultad, porque quienes lo rodean se consideran sus iguales y se le hace difícil manejarlos; por otra parte, no puede satisfacer a los grandes sin lesionar a los demás. Quien rige por el favor del pueblo {1} es la única autoridad, y apenas hay nadie no dispuesto a obedecerle. Y puede satisfacerle, pues el fin del pueblo es más honesto que el de los grandes, porque estos quieren oprimir, y aquél no ser oprimido*.¹⁸ Un

¹⁷ Pues quienes padecen cualquiera de estos dos afectos suelen ser proclives a reaccionar con violencia.

¹⁸ Esta idea prelude el pensamiento de Carlos Marx.

príncipe jamás podrá dominar a un pueblo cuando lo tenga por enemigo, porque muchos lo forman; {2} mas a los nobles, como se trata de pocos, le será fácil: puede que los que son enemigos se rebelen; pero son más astutos, y no dejan de congratularse con el que esperan resultará vencedor.¹⁹

{1} Le es necesario al príncipe vivir siempre con el mismo pueblo, pero {2} no con los mismos nobles, ya que puede crear nuevos o deshacerse de los que tenía, quitarles o concederles autoridad a capricho.

{Tipos;} *A los grandes {2a} que se unen y no son rapaces se les debe honrar y amar. Entre {2b} los que no se unen por pusilanimidad debes servirte de quienes son de buen criterio, porque en la prosperidad te honrarán y en la adversidad no son de temer.*

Pero {2c} *los que solo se unen por cálculo y por ambición, es que piensan más en sí mismos que en ti, y de ellos se debe cuidar el príncipe y temerles como si se tratase de enemigos declarados, porque esperarán la adversidad para contribuir a su ruina.*

*Quien llegó a príncipe con apoyo del pueblo {1} debe esforzarse en conservar su afecto; cosa fácil, pues el pueblo solo pide no ser oprimido. Pero si llegó por los nobles {2}, hará bien en ganarse al pueblo, lo que solo le será fácil si lo toma bajo su protección.*²⁰

Y, dado que los hombres se sienten más agradecidos cuando reciben bien de quien solo esperaban mal, se somete el pueblo más a su bienhechor que si lo hubiese conducido al principado por su voluntad.²¹

Estos príncipes gobiernan por sí mismos o por intermedio de *magistrados*, que sobre todo *en épocas adversas pueden arrebatarse fácilmente el poder*, ya dejando de obedecerle, ya *sublevando al pueblo* contra ellos: los súbditos, acostumbrados a recibir órdenes nada más de los magistrados, no están en semejantes trances dispuestos a obedecer las suyas.²²

En tiempos normales los ciudadanos tienen necesidad del Estado y prometen morir por él, porque la muerte está lejana; pero en los tiempos adversos, cuando el Estado tiene necesidad de los ciudadanos, hay pocos que quieran acudir en su ayuda. Por ello, *un príncipe hábil debe hallar una manera por la cual sus ciudadanos en toda ocasión tengan necesidad del Estado y de él. Y así le serán siempre fieles.*

J. Cómo medir las fuerzas de los principados

Considero capaces de sostenerse por sí mismos a quienes, por abundancia de hombres o de dinero, pueden levantar un ejército respetable y presentar batalla a quien los ataca; pero tienen necesidad de otros aquellos que no pueden presentar batalla al enemigo en campo abierto, sino que se ven obligados a refugiarse dentro de sus muros para defenderlos.

Los hombres son enemigos de las empresas demasiado arriesgadas, y no es fácil el asalto a alguien que tiene su ciudad bien fortificada y no es odiado por el pueblo. Son tan variables las cosas de este mundo que es imposible que alguien permanezca con sus ejércitos un año sitiando ociosamente una ciudad.

En un largo asedio el príncipe poderoso y valiente superará las dificultades, dando esperanzas a sus súbditos de que el mal no durará mucho, infundiéndoles terror con la amenaza de las vejaciones del enemigo, o tomando precauciones con los que le parezcan demasiado osados. Como es muy probable que el enemigo devaste y saquee la comarca a su llegada, que es cuando los ánimos están más caldeados y dispuestos a la defensa; los súbditos se unen más a su príncipe.

K. De los principados eclesiásticos

Se apoyan en antiguas instituciones religiosas que son tan potentes y de tal calidad, que mantienen a sus príncipes en el poder sea cual fuere el modo en que estos procedan y vivan. Son los únicos que

19. En este párrafo se nota una preferencia implícita de la democracia frente a la oligarquía. Los poderosos boicotarán la gestión de quien sostiene su poder en el pueblo; así, tratarán de hacerle quedar mal frente a este, de disminuir su prestigio: pondrán obstáculos y trampas de todo tipo a su gestión, encarecerán los artículos de primera necesidad, le harán parecer arbitrario, contradictorio, mal administrador, etc.

20. Hoy diríamos: si defiende sus derechos y la realización de sus deseos.

21. Como luego dirá B. Spinoza, quien de odiar pasa a amar es el que más ama.

22. Aquí Maquiavelo enfatiza que en los delegados hay que tener una confianza siempre vigilante.

tienen Estados y no los defienden; súbditos, y no los gobiernan. Sus Estados, a pesar de que se hallan indefensos no les son arrebatados; y sus súbditos, a pesar de carecer de gobierno, ni piensan, ni podrían sustraerse a su soberanía. *Son, por consiguiente, los únicos principados seguros y felices.*

¿A qué se debe que la Iglesia haya llegado a adquirir tanto poder temporal? Antes que Carlos VIII de Francia entrase en Italia en 1494, esta se hallaba bajo la dominación del papa, los venecianos, el rey de Nápoles, el duque de Milán y los florentinos.

Estas potencias debían evitar que un extranjero invadiese Italia y procurar que ninguna de ellas preponderara. Los venecianos y el papa despertaban más recelos. Para contenerlos era necesaria una coalición de las demás potencias. Para contener al papa, bastaban los nobles romanos, que, divididos en dos, los Orsini y los Coloma, disputaban continuamente. Los diez años que en promedio vive un papa bastaban apenas para debilitar una de las facciones.

Alejandro VI probó, como nunca ningún pontífice, de cuánto era capaz un papa con fuerzas y dinero; pues, tomando al duque Valentino por instrumento y la llegada de los franceses como motivo, hizo las cosas que he contado al hablar del duque. Y aunque su propósito fue engrandecer al duque, lo que realizó redundó en beneficio de la Iglesia, la cual, tras su muerte y la del duque, fue heredera de sus fatigas.

Su sucesor, el papa Julio, contando con una Iglesia dueña de toda la Romaña y con los nobles romanos dispersos por las persecuciones de Alejandro, acrecentó sus conquistas y, así, llevó a cabo la adquisición de Bolonia, la ruina de los venecianos y la expulsión de los franceses de Italia.

Los cardenales fomentan dentro y fuera de Roma la creación de partidos que los nobles de una y otra familia se ven obligados a apoyar. Las disputas entre los nobles surgen por la ambición de los prelados.

L. De las clases de MILICIAS y los mercenarios

Las formas de ataque y defensa son necesarias en cada Estado. Los cimientos indispensables a todos los Estados son las buenas leyes y las buenas tropas. Mas, como aquellas nada pueden donde faltan estas y allí donde hay buenas tropas ha de haber buenas leyes, pasaré por alto las leyes y hablaré de las tropas.

{A} *Las mercenarias* son inútiles y peligrosas, pues los mercenarios están desunidos, son ambiciosos, desleales, y aun cobardes frente al enemigo.²³ *En la paz* despojan a su príncipe tanto como los enemigos durante la guerra, porque *no tienen otro motivo* que los lleve a la batalla *que la paga*, la cual no es suficiente para que deseen morir por él. Así, *en cuanto la guerra sobreviene, o huyen o piden la baja.*

Los capitanes mercenarios, si son hombres de mérito no se puede confiar en ellos, porque aspirarán siempre a forjar su propia grandeza, ya tratando de someter al príncipe su señor, ya de oprimir a otros al margen de los designios del príncipe; y si no lo son, llevarán al príncipe a la ruina.

Un principado o república debe tener milicias propias. *El príncipe debe dirigir las milicias en persona y, para regir sus repúblicas,*²⁴ *nombrar un ciudadano* que, si no es apto se lo debe cambiar; y si es capaz para el puesto, *sujetarlo por medio de leyes.*

La experiencia enseña que solo los príncipes y repúblicas armadas pueden hacer grandes progresos.²⁵ Roma y Esparta se conservaron libres muchos siglos porque estaban armadas. Los suizos, porque disponen de armas propias.

Los cartagineses estuvieron a punto de ser sometidos por sus tropas mercenarias. El padre de Francisco Sforza, al servicio de Juana de Nápoles, la abandonó; y ella, ya sin tropas, tuvo que entregarse al rey de Aragón. Estas milicias, o traen lentas, tardías y mezquinas adquisiciones, o súbitas y fabulosas pérdidas.

23. Esta idea consta ya en la *Ética* a Nicómaco, Libro III, capítulo 8, penúltimo párrafo.

24. Hoy diríamos que toda autoridad formal, en lo posible, debe llevar directamente los asuntos que le competen.

25. La experiencia es la principal base en que se fundamentan las ideas de esta obra. del autor. Un arma imprescindible en la sociedad del conocimiento es la formación teórico-práctica, la pericia.

Cuando el emperador (del Sacro Imperio Romano-Germánico) empezó a ser arrojado de Italia y el poder temporal del papa a crecer, Italia se dividió en gran número de Estados; porque muchas ciudades tomaron las armas contra sus señores que, favorecidos antes por el emperador, las tenían avasalladas. El papa, para beneficiarse, ayudó cuanto pudo a esas rebeliones. Así Italia pasó a manos de la Iglesia y de varias repúblicas; y como estos sacerdotes o ciudadanos no conocían el arte de la guerra, empezaron a tomar extranjeros a sueldo que se hicieron árbitros de Italia. El método que siguieron estos para adquirir reputación fue quitar importancia a la infantería porque, no poseyendo tierras y teniendo que vivir de su paga, les era imposible alimentar a muchos; así, en un ejército de 20.000 hombres no había ni 2000 infantes. La consigna en las refriegas, era tomar prisioneros sin degollarlos, no levantaban empalizadas ni abrían fosos alrededor del campamento, ni vivían en él en invierno. Inventaron todos estos procedimientos para evitarse fatigas y peligros; y, con ellos, condujeron a Italia a la esclavitud y a la deshonra.

M. De los soldados auxiliares, mixtos y propios

{B} Las tropas auxiliares, las que se piden a un príncipe poderoso para que nos socorra, pueden ser útiles para sus amos; mas casi siempre son funestas para quien las llama, pues si pierden queda derrotado y si gana se convierte en su prisionero {v. XXI, al fin del n.º 3}. El emperador de Constantinopla, para ayudar a sus vecinos, puso en Grecia 10.000 turcos, y allí empezó la servidumbre de Grecia bajo los infieles.

Estas tropas son mucho más peligrosas que las mercenarias, por estar unidas y obedecer a sus jefes, mientras las mercenarias no forman un cuerpo unido. De las tropas mercenarias hay que temer sobre todo sus derrotas; de las auxiliares, sus triunfos. Entre las causas de la decadencia del Imperio Romano, la principal consistió en tomar a sueldo a los godos;

pues desde entonces las fuerzas del Imperio fueron debilitándose.

Los ejércitos de Francia son *{C}* mixtos, de tropas mercenarias y propias. Las milicias *{D}* propias son las compuestas por súbditos, por ciudadanos o por servidores del príncipe.

XIV. De los deberes de un príncipe para con la milicia

Solo el *arte de la guerra* compete a quien manda, y no solo conserva en su puesto a los que han nacido príncipes, sino que eleva a esta dignidad a hombres de condición modesta; mientras que ha hecho perder el Estado a príncipes que han pensado más en las diversiones. La razón principal de la pérdida de *un Estado* se halla en el olvido de este arte, la condición primera *para adquirirlo* es la de ser *experto en él*.

El estar desarmado hace despreciable. Entre uno armado y otro desarmado no hay comparación.²⁶ No es razonable que quien esté armado obedezca de buen grado a quien no lo está, y que el príncipe desarmado se sienta seguro entre servidores armados; porque, desdeñoso uno y desconfiado el otro, no es posible que marchen de acuerdo. Por eso, *un príncipe que no entienda de asuntos militares, no puede ser estimado por sus soldados ni confiar en ellos*.²⁷

Un príncipe *jamás* debe *dejar de ocuparse del arte militar*: durante la paz más que en guerra, con *{1}* la acción y *{2}* con el estudio.²⁸ *{1}* Debe ejercitar sus tropas y dedicarse a la caza, a fin de habituar el cuerpo a las fatigas y de conocer los terrenos. Se aprende a conocer la región donde se vive y, *en virtud del conocimiento práctico de una comarca, se hace más fácil el conocimiento de otra donde sea necesario actuar*: tal condición enseña a dar con el enemigo, tomar los alojamientos, conducir los ejércitos, preparar un plan de batalla y a atacar con ventaja.²⁹

26. Hoy hablaríamos de estar armado, sobre todo con técnica y, en general, con saber.

27. Quien está en puesto directivo debe tener esa parte de la *autoridad moral*: saber a fondo de su campo de trabajo.

28. Esta es una hipótesis de la que depende este discurso es que, en la sociedad renacentista (ya racional pero con Estados que tenían un poder de controlar muy limitado), el grande puede y suele violar la ley con impunidad. Ella aún es válida para Estados del s. XXI que, por graves falencias de organización y de conciencia ciudadana, tienen poco poder efectivo para hacer cumplir la ley (en inglés: *law enforcement*).

29. El conocimiento analógico y sus aplicaciones (la transducción), valioso para la investigación enfocada al cambio.

Filopémenes, príncipe de los aqueos, cuando iba de paseo discurría con los amigos: si el enemigo estuviese en aquella colina y nosotros aquí ¿de quién sería la ventaja? Y les proponía todos los casos que pueden presentarse a un ejército; gracias a este continuo razonar, cuando guiaba sus ejércitos nunca pudo surgir accidente alguno para el que no tuviese remedio previsto.

El príncipe debe estudiar la Historia, examinar las acciones de los hombres ilustres, el por qué de sus victorias y derrotas; como Alejandro Magno hacía con Aquiles, César con Alejandro, Escipión con Ciro. En general, en tiempos de paz *debe hacer acopio de enseñanzas para valerse de ellas en la adversidad.*

N. De las virtudes {= CUALIDADES} por las que los hombres y príncipes son alabados o censurados³⁰

Muchos se han imaginado como existentes a repúblicas y principados que nunca han sido vistos. *Quien deja lo que se hace por lo que debería hacerse marcha a su ruina,*³¹ pues un hombre que en todas partes quiera hacer profesión de bueno se pierde entre tantos que no lo son. Todo príncipe que quiera mantenerse debe *aprender a no ser bueno, y a practicarlo o no de acuerdo con la necesidad.*³²

Todo hombre es juzgado por algunas de estas cualidades: uno es llamado pródigo, el otro tacaño, uno dadivoso, el otro rapaz; uno cruel, el otro clemente; uno traidor, el otro leal; uno pusilánime, el otro decidido; uno humano, el otro soberbio;³³ uno lascivo, el otro casto; uno sincero, otro astuto; uno duro, otro débil; uno grave (o serio), otro frívolo; uno religioso, otro incrédulo.

Sería loable que un *príncipe* poseyese las consideradas buenas. Mas, como no es posible poseerlas todas ni observarlas siempre, pues la naturaleza hu-

mana no lo consiente, le es preciso ser tan cuerdo, que sepa *evitar la vergüenza de aquellas que le significarían la pérdida del Estado.* A veces, lo que parece virtud es causa de ruina, y lo que parece vicio acaba por traer el bienestar y la seguridad.³⁴

Ñ. De la prodigalidad y la avaricia del príncipe³⁵

La prodigalidad, practicada de modo que se sepa que uno es pródigo, perjudica. Mas si se la practica como se debe no será conocida, y se creará que existe el vicio contrario.

Como *el* que quiere conseguir fama de *pródigo* no puede pasar por alto lujos de ningún género, un príncipe acostumbrado a proceder así consumirá todas sus riquezas y se verá obligado a imponer excesivos tributos; tal medida empezará a tornarle odioso a sus súbditos, y nadie lo estimará, ya que se habrá vuelto pobre.

Y como con su prodigalidad ha *perjudicado a muchos y beneficiado a pocos*, peligrará al menor riesgo. Y si entonces quiere cambiar de conducta, será tachado de tacaño. / Un príncipe no debe preocuparse si es tildado de *tacaño*, pues *con el tiempo*, al ver que *puede acometer nuevas empresas sin gravar al pueblo, y será tenido por más pródigo;*³⁶ por practicar la generosidad con aquellos a quienes no quita, que son innumerables, y la avaricia con todos aquellos a quienes no da, que son pocos.

El príncipe que gasta lo suyo y lo de los súbditos debe ser medido. El que con sus ejércitos vive del botín y de las contribuciones necesita esplendidez a costa de los enemigos, de otra manera los soldados no lo seguirían; el derrochar lo ajeno concede reputación. Cuanto más se la practica la prodigalidad más se pierde la facultad de practicarla. Si hay algo que deba evitarse es el ser despreciado y odioso, y a ambas cosas conduce la prodigalidad.

30. En este cap. XV y ss. se ataca a Platón, Aristóteles, y a los ideales políticos puros.

31. *Lo mejor (lo perfecto) es enemigo de lo bueno.*

32. Esta actitud corresponde al estatus ético más adulto de todos: realismo capaz de enfrentar toda situación posible; opuesto a la falsa bondad asociada a la ingenuidad, que solo es disculpable en los niños (o sus análogos), o al facilismo, que no se esfuerza ni en descubrir cómo son las cosas, ni en prepararse para afrontarlas.

33. La virtud opuesta al vicio de soberbia sería la humildad; pero el autor no tiene a esta por virtud.

34. Esta opinión no es una apreciación "maquiavélica", si se interpreta en el sentido del final del párrafo precedente.

35. Este tema y su tratamiento es una herencia del pensamiento aristotélico.

36. Maquiavelo defiende el ahorro.

O. De la crueldad y la clemencia; y si es mejor ser amado que temido

César Borgia, con su crueldad impuso el orden, logró la paz y la fe. Al príncipe no debe importarle que lo acusen de cruel, *cuando su crueldad tenga por objeto el mantener unidos y fieles a los súbditos*; porque con pocos castigos ejemplares *será más clemente que quienes, por excesiva clemencia, dejan multiplicar los desórdenes*, que son causas de matanzas y saqueos que *perjudican a toda la población*;³⁷ mientras que las medidas extremas adoptadas por el príncipe solo van en contra de uno.

Sobre todo un príncipe nuevo no debe evitar actos de crueldad, pues toda nueva dominación trae consigo infinidad de peligros. / Debe proceder con moderación, prudencia y humanidad, de modo que una excesiva confianza no lo vuelva imprudente, y una desconfianza exagerada, intolerable.³⁸

Si bien vale más ser amado que temido, nada mejor que ser ambas cosas a la vez. Pero, siendo difícil reunirlos, es más seguro ser temido; pues en general, los hombres son ingratos, simuladores, volubles, cobardes ante el peligro y ávidos de lucro. Mientras les haces bien son tuyos y te ofrecen su vida, pues ninguna necesidad tienes de ello; pero cuando la necesidad se presenta, se rebelan.³⁹ No se dispone de las amistades que se adquieren con el dinero y no con la nobleza de alma. Y los hombres *tienen menor cuidado en ofender a uno que se haga amar que a uno que se haga temer*; porque el amor es un vínculo que los perversos rompen cada vez que pueden beneficiarse; pero *el temor es miedo al castigo* que no se pierde nunca.

El príncipe debe hacerse temer de modo que evite el odio: para ello bastará que se abstenga de apoderarse de los bienes y de las mujeres de sus súbditos, y que no proceda contra la vida de alguien sino cuando hay motivo manifiesto; pero sobre todo abstenerse de los

bienes ajenos, porque los hombres olvidan antes la muerte del padre que la pérdida del patrimonio.

Cuando el príncipe tiene miles de soldados pero no fama de cruel, jamás podrá tener un ejército unido y dispuesto a la lucha. Escipión había dado a sus soldados más licencia de la que convenía a la disciplina militar; mas, como estaba bajo las órdenes del Senado, esta mala cualidad se convirtió en su gloria. Como el amar depende de la voluntad de los hombres y el temer de la del príncipe, un príncipe prudente debe apoyarse en lo suyo y no en lo ajeno, tratando de evitar el odio.

P. De qué modo los príncipes deben cumplir sus promesas⁴⁰

La experiencia muestra que solo ha realizado grandes empresas el príncipe que: menos caso ha hecho de la fe jurada, ha envuelto a los demás con su astucia y reído de los que han confiado en su lealtad. Hay dos formas de luchar *para mantener el poder: con las leyes y con la fuerza*.⁴¹ La 1.^a es distintiva del hombre; la 2.^a, de la bestia. *Pero como a menudo la 1.^a no basta, es forzoso recurrir a la 2.^a.* Un príncipe debe saber emplear ambas, *y una no puede durar mucho sin la otra.* / Conviene que se transforme en zorro y en león, porque el león no sabe protegerse de las trampas ni el zorro de los lobos: *hay que ser zorro para conocer las trampas y león para espantar a los lobos.* El que mejor ha sabido ser zorro ha triunfado, pero hay que ser hábil en disimular. Los hombres son tan simples y obedecen tanto a las necesidades del momento,⁴² que el que engaña encontrará siempre quien se deje engañar. Los engaños le resultaron a Alejandro VI, pues conocía bien esta parte de lo humano.⁴³

*Un príncipe prudente no debe observar la fe jurada cuando ello vaya contra sus intereses y hayan desparecido las razones que le hicieron prometer*⁴⁴. Si los

37. Hobbes, en *El Leviathan*, desarrolló la tesis de que el ciudadano busca ante todo su seguridad.

38. Es la idea aristotélica de la actitud equilibrada.

39. Como diría B. Spinoza, actúan así porque viven encerrados en el azaroso mundo de la pasión.

40. Recetas para sobrevivir en el caos del *todos contra todos*, tan propio del estado de pasión en que vive el 95% de los humanos.

41. Las leyes apelan a la conciencia del ciudadano; la fuerza obliga a cumplirlas.

42. Es decir, se ven tan zarandeados por las pasiones...

43. Se alude a que conocía las leyes del comportamiento humano.

44. Esta idea sobre la "reciprocidad" del oportunismo (propia de quienes viven dominados por la pasión) va a convertirse en una de las claves del pensamiento de Thomas Hobbes. Hoy se afrontan estas situaciones con la teoría de la negociación de conflictos, cuya meta deseable es la situación llamada "ganar-ganar".

hombres fuesen todos buenos, este precepto no sería bueno; pero como son perversos, y *no lo observarían contigo, tampoco tú debes observarlo con ellos*⁴⁵. Un príncipe, sobre todo si es nuevo, para conservarse en el poder, a menudo se ve arrastrado a obrar contra la fe, la caridad (o amistad), la humanidad y la religión. Es preciso que tenga una inteligencia capaz de adaptarse a todas las circunstancias, y que *no se aparte del bien mientras pueda, pero que, en caso de necesidad, no titubee en entrar en el mal*.⁴⁶ *No es preciso que un príncipe posea todas las virtudes citadas, pero es indispensable que aparente poseerlas*.⁴⁷ Está bien mostrarse piadoso, fiel, humano, recto y religioso, y serlo; pero se debe estar dispuesto a irse al otro extremo si ello fuera necesario. Un príncipe debe cuidar que no le brote de los labios algo que no parezca clemencia, fe, rectitud y religión; pues los hombres, en general, juzgan más con los ojos que con las manos, porque todos pueden ver pero pocos tocar:⁴⁸ todos ven lo que parece ser, mas *pocos saben lo que eres y estos no se atreven a oponerse a la opinión de la mayoría, que se escuda tras la majestad del Estado*.⁴⁹ Por fin, donde no hay apelación posible respecto a las acciones de los hombres se atiende a los resultados. Así pues, *trate un príncipe de vencer y conservar el Estado, que los medios siempre serán loados por todos, porque el vulgo (la mayoría) se deja engañar por las apariencias y por el éxito; y en el mundo solo hay vulgo: las minorías no cuentan sino cuando las mayorías no tienen donde apoyarse*.

Q. De qué modo evitar ser despreciado y odiado

El príncipe se hace odioso al apoderarse de los bienes o mujeres de los súbditos; pues en su mayoría viven contentos, mientras no se vean privados de sus bienes y de su honor. *Se hace despreciable el príncipe considerado voluble, pusilánime e irresoluto; luego debe ingeniárselas para que en sus actos se reconozca grandeza, valentía, seriedad y fuerza*. Frente

a los súbditos, debe procurar *que sus fallos sean irrevocables* y empeñarse en adquirir tal autoridad que nadie piense en engañarlo ni envolverlo con intrigas. Todo príncipe debe temer dos cosas: en el interior, que se le subleven; en el exterior, que le ataquen. Pero siempre tendrá buenas alianzas el que tenga buenas armas; y en el interior estarán seguras las cosas cuando lo estén en el exterior, a menos que hubiese una conspiración. *De que no conspiren secretamente puede asegurarse evitando que lo odien o desprecien y empeñándose en tener satisfecho al pueblo*.

El conspirador siempre cree que el pueblo quedará contento con la muerte del príncipe, pero jamás se decide a conspirar si sospecha que se producirá el efecto contrario, pues infinitos peligros corre el que conspira: la experiencia demuestra que hubo muchísimas conspiraciones y que muy pocas tuvieron éxito. Porque el que conspira no puede obrar solo, y no hay descontento que no se regocije en cuanto le hayas confesado tus propósitos; es preciso que este sea muy amigo tuyo o enconado enemigo del príncipe para que, al hallar en una parte ganancias seguras y en la otra dudosas y llenas de peligro, te sea leal.⁵⁰ Además, el conspirador *tiene recelos y temor al castigo, mientras que el príncipe* cuenta con la majestad del principado,⁵¹ las leyes y la ayuda de los amigos. Si el príncipe *logró la simpatía popular, es imposible que haya alguien tan temerario como para conspirar*.

Un príncipe debe temer a todos cuando lo tienen por enemigo. Los Estados bien organizados y los príncipes sabios siempre han procurado no exasperar a los nobles {2} y tener contento al pueblo {1}. El reino bien organizado de Francia posee muchas instituciones en pro de la libertad; por ej. *el Parlamento*. Quien organizó este reino conocía la ambición y violencia de los poderosos y el odio a los nobles en el pueblo, por esa causa creó un *tercer poder que castigase a los nobles y beneficiase al pueblo* sin responsabilidad para el rey.⁵² Un príncipe debe encomendar

45. Esta actitud es coherente con la ley del Talión.

46. Es prudente saber nadar en las aguas que hay.

47. Aquí se trata del principio que exige la buena fama –o imagen pública– del gobernante, cuya formulación más conocida es: “la mujer del César tiene que ser honesta, o al menos parecerlo”.

48. “Ver”, se supone: desde fuera de las alturas del poder; “tocar” alude a estar en un puesto de poder.

49. En las dos frases que siguen se halla implícita la tesis de que el fin justifica los medios.

50. He aquí un ej. del cálculo costo/beneficio.

51. Es decir, con el imaginario mítico que va asociado al poder.

52. En la práctica, el Parlamento suele ser un apéndice del 2.º poder: la nobleza (hoy los oligarcas).

a los demás las tareas gravosas y reservarse las agradables.⁵³ Debe estimar a los nobles, pero sin hacerse odiar por el pueblo.

Mientras los príncipes de hoy solo tienen que luchar contra la ambición de los nobles y la violencia de los pueblos, los emperadores romanos, de Marco Aurelio a Maximino, tenían que hacer frente a la codicia y la crueldad de sus soldados. Pues era difícil dejar a la vez satisfechos a estos y al pueblo, porque el pueblo amaba la paz y las tropas preferían a los príncipes belicosos y rapaces, ya que así duplicaban la ganancia. Tal situación explica porqué, sobre todo los que reinaban por herencia, al conocer la imposibilidad de dejar satisfechas a ambas partes, se decidían por los soldados, sin importarles pisotear al pueblo. *El príncipe debe inclinarse hacia el grupo más numeroso y, cuando esta vía no es posible, hacia el más fuerte.*

Pertinax tuvo un triste fin. Fue hecho emperador contra el parecer de los soldados que, acostumbrados a vivir en licencia, no podían tolerar la vida virtuosa que aquél pretendía imponerles. Cuando el grupo del que juzgues tener necesidad para mantenerte, sea pueblo, soldados o nobles, esté corrompido, te conviene satisfacerlo, pues en este caso las buenas acciones serían tus enemigos.

En los 14 años que reinó, Alejandro no hizo matar a nadie sin juicio previo; pero su fama de un débil que se dejaba gobernar por su madre le acarreó el desprecio de los soldados, que se sublevaron y lo mataron.

Cómodo, Severo, Antonino, Caracalla y Maximino fueron ejemplos de crueldad y acabaron mal, excepto Severo. Este fue un león y un zorro, todos le temieron y respetaron, el ejército no lo odió, y su ilimitada autoridad lo protegió del odio que sus deprecaciones podían haber hecho nacer en el pueblo. Antonino, su hijo, exterminó a gran parte de Roma y de Alejandría; por ello se hizo odioso y fue muerto por un centurión. A pesar de haber asesinado en forma ignominiosa a un hermano del centurión, lo conservaba en su guardia: tranquilidad temeraria que tenía

que traerle la muerte. No está en manos de ningún príncipe evitar esta clase de atentados, porque al que no le importa morir no le asusta quitar la vida a otro; pero son rarísimos.

A Maximino le hicieron odioso su baja condición de pastor y su fama de sanguinario. Su propio ejército, temiéndole menos al verlo rodeado de tantos enemigos, lo mató. Ahora los príncipes no tienen ejércitos vinculados estrechamente con el gobierno, como los del Imperio Romano, y tienen que satisfacer antes al pueblo que a los soldados, porque aquél puede más. Excepto el Turco y el Sultán, cuyo reino está en manos del ejército y se parece al pontificado cristiano, pues la constitución de sus Estados es antigua y cada nuevo gobernante es aceptado como quien lo es por derecho hereditario.

R. Si las MEDIDAS que los príncipes toman con frecuencia son ÚTILES o no

Un príncipe nuevo armó a sus súbditos; así, los que recelaban se hicieron fieles y los súbditos, partidarios. Mas al ser imposible armar a todos, solo hay que dar armas a quien tiene más deberes y se expone a más peligros. Pero cuando se los desarma, se les demuestra que, por cobardía o desconfianza, se tiene poca fe en su lealtad; y cada una de estas dos opiniones genera odio. En estos casos, el príncipe tendrá que recurrir a milicias mercenarias. Cuando adquiera un Estado nuevo que añade al que ya poseía, conviene que desarme a sus nuevos súbditos, *a excepción de los partidarios suyos en la conquista*; y aun a estos, *con el tiempo hay que debilitarlos*, para que el ejército se componga de los soldados del Estado antiguo.

Mas no se debe fomentar la discordia en las tierras sometidas, porque el partido más débil se unirá a las fuerzas externas. Los venecianos fomentaban en las ciudades conquistadas discordias, a fin de que no se uniesen contra el enemigo común. Pero uno de los partidos les arrebató el Estado. *Recursos de este tipo inducen a sospechar la existencia de alguna debilidad en el príncipe*, porque un príncipe fuerte jamás tolerará tales divisiones, ineficaces en la guerra.

53. Esta y muchas otras afirmaciones del autor son *tautologías políticas*: prescriben lo que el poder siempre hace.

Si quienes al inicio del reinado han sido enemigos del príncipe necesitan apoyo ajeno para su lucha, el príncipe podrá conquistarlos a su causa dándose-lo;⁵⁴ y lo servirán con tanta más fidelidad en cuanto que saben que les es preciso borrar con buenas obras la mala opinión en que se los tenía. Así, el príncipe saca de ellos más provecho que de los que, por serle demasiado fieles, descuidan sus obligaciones.

El príncipe que adquiere un Estado nuevo mediante la ayuda de los ciudadanos debe examinar qué impulsó a estos a favorecerlo, pues si se trata de descontento con la situación anterior, difícilmente podrá conservar su amistad, ya que tampoco él podrá contentarlos.

Es más fácil conquistar la amistad de los enemigos que lo son porque estaban satisfechos con el gobierno anterior, que la de los que, por estar descontentos, se hicieron amigos del nuevo príncipe y lo ayudaron a conquistar el Estado.⁵⁵

El príncipe que teme más al pueblo que a los extranjeros debe construir fortalezas; el que teme más a los extranjeros debe pasarse sin ellas. Si el pueblo aborrece al príncipe, no lo salvarán las fortalezas que posea, pues, una vez que el pueblo ha empuñado las armas, nunca faltan extranjeros que lo socorran.

S. *Cómo debe comportarse un príncipe para ser estimado*

1. Las grandes empresas han hecho pasar a Fernando de Aragón de ser un rey sin importancia a primer monarca de la cristiandad. Hizo la guerra cuando estaba en paz con los vecinos, y los nobles de Castilla, pensando en esa guerra, no pensaban en cambios políticos; no les dio tiempo a preparar algo en su perjuicio.
2. Medidas sorprendentes en la regencia. Cuando un súbdito hace algo notable, bueno o malo, hay que recompensarlo o castigarlo de modo que dé tema de conversación a la gen-

te.⁵⁶ El príncipe debe ingeniarse por parecer ilustre en todos sus actos.

3. Es más conveniente ser franco, declararse sin tapujos a favor y en contra, o abrazar un partido, que permanecer neutral. Cuando dos vecinos poderosos se declaran la guerra, el príncipe puede hallar {a} que debe temer al que de los dos que gane la guerra, o {b} que no. {a} Si no se define, será presa del vencedor con satisfacción del vencido, y no hallará compasión en aquél ni asilo en este, porque el que vence no quiere amigos que no le ayuden y el que pierde no ayuda a quien no quiso arriesgarse en su favor.

El que no es tu amigo te exigirá la neutralidad; y el amigo, que demuestres tus sentimientos con las armas. Los irresolutos, las más de las veces fracasan. Cuando el príncipe se declara por una de las partes, si ella triunfa estarán unidos por un vínculo de reconocimiento y las victorias nunca son tan decisivas como para que el vencedor no tenga que guardar algún miramiento con respecto a la justicia. Y si el aliado pierde, el príncipe será ayudado por él en la medida de lo posible. {b} Cuando quienes combaten no inspiran temor, mayor es la necesidad de definirse, porque no hacerlo significa la ruina de aquél de ellos, al que el príncipe prudente debería salvar; pues si vence queda a su discreción, y es imposible que con su ayuda no venza. / *Un príncipe solo debe aliarse con otro más poderoso para atacar a terceros cuando las circunstancias lo obligan, pues si este venciera aquél queda atrapado en su poder.* Todos los partidos son dudosos; pues, cuando se quiere evitar un inconveniente, se incurre en otro. La prudencia [aristotélica] estriba en conocer la naturaleza de los inconvenientes y aceptar el menos malo por bueno.

4. El príncipe *honrrará a quienes destaquen en las artes, dará seguridades a los ciudadanos*

54. He aquí otro ejemplo de que la generosidad (el afecto positivo) gana apoyo incluso en ciertos enemigos.

55. La razón sería que aquellos son personas de ánimo positivo, más estable, y estos suelen tener actitudes negativas.

56. Es decir, hay que ser dueño de sus mentes, su imaginación: hoy se hace echando mano del poder de los *medios*.

para que puedan dedicarse en paz a su profesión, instituirá estímulos para premiar a quienes traten de engrandecer al Estado. Las ciudades están divididas en gremios o corporaciones (clanes) a los que conviene que el príncipe conceda su atención. Reúnase de vez en vez con ellos y dé pruebas de sencillez y generosidad, sin olvidarse de la dignidad que inviste.⁵⁷

T. De los secretarios del príncipe

La primera opinión de un príncipe se funda en los hombres que lo rodean: si son capaces y fieles, podrá reputárselo por sabio; cuando no, no podrá considerarse prudente.

Hay tres clases de cerebros: 1. El que discierne por sí; 2. el que entiende lo que los otros disciernen, y 3. el que no discierne ni entiende lo que los otros disciernen. El 1.º es excelente, el 2.º es bueno y el 3.º, inútil. Con tal que un príncipe entienda bien lo que se hace y dice, reconocerá las obras buenas y las malas de un ministro, y el ministro, que no podrá confiar en engañarlo, se conservará honesto y fiel.

Cuando se ve que un ministro piensa más en sí mismo que en lo demás y solo busca su provecho, no será bueno. Pues quien tiene en sus manos el Estado no debe pensar sino en el príncipe, quien, para mantener su fidelidad, debe honrarle y enriquecerle, de manera que comprenda que no puede estar sin él. Si ministros y príncipes proceden así pueden confiar unos en otros; si de otro modo, es perjudicial para todos.

U. Cómo huir de los aduladores

Los aduladores abundan, pues los hombres se complacen tanto en sus obras que no atinan a defenderse de tal calamidad; y cuando quieren defenderse de ella, se exponen a hacerse despreciables. Pues no hay otro modo de evitar la adulación que hacer comprender a los hombres que no ofenden al decir la verdad; mas resulta que cuando todos pueden decirlo, faltan al respeto. *Un príncipe prudente debe ro-*

dearse de hombres de buen juicio (consejeros) y dar solo a ellos libertad para decirle la verdad en los asuntos sobre los que se les pregunte. Debe: escuchar sus opiniones, resolver a su albedrío, no oír a nadie más, realizar enseguida lo resuelto y ser obstinado en su cumplimiento.

Quien cambia a menudo de parecer es tenido en menos. Así, el emperador Maximiliano no pide consejos a nadie; con todo, nunca hacía lo que quería. A nadie dice sus pensamientos ni pide pareceres; pero como, al querer ponerlos en práctica, empiezan a descubrirse y quienes le rodean opinan en contra, lo que hace hoy lo deshace mañana, no se entiende lo que desea o intenta hacer y no se puede confiar en sus determinaciones.

Todo príncipe debe evitar que opine quien no sea interrogado. *Debe preguntar a menudo*, escuchar la verdad y ofenderse cuando se entera de que alguien no se la ha dicho por temor.

El príncipe que no es sabio no puede ser bien aconsejado; pues no puede gobernar sino tutelado por un hombre muy prudente que lo guíe en todo. Y en este caso, duraría poco; ya que el ministro no tardaría en despojarlo del Estado. Y si pide consejo a más de uno, los consejos serán siempre distintos, y un príncipe que no sea sabio no podrá conciliarlos.

Cada consejero pensará en lo suyo, y él no podrá saberlo ni corregirlo. *Los hombres se comportarán siempre mal⁵⁸ mientras la necesidad no los obligue a lo contrario.* Que los buenos consejos nazcan de la prudencia del príncipe.

V. Por que los príncipes de Italia perdieron sus estados

Los príncipes de Italia que perdieron sus Estados, como en épocas de paz nunca pensaron que podrían cambiar las cosas, cuando se presentaron tiempos adversos, atinaron a huir y no a defenderse, y *las únicas defensas seguras y durables son las que dependen de uno mismo y de sus virtudes.*

⁵⁷ Aquí condena las payasadas que haga un mandatario.

⁵⁸ Spinoza diría: por sus apetitos; no según las nociones comunes propias de la razón. Hobbes desarrolla esta idea.

Si los hombres encuentran virtuosa la conducta de un príncipe nuevo, se apegan más a él que a uno de linaje; porque se ven más atraídos por las cosas presentes que por las pasadas.⁵⁹

W. Del poder de LA FORTUNA y los medios para oponérsele

Para que haya libre albedrío, acepto que la fortuna decida la mitad de nuestras acciones, pero que nos deje gobernar la otra mitad. La comparo con un río que inunda llanuras, derriba árboles y casas, y todo cede a su furor. Su naturaleza no impide que los hombres tomen precauciones con diques y refuerzos, de modo que si el río crece otra vez, su fuerza no sea tan desenfundada ni perjudicial.⁶⁰ La fortuna se revela con todo su poder allí donde no hay virtud preparada para resistirle.⁶¹

Que un príncipe que vive en prosperidad se vea mañana en la desgracia sin ningún cambio en su carácter ni en su conducta, se debe a que quien confía ciegamente en la fortuna perece en cuanto ella cambia. Es feliz quien puede conciliar su modo de obrar con la índole de las circunstancias,⁶² y desdichado el que no; pues los hombres, para llegar al fin que se proponen, la gloria y las riquezas, proceden: uno con cautela y otro con ímpetu; uno por violencia y otro por astucia; y todos pueden triunfar por medios tan dispares.

Que de dos hombres cautos, uno logra su meta y otro no, o que tengan igual fortuna dos procediendo uno con cautela y el otro con ímpetu, se debe a la índole de la situación, que concuerda o no con la forma de comportarse. No hay hombre lo bastante dúctil como para adaptarse a toda circunstancia, por no poder desviarse de aquello a que la naturaleza lo inclina o por no poder dejar un camino que siempre le ha sido próspero. Así, el hombre cauto fracasa cada vez que es preciso ser impetuoso; que, si cambiase de conducta junto con las circunstancias, no cambiaría su fortuna. En fin, los hombres serán felices mientras vayan de acuerdo con la suerte e infelices cuando estén en desacuerdo con ella. Sin embargo, es preferible ser impetuoso y no cauto, porque la fortuna es mujer y se hace preciso, si se la quiere tener sumisa, golpearla.⁶³ Además ella, como mujer, es amiga de los jóvenes, por ser más fogosos y tener más audacia.

X. Exhortación a liberar a Italia de los bárbaros⁶⁴

Los italianos son superiores en las batallas. Más, por la debilidad de los jefes, su papel no es nada brillante; pues los capaces no son obedecidos y todos se creen capaces. Pero hasta ahora no hubo nadie que supiese imponerse por su valor y su fortuna, y que hiciese ceder a los demás. A dicho fenómeno hay que atribuir el hecho de que, en los últimos 20 años, los ejércitos italianos siempre hayan fracasado.

59. En Aristóteles y Spinoza consta que quien no es fuerte (virtuoso) se deja llevar por el placer actual, inmediato.

60. Aquí consta la actitud moderna de previsión.

61. Es la tesis estoica, que es pariente de la actitud aristotélica del hombre templado, o de la bíblica de Job.

62. Es decir: conocer las leyes que gobiernan las circunstancias y obrar de acuerdo con ellas.

63. Discurso sesgado, en correspondencia con los prejuicios epocales de género.

64. En este último capítulo Maquiavelo exhorta a la acción política concreta.

BIBLIOGRAFÍA

Maquiavelo, Nicolás. 2013. *El Príncipe*. Barcelona. Edit. Plutón.

RESEÑA

Handwritten signature or stylized text.

PROMOVIENDO LA JUSTICIA PROPIA, DEJANDO ATRÁS UN TRATO INDIGNO. RESULTADOS DE UN ESTUDIO SOBRE CAMBIOS EN SISTEMAS LEGALES INDÍGENAS Y CAMPESINOS EN SEIS LOCALIDADES ANDINAS

Anna Barrera Vivero



Promoviendo la justicia propia, dejando atrás un trato indigno

Resultados de un estudio sobre cambios
en sistemas legales indígenas y campesinos
en seis localidades andinas

Anna Barrera Vivero

*Nancy Carolina Fabara**
Universidad de Las Américas - Ecuador

* Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas.

El libro *Promoviendo la justicia propia, dejando atrás un lado indigno. Resultados de un estudio sobre cambios en sistemas legales indígenas y campesinos en seis localidades andinas*, es un estudio de caso que nos invita a conocer los efectos de las transformaciones operadas en la justicia indígena y campesina de seis comunidades andinas ubicadas en tres países latinoamericanos: Ecuador, Perú y Bolivia.

El texto muestra la dinámica de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas a nivel internacional y nacional en las décadas pasadas, incluyendo el derecho a promover, desarrollar y mantener sus propios sistemas legales. Al tiempo, presenta los desafíos en la realización de estos cambios, tomando para ello como hilo transversal los escollos en torno a los roles de género y a la violencia intrafamiliar.

En Ecuador, se sitúa *la Calera*, comunidad perteneciente al cantón Cotacachi en la provincia de Imbabura, en donde se estableció el Comité Central de Mujeres, cuya directiva trató de dar cabida a las necesidades y voces de las mujeres y proveerlas con espacios de organización y actividades propias. La autora señala que posteriormente se crearon grupos asociados a esta organización, que se enfocaron en temas como la salud intercultural y la producción agro-ecológica. La articulación entre mujeres de todo el cantón a través del establecimiento de la Asamblea de la Unidad Cantonal de Cotacachi (AUCC), fue un instrumento innovador de participación local pensado para debatir los problemas que enfrentaban como mujeres, entre ellos el de la violencia familiar.

Barrera resalta en este sentido cómo se logró instalar el Centro de Atención Integral a la Mujer y a la Familia en la ciudad de Cotacachi, para atender y brindar servicios de consultoría a víctimas de violencia. Asimismo señala el primer borrador del reglamento para una buena convivencia titulado “Sumak Kawsaipa Katikamachik”, donde se determinaron claramente los procesos y sanciones a seguir. Este reglamento más tarde fue una guía para las diferentes comunidades, que pudieron adaptarlo a sus propias prácticas. De tal suerte se produjo un nuevo borrador que fue aprobado como ordenanza y estableció políticas y acciones tendientes a prevenir, atender y

erradicar toda forma de violencia por el gobierno municipal, con lo cual el documento adquirió validez para todo el cantón y se garantizó el compromiso del gobierno municipal en su ejecución.

Otra comunidad estudiada en Ecuador fue la de San Francisco de la Rinconada, en el cantón Otavalo de la Provincia de Imbabura. Destaca Barrera que en esta comunidad, gracias a la abogacía de un grupo de mujeres, se creó la Oficina de Orientación Familiar y Asesoría Jurídica, que un año más tarde se convertiría en la Comisaría de la Mujer y la Familia, basando su trabajo en la Ley 103, Ley Contra la Violencia hacia la Mujer y la Familia. Así, en cooperación con la ONG CEAMOS (Centro de Educación y Acción de Mujeres Otavaleñas), se empezaron a organizar eventos de sensibilización de la población y talleres en centros educativos de la ciudad. Por otra parte, una ONG local integrada exclusivamente por personas indígenas, buscó contacto con la comunidad para proponerle trabajar conjuntamente en un proyecto educativo que consistía en la entrega de becas para aumentar la escolaridad y la permanencia en la escuela con el fin de preparar para una mejor vida a las personas.

De igual modo destaca la autora que se estableció un pequeño Centro de Mediación, en el que se atendía a los residentes de la zona en temas como la alimentación o la especificación de los derechos y obligaciones de padres que vivían separados. También se buscó fortalecer la autoestima y las capacidades de las personas, por lo que las mujeres comenzaron a dar charlas de capacitación sobre la gestión de organizaciones locales, buscando una mayor apropiación de sus derechos.

En Perú, Barrera hace el estudio de la comunidad campesina Chacabamba, en la cual se creó el Instituto de Defensa Legal, una red de defensorías comunitarias enfocada principalmente en niños y niñas, que buscó el efectivo cumplimiento de sus derechos a la educación, a la alimentación y a la obligación de cuidado por parte de sus padres. Entre otras funciones de la defensoría, destaca la de tener a su cargo la difusión de nuevos conocimientos sobre derechos y la prevención de futuras violaciones a los mismos, así como también la asesoría para integrantes de la

comunidad en distintos conflictos y asuntos legales, todo lo cual ha generado una disminución de la violencia en los últimos años.

Otra comunidad analizada en Perú es la de Tungasuca, en donde la violencia familiar era una práctica muy generalizada, por lo que se creó una defensoría para buscar la difusión de los derechos y la prevención de futuras violaciones. Así, se produjeron cuñas radiales llamadas “la voz de las defensorías”, que se difundieron en la provincia durante algunos años, con lo que se logró sensibilizar a la población sobre el tema de violencia familiar. La autora describe la formación de una red de defensorías con la Coordinadora Departamental de Defensorías Comunitarias del Cusco (CODECC), encargada de la incidencia política y de la organización de talleres sobre el tema de violencia familiar y el papel de las defensorías ante representantes del sistema jurídico estatal. De esta manera esta institución jugó un rol importante al brindar asesoría legal y facilitar el acceso a la justicia de muchas personas.

En Bolivia se estudia el territorio de Mojos, dividido en tres zonas administrativas, e integrado por 30 comunidades campesinas y centros de poblados. Aquí las mujeres han logrado consolidar su organización propia, y se han ido capacitando sobre distintos temas como los derechos y los deberes de las mujeres, la violencia de género, la participación ciudadana y su incidencia política. En su preocupación por atender los casos de violencia, se ha creado el Servicio Legal Integral Municipal en función de la Ley contra la violencia doméstica, buscando mejorar el bienestar de la población. Asimismo se ha generado un estatuto que trata el tema de género de manera transversal y se ha declarado la paridad en la representación de hombres y mujeres como uno de los derechos que regirán toda la gestión de la futura autonomía, hechos que reflejan varias propuestas de las mujeres.

En Bolivia también, se investiga la comunidad de Tarabuco, en la cual se evidencia un gran contraste

de poder entre hombres y mujeres. La única apertura para la participación de mujeres en asuntos públicos se dio a través de la ocupación de cargos en la propia estructura sindical. Barrera muestra que en esta comunidad la justicia no fue impartida de manera neutral, elemento reforzado por el hecho de que no disponían de una instancia para resolver conflictos, de manera que las mujeres tenían que acudir directamente a la justicia ordinaria. Debido a esta situación, se crea el Centro Juana Azurduy, enfocado en la generación de espacios de formación, diálogo y reflexión sobre temas vinculados a derechos individuales y colectivos, y a la autonomía. El Centro Azurduy organizó talleres para recopilar propuestas de mujeres de base para el Estatuto Autonómico, mediante el cual las mujeres exigieron una representación más equitativa en cargos de administración de justicia, un tratamiento de todos los conflictos que ocurriesen a nivel de la comunidad y una coordinación con la justicia ordinaria en caso de violaciones, violencia y todos aquellos conflictos que no se lograrían resolver a nivel de la comunidad.

A través del presente estudio comparativo, Anna Barrera muestra cómo mediante campañas y capacitaciones, las mujeres indígenas han tomado conciencia de que no sólo son portadoras de derechos colectivos, sino que simultáneamente gozan de derechos como mujeres, entre ellos, el de vivir una vida libre de violencia, derecho consagrado en Convenios Internacionales y Regionales, así como las Constituciones de Estado y leyes a nivel nacional.

En suma, el estudio comentado está dirigido a quienes están interesados en conocer de cerca algunas iniciativas que se han venido realizando en la región andina para mejorar la protección legal de mujeres en caso de violencia familiar en los sistemas jurídicos locales, sin perder de vista las estrategias y actividades para generar cambios en las normas e instituciones. La defensa de los intereses de las mujeres con respecto a su acceso a la justicia seguramente enfrentará más desafíos en el futuro inmediato.



udla.