

Revista ABYA YALA



REVISTA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS NAS AMÉRICAS

VILLA EN LA SILLA PRESIDENCIAL.

GRASOLLA=FOL

- 2 EDITORIAL**
- Rebecca Igreja
Talita Rampin
Maria Teresa Sierra
Fernando Dantas
- 6 HOMENAGEM**
- RODOLFO STAVENHAGEN: intelectual, activista y protagonista de la protección de los derechos de los pueblos indígenas**, por Diego Iturralde, *Ecuador*
- 12 LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE MÉXICO**, por Rodolfo Stavenhagen, *México*
- 36 ARTIGOS /ARTICULOS**
- CENÁRIOS DA CULTURA JURÍDICA DE ABYA YALA: os valores pré-coloniais em institucionalidades emergentes**, Antônio Carlos Wolkmer e Débora Ferrazzo, *Brasil*
- 67 CO-EDUCAR Y CO-ENSEÑAR DERECHOS HUMANOS: algunas propuestas**, por David Sánchez Rubio, *Espanha*
- 108 ESTUDIAR DERECHO HOY: hermenéutica y didáctica**, por Agustín Modesto Grijalva Jiménez, *Ecuador*
- 122 DIVERSIDAD EN LOS MODOS DE GESTIONAR LA CONFLICTIVIDAD: profundizando el derecho al acceso a la justicia**, por Silvina Ramírez, *Argentina*
- 141 ECOLOGICA DE LIBERACIÓN: sobre el reconocimiento y la fundamentación de los derechos de la naturaleza en el nuevo constitucionalismo transformador**, por Alejandro Medici, *Argentina*
- 150 TRANSFORMANDO EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: lecciones desde la experiencia político-jurídica de Cherán, México**, por Orlando Aragón Andrade, *México*
- 174 DISPUTA POR LA DEMOCRACIA EN LOS VALLES CENTRALES DE OAXACA: la consulta previa libre e informada a 16 comunidades zapotecas**, Efrén Orozco López e Juan Carlos Martínez Martínez, *México*
- 211 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 002-09-SAN-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN: del neoconstitucionalismo al nuevo constitucionalismo democrático en Ecuador; una lectura crítica**, por Germana de Oliveira Moraes, *Brasil*
- 232 OS LIMITES NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO DIANTE DE UMA CONJUNTURA DE RETROCESSOS**, por Gladstone Leonel da Silva Junior, *Brasil*
- 245 LUTAS PELA TERRA NO BRASIL: sujeitos, conquistas e direitos territoriais**, Sérgio Sauer e Luís Felipe Perdigão de Castro, *Brasil*

SUMÁRIO

- 273** **ENSAIOS**
REFLEXÕES SOBRE AS COMEMORAÇÕES DO DIA DA MÃE-TERRA NAS NAÇÕES UNIDAS, em 21 de abril de 2017, por Cristiane Derani, *Brasil*
- 278** **RESENHAS**
GÉNERO Y PROCESOS INTERLEGALES, de Victoria Chenaut, resenha de María Teresa Sierra Camacho, *México*
- 287** **ENTREVISTA**
CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917: significações para o Constitucionalismo latino-americano, entrevista com Carlos Frederico Marés de Souza Filho por Manuel Munhoz Caleiro, *Brasil*

CONTRIBUIÇÕES DESDE ABYA-YALA

Rebecca Lemos Igreja,
Doutora em Antropologia,
professora da Universidade de Brasília (UnB),
Brasil,
rebecca.igreja@gmail.com

Talita Rampin,
Doutoranda em Direito UnB,
professora da UFG/Regional Goiás,
Brasil,
talitarampin@gmail.com

María Teresa Sierra,
Doctora en Antropología Social,
profesora y investigadora del Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social,
México,
mtsierrac@hotmail.com

Fernando Dantas,
Doutor em Direito,
professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG),
Brasil

A segunda edição de “*Abya Yala*: revista sobre acesso à justiça e direitos nas Américas” mantém a proposta de nossa revista em constituir um espaço de análise latino-americano sobre os direitos humanos e o acesso à justiça, assim como sobre os

diversos problemas sociais que dificultam e impedem a realização desses direitos. Nesse sentido, são discutidas situações de opressão, dominação e espoliação das quais vários povos do continente são historicamente vítimas.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Especialmente nessa edição, trazemos à discussão algumas perspectivas sobre o constitucionalismo latino-americano. Abrimos a edição fazendo uma dupla homenagem. Uma homenagem aos 100 anos da Constituição Mexicana que nasceu de uma revolução e que foi fonte inspiradora de várias constituições latino-americanas; e uma homenagem ao pensamento do antropólogo e sociólogo Rodolfo Stavenhagen, grande defensor dos direitos humanos dos povos indígenas do continente. Stavenhagen, que acaba de nos deixar em 2016, inspirou e ainda inspira diversas gerações de estudiosos e estudiosas, militantes e profissionais que se dedicam a defesa dos povos indígenas. Para realizar essa dupla homenagem, não há melhor escolha do que a publicação do texto **“La Constitución de Querétaro y los pueblos indígenas de México”** escrito por Stavenhagen, uma vez que reúne os dois temas, a nova Constituição e os direitos dos povos indígenas.

A homenagem à Stavenhagen se completa com o artigo do prof. Diego Iturralde escrito para esse número: **“RODOLFO STAVENHAGEN: intelectual, activista y protagonista de la protección de los derechos de los pueblos indígenas”**. O prof. Iturralde é um renomado antropólogo jurídico e jurista

equatoriano, companheiro fiel de Stavenhagen na luta pelos direitos humanos dos povos indígenas. Por fim, a homenagem à Constituição Mexicana é complementada, para além dos artigos que fazem referência a ela, pela excelente entrevista ao prof. Carlos Marés, jurista reconhecido pela sua luta pelos direitos dos povos indígenas no Brasil, realizada pelo prof. Manuel Caleiro, no fim dessa edição.

A seção de artigos desta edição é composta por dez textos e é fruto da colaboração de pelo menos treze estudiosas e estudiosos da América Latina, oriundas e oriundos da Argentina, do Brasil, do Equador, da Espanha e do México. Todos os trabalhos foram recebidos através da chamada permanente de artigos e passaram pelo sistema duplo cego de avaliação que garante a excelência do periódico.

Um dos maiores desafios no campo dos estudos sobre direitos e justiça nas Américas é a cultura jurídica dominante. Vige, hegemônica, uma cultura jurídica monista, que captura o fenômeno jurídico em práticas instituídas no e pelo Estado-nação. Problematizando essa situação – e para que o fenômeno não seja castrado, condicionado ou reduzido -, a seção de artigos é inaugurada por três textos que

promovem reflexões sobre a cultura jurídica, a educação e o ensino de/em direitos humanos e no/do direito: “Cenários da cultura jurídica de *Abya Yala*: os valores pré-coloniais em institucionalidades emergentes”, de Antônio Carlos Wolkmer e Débora Ferrazzo, ambos do Brasil; “Co-educar y co-enseñar derechos humanos: algunas propuestas”, de David Sánchez Rubio, da Espanha; e “Estudiar derecho hoy: hermenéutica y didáctica”, de Agustín Modesto Grijalva Jiménez, Equador.

Em seguida, os artigos “**Diversidad en los modos de gestionar la conflictividad: profundizando el derecho al acceso a la justicia**”, de Silvina Ramírez, e “**Ecologica de liberación: sobre el reconocimiento y la fundamentación de los derechos de la naturaleza en el nuevo constitucionalismo transformador**”, por Alejandro Medici, ambos da Argentina, apresentam uma nova abordagem ao tema da gestão de conflitos e dos paradigmas de reconhecimento e fundamentação de direitos.

A questão anunciada por Alejandro Medici, sobre o novo constitucionalismo transformador na América Latina, é aprofundada por uma sequência de artigos

que exploram a experiência mexicana: “**Transformando el constitucionalismo transformador: lecciones desde la experiencia político-jurídica de Cherán, México**”, de Orlando Aragón Andrade; e “**Disputa por la democracia en los valles centrales de Oaxaca: la consulta previa libre e informada a 16 comunidades zapotecas**”, de Efrén Orozco López e Juan Carlos Martínez Martínez. No limiar do centenário da Revolução Mexicana e do emblemático ano de 1917, que tanto marca o centenário da Revolução Russa como da promulgação da Constituição Mexicana que inovou na forma de prever direitos sociais, as análises propostas pelos autores mostrase ainda mais pertinente.

Outra análise envolvendo o novo constitucionalismo latino-americano está contida no artigo “**Análisis de la sentencia n°002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional para el período de transición: del neoconstitucionalismo al nuevo constitucionalismo democrático en Ecuador; una lectura crítica**”, de Gemana Moraes. Nele, a autora realiza interessante análise de sentença da Corte Constitucional do Equador, trazendo elementos para problematização dos limites da Constituição de 2008 do país e a possível emergência de um novo modelo

socioambiental e de constitucionalismo democrático na América Latina.

A seção é finalizada com reflexões sobre os desafios da construção e do acesso à justiça e aos direitos, na perspectiva de duas ricas análises sobre a realidade brasileira: “**Os limites no novo constitucionalismo latino-americano diante de uma conjuntura de retrocessos**”, de Gladstone Leonel da Silva Junior; e “**Lutas pela terra no Brasil: sujeitos, conquistas e direitos territoriais**”, de Sérgio Sauer e Luís Felipe Perdigão de Castro, todos do Brasil. São contribuições que, em contextos de desestabilização democrática, ganham importância não só para compreendermos os processos internos no país, mas principalmente, refletir sobre direito e política na atualidade.

Além da seção de artigos, a edição conta com um ensaio da brasileira Cristiane Derani, consistente em “**Reflexões sobre as comemorações do dia da Mãe-Terra nas Nações Unidas, em 21 de abril de 2017**”, e com uma resenha de María Teresa Sierra Camacho sobre a obra “**Género y Procesos Interlegales**”, de Victoria Chenaut.

Por fim, e mais uma vez, agradecemos ao apoio das instituições parceiras, especialmente, o Departamento de Estudos Latino-Americanos da Universidade de Brasília (ELA/UnB), a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD/UFG), a Regional Goiás da UFG e o Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS/México).

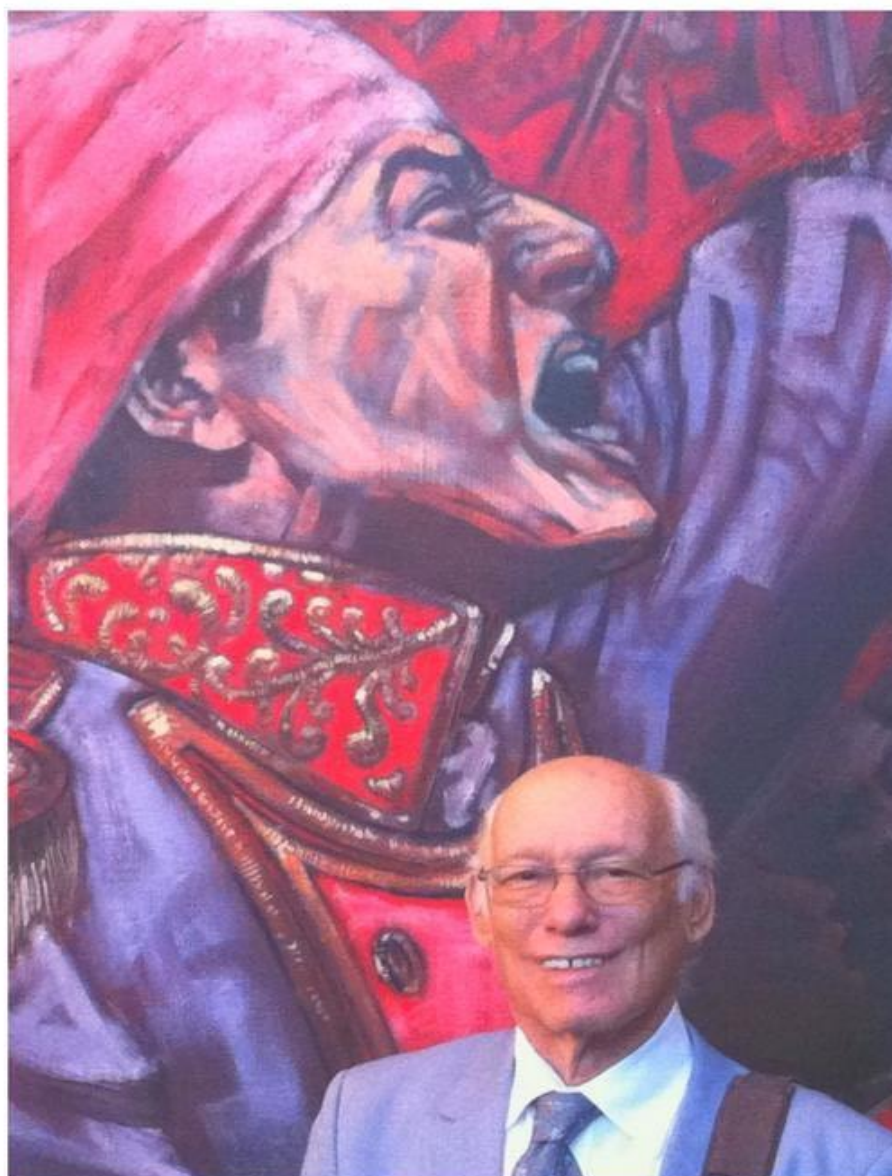
Esperamos, com mais essa edição de Abya Yala, contribuir para a consolidação dos espaços de diálogo e difusão de conhecimentos desde e sobre a América Latina.

Boa leitura!

Homenaje a Rodolfo Satvenhagen

Por Diego A. Iturralde G.

“Al conmemorar la vida de este maestro generoso, colega ejemplar y amigo entrañable, reconozco al iniciador de una tradición de estudios comprometido con una causa que comparto, y celebro haber estado cerca de él en esta dilatada marcha hacia una utopía en la que se juntan la justicia y la democracia para el imperio de la diversidad.”



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

RODOLFO STAVENHAGEN:
**intelectual, activista y protagonista de la protección de los derechos
de los pueblos indígenas**

RODOLFO STAVENHAGEN:
*intellectual, activist and protagonist of the protection of the rights
of indigenous peoples*

Diego A Iturralde G

Discípulo, colega y colaborador de R. Stavenhagen.

Es profesor universitario y se ha desempeñado como funcionario del Instituto Indigenista Interamericano, el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Centro Regional de Cooperación para la Educación de Adultos de América Latina y el Caribe.

Rodolfo Stavenhagen fue, a la misma vez, un pensador que construyó a lo largo de cincuenta años de trabajo académico una comprensión de la cuestión étnico-nacional, en cuyo marco se ha desarrollado la plataforma de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas; un activista que contribuyó significativamente a la emergencia y consolidación de los movimientos indígenas de la región, principalmente mediante su participación

en la formación de cuadros en el campo de los derechos humanos y el fortalecimiento de sus organizaciones; y, un protagonista en la adopción de mecanismos para la protección de los derechos de los pueblos en los ámbitos internacional y nacional, principalmente desde su desempeño como Presidente del Fondo Indígena y Relator de Naciones Unidas.

Esta combinación de roles se corresponde con su planteamiento permanente de la necesidad de articular el trabajo intelectual con la colaboración en las dinámicas políticas de los actores sociales y contribuir al procesamiento de soluciones de largo plazo encaminadas a transformar el campo

de relaciones entre los pueblos y los Estados.

En la academia

La producción intelectual de Rodolfo a lo largo de medio siglo recorre un camino que le lleva a formular una comprensión de la relación entre los pueblos indígenas y los Estados nacionales, enmarcada en las dinámicas económicas y políticas del desarrollo/subdesarrollo del capitalismo y de la instalación/reinstalación de la democracia en los países dependientes. Su pensamiento se nutre de una visión etnográfica amplia, que comprende los pueblos y las formaciones nacionales de África y América Latina, así como referencias de Malasia y de las repúblicas, nacionalidades y territorios de la antigua Unión Soviética. Su entendimiento temprano de la situación de las clases en las sociedades agrarias y de las etnias como parte de las naciones alimentó su postura crítica a la tradición indigenista. El reconocimiento de la conflictividad étnica en los procesos de formación de lo nacional le condujo al campo de los derechos humanos, principalmente desde la perspectiva de la lucha contra las discriminaciones sufridas por las colectividades signadas por su distintividad. El establecimiento de los derechos de los

pueblos indígenas y la posibilidad de su protección en una jurisdicción apropiada culminan su desarrollo intelectual. Ciertamente esta amplitud de miras y de miradas le permitió sobrepasar los linderos del debate de la cuestión indígena en México, importante por supuesto, pero estrechamente enmarcado por las polémicas domésticas del campo institucional y del entorno académico.

La selección de sus textos (1965 – 2012) reunidos por Ursula Oswald (ColMex), en tres volúmenes de la colección *Springer Briefs on Pioneers in Science and Practice* (Heidelberg – New York – Dordrecht – London: Springer-Verlag, 2013), da cuenta de este recorrido del autor desde su percepción crítica del desarrollo - colonial y dependiente – de América Latina, a través de las preocupaciones por los derechos humanos, en particular por la discriminación y sus efectos en la exclusión del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, hasta la formulación de una plataforma de los derechos y las justicias de los pueblos indígenas.

Su pensamiento sobre la cuestión étnica y los derechos de los pueblos indígenas se concreta en una abundante bibliografía que incluye libros de autor, libros compilados bajo su dirección, capítulos en libros, artículos en revistas

especializadas, conferencias, editoriales de prensa y artículos de divulgación. Dentro de esta producción cabe destacar su interés por los estudios comparados llevados adelante en colaboración con numerosos especialistas, discutidos y sistematizados con ellos, y presentados como obras colectivas con menciones expresas de las contribuciones específicas.

Tres investigaciones colaborativas han sido muy importantes en la construcción de la plataforma de derechos indígenas: *Derechos humanos y derecho indígena en América Latina* (ColMex, 1989), *The Ethnic Question: Development, Conflicts and Human Rights* (U de Naciones Unidas, 1990) y *Ethnic Conflicts and the Nation-State* (U. de Stanford, 1995).

En julio de 1987, con ocasión de un encuentro entre abogados del Instituto Nacional Indigenista (INI) y antropólogos de varios centros académicos, convocados por Rodolfo en El Colegio de México, constituimos un grupo de trabajo informal y de larga duración, integrado por investigadores interesados en explorar la problemática del contraste entre la aplicación de las normas legales y las prácticas culturales sobre control social y solución de situaciones de conflicto en regiones indígenas. En los años subsiguientes nos involucramos individual

o colectivamente en investigaciones, seminarios, acciones de capacitación, publicaciones, preparación de proyectos de reforma legal y un sinnúmero de actividades que en general giraron en torno de la problemática normas-prácticas, y cuyos resultados compartimos y discutimos en colectivo.

Cada vez que nos volvimos a juntar encontramos en Rodolfo un extraordinario anfitrión académico, no solamente por las facilidades institucionales que siempre fue capaz de movilizar, sino principalmente por la recepción que dio a nuestras experiencias e inquietudes, combinando muy adecuadamente el plano analítico-académico, con las proyecciones político-sociales de los pueblos como sujetos reales de nuestras narrativas. Con su apoyo tomamos contacto con otros profesionales en México y América Latina, y aprovechamos ocasiones para hablar de estos temas con líderes y profesionales indígenas del continente. Este trecho que varios colegas caminamos con él desde la publicación de la obra colectiva *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina* (Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990), es ahora una amplia avenida en la que caben una especialidad transdisciplinaria —la Antropología

Jurídica— y una amplia red interprofesional con alcance regional, que conecta a académicos, activistas y protagonistas de la vida del derecho de los pueblos indígenas, tres etiquetas que él supo portar con inteligencia y dignidad.

En la sociedad civil

El profesor Stavenhagen colaboró con numerosas organizaciones civiles, locales e internacionales, relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos, en cuyos directorios tuvo destacadas actuaciones. Así también apoyó a organizaciones de pueblos y comunidades indígenas de todas las latitudes, tipos y dimensiones, siendo sus contribuciones más destacadas las relacionadas con la formación de cuadros en materia de derechos humanos y de derechos indígenas y el acompañamiento solidario para su movilizaciones y en procesos de diálogo y concertación con agencias gubernamentales e internacionales.

Recuerdo especialmente su actuación en el Noveno Congreso Indigenista Interamericano, realizado en Santa Fe, Nuevo México, entre octubre y noviembre de 1985, donde él fue expositor y orientador de los debates sobre el tema central del evento intergubernamental y del Foro de los Pueblos Indígenas que se

desarrolló en paralelo: *Derechos Humanos y Pueblos Indios*, con la participación adicional de Guillermo Bonfil y Augusto Willemsem Díaz. Este foro resultó ciertamente más interesante y aportó más conclusiones que el conclave intergubernamental; en su seno se dio un intenso y controvertido debate entre dirigentes indígenas de toda América sobre derechos, autonomía y cultura, y una fuerte negociación de los textos de las resoluciones que fueron propuestas a las delegaciones de los gobiernos. Fue probablemente el primer paso de un largo camino, que ya cumplió más de treinta años de recorrido, en la construcción de una pedagogía para abordar la compleja relación entre la doctrina universal de los derechos humanos y la plataforma, entonces incipiente, de los derechos específicos de los pueblos indígenas.

Pocos años después, siendo Presidente de la Academia Mexicana de Derechos Humanos impulsó, con el auspicio del Instituto Indigenista Interamericano y otras organizaciones internacionales, los primeros cursos sobre derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas para dirigentes de México y Centroamérica (Pátzcuaro, Atlixco y la Trinidad), y para dirigentes de los países de los Andes y la Cuenca Amazónica (La Paz y Quito), lo mismo que

algunas reuniones regionales de consulta sobre el proyecto, en curso de preparación, del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Como vicepresidente y miembro del directorio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos promovió la inclusión del tema en los cursos anuales de esta institución, en los que se entrenaron varias generaciones de activistas y funcionarios de la región, y organizó conversaciones y proyectos de documentación sobre temas de derechos y justicias indígenas en San José - Costa Rica, con abogados y antropólogos indígenas y no indígenas, y con funcionarios y jueces de la Comisión y la Corte Interamericana.

Las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones indígenas contaron con él como un activista comprometido, solidario y generoso. Siempre dispuesto a acompañar sus esfuerzos a favor de la formación de capacidades para los propósitos colectivos.

En el servicio público

Rodolfo Stavenhagen tuvo una destacada actuación en el servicio público en México y en varios organismos internacionales. Conforme su propio testimonio (*Etnografía Activista, mi experiencia en la ONU*, 2015) esto le condujo, desde muy temprano, a optar por

el ejercicio de las ciencias sociales – y particularmente de la antropología – como disciplinas aplicadas, y a tomar partido por los intereses de los sujetos con quienes trabajaba. Sus experiencias en programas de intervención en comunidades campesinas e indígenas – como en los grandes proyectos de las cuencas de los ríos Papaloapan y del Balsas – le llevaron a cultivar una actitud crítica sobre la práctica del desarrollo, y a buscar formulas que pudieran mitigar sus impactos sobre las culturas y sobre los derechos. Su posición ante la institucionalidad pública – aun desde adentro de ella – se caracterizó por su alineamiento con los sectores menos favorecidos. Su voz fue siempre protagonista de la defensa de los intereses y los derechos de los “usuarios”.

En el campo internacional cabe recordar, entre muchas experiencias, su desempeño como Presidente del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe, un organismo internacional sui generis integrado de modo paritario por los gobiernos y las organizaciones indígenas de los países de la región, gobernado por una Asamblea y un Consejo Directivo, formados por representantes de los dos sectores con un amplio frente de relaciones con agencias de cooperación de países desarrollados y con varios organismos internacionales de

desarrollo y financiamiento. A partir de una comprensión cabal de las distancias y las complementariedades entre los roles de la Presidencia residenciada en México y de la Secretaría Técnica establecida en Bolivia, Rodolfo contribuyó a construir una gobernanza institucional eficaz, pero sutil como un tejido tradicional indígena. Fue un colaborador extraordinario del proyecto, un soporte para la gestión ejecutiva, pero principalmente un guardián de los principios fundacionales basados en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a ser los protagonistas de sus propios esfuerzos para la construcción del buen vivir, en el marco de una sociedad multidiversa y pluricultural, en la cual debían interactuar desde adversidades históricamente acumuladas.

Tuve la oportunidad de acompañarle a las visitas que realizó como Relator Especial a los países de la región y colaborar con mis notas de campo en la integración de sus informes. Caminamos entonces, a pie o en helicópteros, solos o acompañados, bajo presión o con mucha independencia, los caminos de los indios de México en su muy amplia geografía, los de las aldeas maltratadas de Guatemala, las plazas donde resuenan las vibrantes concentraciones de las nacionalidades indígenas de Ecuador, el sur profundo de los Mapuche y el norte mineral y Aimara de

Chile, el altiplano de los pueblos originarios y las tierras bajas de los indígenas bolivianos, y las luminosas cordilleras y profundas selvas de la Colombia indígena. También mantuvimos, en todos los países, entrevistas cordiales pero serias con las más altas autoridades, los parlamentarios y los dirigentes políticos. Visitamos a grupos de académicos y especialistas del campo civil con los que Rodolfo ensayó sus primeras interpretaciones sobre lo visto y escuchado. Tomamos notas, escuchamos grabaciones magnetofónicas, intercambiamos impresiones y planeamos la agenda de cada día. Tuve el gusto de conocer y comentar con anticipación sus proyectos de informes, y me honró mucho ser mencionado en ellos como su colega. Su papel como Relator fue el de un protagonista, de muy alto rango, para asegurar el reconocimiento y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en los foros internacionales y en los escenarios nacionales.

LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE MÉXICO

THE QUERETARO CONSTITUTION AND THE INDIGENOUS PEOPLES OF MEXICO

Rodolfo Stavenhagen

**Doctor en Filosofía del Derecho El Colegio de México
México**

*Este texto fue publicado originalmente en la obra Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 3: Estudios económicos y sociales, en 2017, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. III UNAM - IBD, pp. 357 - 375. (ISBN del tomo: 978 607 02 8673 5). Se reproduce el artículo con permiso del III-UNAM y de Elia Stavenhagen, viuda del Dr. Rodolfo Stavenhagen.

1. DE LA INDEPENDENCIA A LA CONSTITUCIÓN DE 1857

Los debates sobre la naturaleza de las constituciones políticas son tan antiguos como los estados soberanos. En la historia europea comenzaron a tomar cuerpo después de la paz de Westfalia (1648) que dio término a la guerra de treinta años entre las dinastías rivales que se disputaban la soberanía en aquellos años. De esos acuerdos nació la concepción del estado nacional con todas sus atribuciones. Con el tiempo se difundió la idea que la soberanía ya no pertenecía a los reyes y emperadores, ni mucho menos al papado romano, sino a

los pueblos, innovación que fue institucionalizada por la Revolución Francesa así como la independencia de los Estados Unidos. México heredó de estas fuentes, por vía de la Constitución de Cádiz de 1812 (de corta vigencia en España), las principales ideas políticas que fueron incorporadas a sus diversos textos constitucionales.

La de Cádiz proclamaba la igualdad entre españoles y americanos, visión que sólo se mantuvo durante pocos años, pero en realidad los “americanos” reconocidos eran solamente los criollos representados en las Cortes de Cádiz. Esta restricción del término “americanos” al estrato limitado de



los criollos se extendió posteriormente a los documentos generados por los movimientos de independencia en las colonias americanas de España.

Aunque en el siglo diecinueve mucho se habló de las condiciones cercanas a la esclavitud que sufrían los peones de las haciendas en aquella época no hubo reglamentación sobre el tema y salvo ocasionales referencias a los pueblos y comunidades de indios, ni la Constitución de 1857 ni la legislación posterior se ocupó de ellos, es decir ni los liberales ni los conservadores quisieron reconocer el magno problema económico y social en gestación que estallaría medio siglo más tarde.

Las crecientes contradicciones que generó el largo periodo de la dictadura porfiriana tuvieron como su foco central la problemática del México rural. Hacia fines del siglo diecinueve se multiplicó la literatura que dirigía críticas sociales y políticas cada vez más agudas a la estructura de la propiedad agraria, la creciente polarización social, la profunda pobreza de la gran mayoría de la población campesina y el corrosivo descontento que se hacía sentir en el campo.

2. LOS INDIOS EN EL PORFIRIATO

El mal llamado “problema indígena” fue discutido por políticos e intelectuales. Para la mayoría de estos hombres públicos los indígenas habrían de desaparecer debido a que su existencia era considerada un lastre para el país y un obstáculo a su modernización y progreso. La respuesta que se daba era que los indios debían integrarse lo más rápidamente posible a la sociedad dominante. En términos étnicos, eso significaba que se transformarían en mestizos, y el ejemplo emblemático era, por supuesto, la figura del presidente Benito Juárez.

Hacia fines de siglo algunas voces sensatas aconsejaban ampliar la responsabilidad del Estado en materia de educación con el objeto de proporcionar a la niñez indígena la posibilidad de asistir a la escuela para poder integrarse mejor a la sociedad nacional. Nace así la política indigenista que durante el siglo veinte sería la tónica dominante en el discurso oficial. A los estudiosos que participaban en los asuntos públicos les animaba generalmente un fuerte sentimiento nacionalista y estaban convencidos que solamente una población culturalmente unificada podía terminar de construir una nación fuerte capaz de enfrentarse a las potencias extranjeras y de erigir las instituciones que el país necesitaba. Durante el Porfiriato, escribe el

historiador Enrique Florescano, “el proyecto de nación excluyó a los indígenas de sus filas y el Estado les declaró una guerra sin cuartel.”¹

3. AGRARISMO Y ESBOZO DE UNA POLÍTICA INDIGENISTA

Una vez iniciado el proceso revolucionario en 1910 se intensificaron las presiones para modificar la Constitución Política de 1857 y este proceso culminó con la adopción de la Constitución de 1917 en Querétaro. Los debates más polémicos se dieron desde el principio en torno al artículo 27 referido a la propiedad de la tierra y los recursos naturales. Fue en este contexto que también surgieron las controversias sobre la población indígena, que aún no han desaparecido del debate político en el país. Esta Carta Magna fue reformada en más de 200 ocasiones según los especialistas en la materia, y si se compara el texto original con la última versión las diferencias son considerables. Tan es así que a lo largo de los últimos años se han alzado numerosas voces autorizadas proponiendo que la nación convoque a una nueva Asamblea Constituyente para redactar una nueva Constitución más acorde a las necesidades de la época actual. Ciertamente, la última

versión contiene modificaciones que se refieren a los pueblos indígenas, tema que no apareció en la versión original.

En 1916 el Presidente Carranza convocó a un nuevo Congreso Constituyente. Entre los puntos tratados destacó la discusión, en comisión, del artículo constitucional sobre los derechos de los obreros. Aunque algunos diputados se refirieron a la lamentable situación de los peones del campo, la comisión dictaminadora no pareció conceder mucha importancia a los indígenas.

En la redacción y aprobación final de lo que sería el artículo 123 de la nueva Constitución, el diputado constituyente Pastor Rouaix, quien participó en estas discusiones, dice en sus memorias, publicadas algunas décadas más tarde, que las normas protectoras de los trabajadores agrícolas no habían sido implementadas en la realidad.²

La misma comisión del Congreso que aprobó un proyecto del artículo 123, propuso el siguiente párrafo en el Artículo 27: “Los ejidos de los pueblos, ya sea que los hubieren conservado posteriormente a la ley de desamortización, ya sea que se les restituyan o que se les den nuevos... se disfrutarán en común por sus habitantes,

¹ Florescano, Enrique, *Etnia, estado y nación*, México, Aguilar, 1997

² Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Puebla, 1945.

entretanto se reparten conforme a la ley que al efecto se expida.”

Si bien no hay mención expresa de las poblaciones indígenas, la referencia a “los ejidos de los pueblos” apunta evidentemente a las comunidades indígenas que aún poseían terrenos comunales o necesitaban su restitución. De esto se ocupó posteriormente la reforma agraria. El tema que más encendió los ánimos de los diputados en este Congreso fue el de la propiedad originaria de las tierras que correspondía solamente a la Nación la cual puede transmitir el dominio directo a los particulares³. La versión definitiva del artículo 27 quedó de esta manera en cuanto al tema que nos ocupa: “Los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas....”⁴

El apartado VI señala: “Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común de las tierras, bosques y aguas que les pertenezca, o que se les hayan restituido y restituyeren...”⁵ Pastor Rouaix, uno de los

artífices del Artículo 27 constitucional, concluye un cuarto de siglo más tarde: “El primer puesto en el mejoramiento general de la situación económica y social del conglomerado mexicano, lo ocupa el antiguo peonaje asalariado de las fincas rústicas, que en su mayor parte, ha dejado para siempre su posición de siervo humilde y humillado, para transformarse en dueño de una parcela de tierra, en la que ha formado su hogar, levantado una casa y encontrado un refugio.”⁶

Es preciso recordar que los antecedentes inmediatos del original artículo 27 constitucional se encuentran en La Ley Agraria del 6 de enero de 1915, decretada por el presidente según el nuevo artículo ahora Carranza, en la cual se afirma “que privados los pueblos indígenas de las tierras, aguas y montes que el gobierno colonial les concedió, así como también las congregaciones y comunidades de sus terrenos indivisos, y concentrada la propiedad rural del resto del país en pocas manos, no ha quedado a la gran masa de la población de los campos otro recurso para proporcionarse lo necesario a su vida, que alquilar a vil precio su trabajo a los poderosos terratenientes, trayendo esto como resultado inevitable, el estado de la miseria, abyección y esclavitud de hecho en

³ *Ibíd.* capítulo 5.

⁴ *Ibíd.* p. 200.

⁵ *Ibíd.* p. 202.

⁶ *Ibíd.* p. 225.

que esa enorme cantidad de trabajadores ha vivido y vive todavía...”⁷

El reparto agrario comenzó a tientas y con dificultades. Era obvio que la simple entrega de la tierra no bastaba para satisfacer la demanda campesina; era preciso también impulsar el riego agrícola, la tecnificación de la agricultura, proporcionar crédito agrícola y construir escuelas rurales. La década de los veinte demostró a los gobernantes la enormidad de la tarea. El presidente Plutarco Elías Calles hablaba de la reforma agraria integral, pero al término de su mandato confesó que deseaba “terminar el reparto, indemnizar a los propietarios y formar una clase de pequeños propietarios modernos.”⁸ A esas alturas, los pueblos indígenas apenas habían sido tocados por la política agraria y agrícola del régimen revolucionario, salvo en algunas regiones en que se hicieron repartos, adelantándose a la legislación federal. Fue la década en que estalló la violencia antiagraria en varios estados y durante la cual comenzó a extenderse la corrupción entre gobernantes, hacendados y líderes campesinos, que habría de caracterizar a la reforma agraria en décadas subsiguientes.

⁷ Ibid. p. 280.

⁸ Krauze, Enrique, *La reconstrucción económica, Historia de la Revolución Mexicana, período 1924-1928*, et.al., Serie Historia de la Revolución

A raíz de la Constitución de 1917, comenzó el largo proceso de la reforma agraria, oficialmente cancelada mediante la reforma constitucional de 1992, pero cuyo ímpetu original se agotaría en la década de los años cuarenta. La reforma agraria acabaría por dismantelar el régimen latifundista hacendario que caracterizó al Porfiriato, y su programa de restitución y dotación de tierras benefició a más de tres millones de campesinos sin tierras a lo largo de siete décadas. La mayoría de esos campesinos fueron probablemente indígenas, sobre todo durante las primeras décadas. Sin embargo, por las razones expuestas del nacionalismo cultural, no aparecen bajo la categoría de indígenas ni en el artículo 27 constitucional ni en las leyes agrarias posteriores.

La restitución de tierras a los pueblos y comunidades que las perdieron durante el siglo diecinueve benefició sin duda a numerosos pueblos y comunidades indígenas, a tal grado que el concepto mismo de “restitución” agraria a comunidades expresa la voluntad política del constituyente de compensar a la población indígena por las injusticias y los despojos sufridos a lo largo del siglo anterior. La “dotación de ejidos” a núcleos

Mexicana, vol. 10, México, El Colegio de México, 1977, p. 111.

de población que no pudieron documentar estos despojos, y que estaba constituida sobre todo por peones de haciendas, también benefició principalmente a población indígena aunque no fuera reconocida como tal. Por otra parte, la constitución de “colonias agrícolas” y de la pequeña propiedad privada rústica, sobre todo en el norte del país, tuvo por objeto a la población de rancheros y pequeños agricultores independientes, en gran medida mestizos y no perteneciente a alguna comunidad indígena, aunque tampoco los excluía.

José Ramón Cossío apunta: “El modelo constitucional derivado de la Constitución de 1917 respecto de los indígenas los reconoció, por un lado, como sujetos integrantes de la nación mexicana y por ello con iguales derechos y obligaciones al resto de la población y, por el otro lado, su único reconocimiento fue con motivo de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional: en términos de este artículo, los indígenas no fueron reconocidos propiamente como tales, sino como uno más de los sujetos del derecho agrario.”⁹

En materia agraria, la redistribución de la tierra recibió un impulso en la década de los treinta con la restitución de tierras, el reconocimiento de terrenos comunales, la

dotación de ejidos y de nuevos poblados y el acceso de millares de campesinos a la pequeña propiedad privada, entre los cuales se encontraban decenas de miles de familias indígenas. El impulso cedió ante los intereses de los grandes terratenientes, conocidos como neolatifundistas, a partir de los años cuarenta. El ciclo de la reforma agraria en el que pudieron participar los indígenas se cerró, la tierra agrícola disponible se redujo considerablemente, la presión demográfica se incrementó así como también aumentaron las presiones sobre los recursos forestales y acuíferos. Salvo algunos casos de promoción de núcleos de colonización en el sureste, en la que lograron incorporarse miembros de comunidades indígenas, en la segunda mitad del siglo pasado se había llegado a los límites de la frontera agrícola, cuando menos en cuanto a sus posibilidades para los pueblos indígenas. El artículo 27 de la Constitución ya no podía ser garantía para su desarrollo y bienestar; el potencial agrario tal como fue planteado en los debates de Querétaro se había terminado.

4. EL INDIGENISMO INSTITUCIONALIZADO.

⁹ Cossío, José Ramón, Problemas del derecho indígena en México, México, CNDH, 2002.

La política indigenista tomó otros rumbos; la situación de las poblaciones indígenas no vuelve a aparecer en los debates constitucionales sino hasta la década de los noventa del siglo XX.

Esto no significa que los poderes públicos hubieran ignorado lo que durante largos años fue descrito como “el problema indígena.” Por el contrario, los gobiernos post- revolucionarios se ocuparon de esta problemática de varias maneras y a través múltiples políticas públicas cuyo objetivo siempre fue fomentar el desarrollo y bienestar de estas poblaciones en el conjunto nacional.

Cierto es que la Revolución en sus diversas etapas y vertientes reivindica los derechos agrarios de las comunidades indígenas pero no su cultura, salvo para integrarla a pedazos fragmentados al patrimonio de la cultura nacional. Como reconocían muchos observadores, se enalteció al indio muerto y se despreció al indio vivo. Así como la lucha por la independencia, un siglo antes, benefició a los criollos mas no a los indígenas, así también la Revolución Mexicana a final de cuentas benefició más a la burguesía nacional (en su gran mayoría criolla y mestiza) que a la población indígena. Para los pueblos indígenas, conquistar la plena

ciudadanía en su propio país ha sido una carrera de obstáculos.

Fue Andrés Molina Enríquez, conocido intelectual y político durante fines del porfiriato y en la época revolucionaria, y miembro del Congreso de Querétaro, quien desarrolló un recio argumento a favor de México como país mestizo y descartó la presencia indígena en la conformación de la nación mexicana moderna y contemporánea.¹⁰ Después, la “mestizofilia” sería retomada por José Vasconcelos con su conocido planteamiento sobre la “raza cósmica.” En términos más prácticos, Manuel Gamio, recién retornado de sus estudios de antropología en Estados Unidos, formó una Dirección de Antropología en la Secretaría de Agricultura y promovió el ya clásico estudio regional sobre la población del valle de Teotihuacan (1922). En 1916 publicó Forjando Patria, un llamamiento para una política de estado encaminada al desarrollo de la población india del país. Gamio también planteó contundentemente la necesidad del mestizaje para reducir la brecha entre esta y el resto de la población: “fusión de razas, convergencia y fusión de manifestaciones culturales, unificación lingüística y equilibrio económico de los elementos sociales... deben caracterizar a la

¹⁰ Kourí, Emilio (coordinador), En busca de Molina Enríquez. Cien años de Los grandes problemas

nacionales, México, El Colegio de México (Jornadas 156), 2009.

población mexicana, para que ésta constituya y encarne una Patria poderosa y una Nacionalidad coherente y definida.”¹¹ Los planteamientos de Manuel Gamio inspiraron y orientaron los posteriores esfuerzos de los gobiernos de la Revolución a favor de los pueblos indígenas, enfocados sobre todo en las políticas sociales y educativas.

5. IMPULSO A LA EDUCACIÓN RURAL

A lo largo de la década de los veinte hubo ensayos de política pública para atender a la población indígena. El presidente Obregón creó el Departamento de Educación y Cultura para la Raza Indígena en la Secretaría de Educación Pública en 1921, que después se llamaría simplemente Departamento de Educación y Cultura Indígena. Acto seguido su labor consistió en la localización de los núcleos indígenas, el estudio de las condiciones económicas de los mismos, “una clase de cultura” a los indígenas (sic), y el estudio de las industrias nativas, modo de fomentarlas y perfeccionarlas. A fines de 1924 existían más de mil escuelas rurales en los estados

¹¹ Gamio, Manuel, *Forjando Patria*, México, Editorial Porrúa, 1960 [1916], p. 183; y *Consideraciones: sobre el problema indígena*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1966.

de la República, servidas por 1,146 maestros, con una concurrencia de 65,300 alumnos. En 1925, se fundieron las distintas escuelas federales de las comunidades rurales en el nuevo Departamento de Escuelas Rurales de Incorporación Cultural Indígena.

En ese mismo año comenzaron a funcionar las misiones culturales para la educación rural, una especie de escuelas rurales ambulantes, que tenían por propósito original el de preparar, adecuada y eficazmente, a los profesores de enseñanza rural, proporcionándoles los conocimientos necesarios en relación a la zona y las necesidades de la comunidad¹². Sin embargo, a la larga su impacto sobre las condiciones de vida de las comunidades indígenas fue mínimo.

Entre las ranuras de un ambiente político y agrario incierto, algunas voces intrépidas optaron por la educación rural e indígena, notablemente la pionera labor realizada por el maestro Moisés Sáenz quien fue subsecretario de educación en 1925. Sáenz y sus maestros consideraban su tarea como un evangelio nacionalista, pero posteriormente el propio Moisés

¹² Santiago Sierra, Augusto, *Las misiones culturales (1923-1973)*, México, Secretaría de Educación Pública, 1973.

Sáenz reconoció el fracaso de su generoso intento educativo.¹³

Sin embargo, el impulso a la educación indígena no cesó. La Casa del Estudiante Indígena, empresa redentora y maravilloso experimento sicológico social, como la llamaron sus creadores, se estableció en 1925 y sobrevivió hasta 1932. Su propósito inicial fue reunir en la capital indios “puros” para someterlos a la vida civilizada moderna “transformando su mentalidad, tendencias y costumbres.” Su éxito fue tal que los egresados de la Casa decidieron buscar fortuna en la capital en vez de volver a sus comunidades para ayudar a sus congéneres. En 1933 fue clausurada la Casa, y en su lugar fueron creados en distintas regiones varios internados indígenas¹⁴.

Hacia fines de la década de los veinte se acentuaron los conflictos políticos entre los llamados “veteranos” de la Revolución y los “agraristas” y fue frenado el impulso de la reforma agraria. Con el apoyo oficial a la “pequeña propiedad” y la parcelación de los ejidos ya establecidos, se frustraron los anhelos de muchas comunidades indígenas a la vez que

disminuyó el ritmo de reparto de tierras a los redentora. La Casa del Estudiante Indígena”, en Revista Historia Mexicana, Vol. XLVI, Núm. 1, julio- septiembre, 1996; Aguirre Beltrán, Gonzalo, Teoría y práctica de la educación indígena, México, Secretaría de Educación Pública, SepSetentas, 1976.

campesinos. Como consecuencia creció el número de jornaleros agrícolas y comenzaron a manifestarse las migraciones del campo a las ciudades y a Estados Unidos.¹⁵

Desde la década de los treinta, la SEP creó un espacio para la educación indígena en sus programas. Entre los pedagogos y lingüistas se discutía acerca de las ventajas y desventajas de la alfabetización directa en español o la alfabetización en lenguas indígenas. Fueron numerosos los comités, comisiones, departamentos y direcciones creados para ocuparse de la educación indígena. El marco de referencia ya no era el artículo 27 de la Constitución sino el artículo tercero, sobre educación.

En 1948 el gobierno creó el Instituto Nacional Indigenista cuyo primer director,

¹³ Aguirre Beltrán, Gonzalo, Antología de Moisés Sáenz, México, Editorial Oasis, 1970.

¹⁴ Loyo, Engracia, “La empresa redentora. La Casa del Estudiante Indígena”, en Revista Historia Mexicana, Vol. XLVI, Núm. 1, julio- septiembre, 1996; Aguirre Beltrán, Gonzalo, Teoría y práctica de la educación indígena, México,

Secretaría de Educación Pública, SepSetentas, 1976.

¹⁵ Meyer, Lorenzo, El conflicto social y los gobiernos del maximato, Historia de la Revolución Mexicana 1928-1934, vol. 13, México, D.F., El Colegio de México, 1978.

Alfonso Caso, trazó las grandes líneas del indigenismo institucional de la época del “nacionalismo revolucionario.” El indigenismo, decía Caso, era una política pública que tiene por objeto la integración de las comunidades indígenas en la vida económica, social y política de la nación.¹⁶ Su principal teórico, Gonzalo Aguirre Beltrán, afirmaba que la finalidad última del indigenismo es la formación de una nación a partir de la pluralidad de grupos étnicos establecidos en el territorio que constituye la base material del Estado y el indigenista tenía puesto su interés en la nación como una globalidad y no en el indio como una particularidad.¹⁷

A través de sus centros coordinadores en las principales regiones indígenas del país, el INI se propuso atender las necesidades de las comunidades indígenas en materia de educación, salud y promoción económica incluyendo pequeñas obras de infraestructura. El indigenismo fue desde el principio una política del estado mexicano, diseñada y llevada a cabo por intelectuales mestizos en beneficio de los indígenas pero sin la participación de estos. Un experimento de ingeniería social, concepto muy de moda en las ciencias sociales en los años cincuenta.

¹⁶ Caso, Alfonso, Los centros coordinadores indigenistas, México, Instituto Nacional Indigenista, 1962.

Sus mayores logros se obtuvieron en el área de la educación bilingüe, restringida al nivel de las escuelas primarias y los albergues escolares. También influyó en ampliar la red de servicios de salud a comunidades indígenas carentes de estos servicios; y en la promoción de pequeños proyectos económicos rurales con el objeto de crear oportunidades de ocupación productiva para la población y aumentar su poder de compra y sus niveles de consumo.

Junto con la alfabetización se hizo necesaria una política de castellanización. Los lingüistas y pedagogos se reunían para discutir las metodologías más adecuadas. Algunos optaban por la enseñanza directa en español a los niños indígenas desde los primeros años de la escuela primaria. Otros, observando los fracasos anteriores, proponían un avance educativo en dos etapas: primero la alfabetización en lengua indígena y sólo posteriormente el paso a la instrucción en lengua castellana, la lengua nacional del país según la Constitución. Había argumentos didácticos, lingüísticos y psicológicos para ambas posturas.

Después de varias décadas de debate sociolingüístico, se estableció a nivel federal la educación indígena bilingüe en los años sesenta. En 1978 se crea el

¹⁷ Aguirre Beltrán, Gonzalo, Obra polémica, México, Sep-Inah., 1976, p. 53, 67

subsistema de educación indígena con las escuelas indígenas bilingües a cargo de la Dirección General de Educación Indígena en la SEP. Esto implicaba alfabetizar a los escolares en sus lenguas maternas indígenas y enseñar el castellano posteriormente. Para ello se requerían cartillas y materiales didácticos en lenguas indígenas, maestros entrenados que pudieran impartir materias en sus propias lenguas y métodos adecuados para la enseñanza de un currículo nacional en situaciones de diversidad cultural y contextos sociales disímiles. Esta problemática no logró resolverse en el siglo XX, y sigue siendo un desafío en el siglo veintiuno.

La identificación de la población indígena en el país es objeto de debates y controversias, un tema no resuelto. Habiendo sido descartado desde hace décadas el criterio biológico o racial, la antropología mexicana se inclinó tempranamente por los indicadores culturales. De estos, el que ha prevalecido es el lingüístico. Los

estudios antropológicos también acuñaron el concepto de “comunidad” y “pueblo” como unidad territorial, social, cultural y a veces económica, para distinguir a la población rural indígena de la de los

ranchos y asentamientos de campesinos no indígenas. La diferenciación étnica de la población se entrelazó con la terminología agraria de la Constitución del 17 y en las leyes de la materia, creando confusiones semánticas y conceptuales que subsisten en las ciencias sociales y en el derecho hasta la actualidad.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, ya en 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señalaba que los indígenas mexicanos estaban en situación de desigualdad relativa frente al resto de la población, en cuanto al goce de servicios del Estado, sufriendo en muchas zonas condiciones deplorables de empobrecimiento, acceso a servicios sociales y salud.¹⁸

A lo largo de la mayor parte del siglo XX las políticas indigenistas del estado mexicano prácticamente carecían de sustento constitucional. Los programas mencionados en los párrafos anteriores no derivan de un principio de constitucionalidad sino de la interpretación que diferentes gobiernos solían hacer de las normas básicas que se encontraban en los artículos tercero y veintisiete originales de la Constitución de 1917, sustentadas por los principios filosóficos del “nacionalismo revolucionario.”

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1,

1998

6. LA VISIÓN ALTERNATIVA

Contra la visión oficial del indigenismo comenzaron a alzarse voces de algunos antropólogos jóvenes y de un creciente número de profesionistas y líderes indígenas, muchos de los cuales habían salido de las filas del propio Instituto Nacional Indigenista. Las nuevas demandas de los pueblos indígenas se expresaron en distintos congresos nacionales e internacionales y en la formación de asociaciones y movimientos diversos.

En el ámbito mundial los pueblos indígenas de diversos países se estaban moviendo ante sendas organizaciones internacionales exigiendo que sus demandas fueran escuchadas y sus derechos humanos reconocidos por las instancias correspondientes. La Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 169 sobre poblaciones indígenas y tribales en 1989, que México ratificó en 1990.

Entre otros puntos, el Convenio 169 establece la obligación de los estados de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” La ratificación por México de este Convenio fue uno de los antecedentes de la reforma

constitucional de 1992. (véase más adelante)

7. LA REFORMA DEL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL EN 1992

Conforme se acercaba la fecha del quinto centenario del llamado “descubrimiento de América”, ahora rebautizado “Encuentro de dos mundos,” que dio lugar a que algunos organismos internacionales y los gobiernos de los países iberoamericanos se dieran a la tarea de organizar eventos conmemorativos, la presión de las organizaciones indígenas, que se opusieron masivamente a que se celebrara el infausto comienzo de la “invasión europea,” se hizo más intensa. Respondiendo a este espíritu, el gobierno de Salinas de Gortari promovió en 1992 una reforma al artículo 4º constitucional, que ahora rezaba así: “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus

prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.”

Si bien era la primera vez que la constitución reconocía a los indígenas como pueblos, el flamante artículo 4º no mencionaba sus derechos humanos. Pero durante nueve años, hasta su derogación, prácticamente fue ignorado y no se le dio ningún seguimiento efectivo ni fueron redactadas las leyes a que hace referencia.

8. LOS PUEBLOS INDÍGENAS SE ORGANIZAN

El Congreso Indígena organizado en 1974 por el gobierno de Chiapas y la diócesis de San Cristóbal las Casas para hacer frente a las crecientes demandas y conflictividad en zonas indígenas por los cambios socio- económicos en la región, impulsó el desarrollo de un nuevo lenguaje de derechos humanos entre las organizaciones indígenas que se iban formando en el país. El gobierno del presidente Echeverría organizó un Congreso Nacional de Pueblos Indígenas en 1975 del cual surgió el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas (CNPI) compuesto de varias organizaciones que fueron pronto rebasadas por los movimientos de base.

¹⁹ Leyva Solano, Xóchitl y Gabriel Ascencio Franco, *Lacandonia al filo del agua*, México, CIESAS y Fondo de Cultura Económica, 1996, Legorreta Díaz, María del Carmen, *Religión, política y guerrilla en Las Cañadas de la Selva Lacandona*, México, Cal y arena, 1998, Estrada

A partir de los setentas numerosas organizaciones comenzaron a competir por adeptos y esferas de influencia, produciéndose a la vez la amalgamación de algunas y la división de otras. A la influencia de los catequistas de la llamada “teología india” se agregó la de los asesores maoístas de algunas organizaciones políticas radicales del centro de la República, el proselitismo de grupos evangélicos protestantes, los programas de los partidos políticos activos en el estado, así como los intereses de diversas instancias de gobierno. Con el tiempo, la unidad que se había logrado forjar en la lucha indígena se quebrantó por divisiones y conflictos internos así como por los éxitos de la estrategia gubernamental orientada a desmantelar, manipular y cooptar a las organizaciones independientes.¹⁹

La demanda indígena se amplió durante los años noventa, a través de múltiples actividades de las organizaciones civiles, a las que se agregó el considerable impacto que tuvo a nivel nacional e internacional el levantamiento a principios de 1994 del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas²⁰. Después de algunos

Saavedra, Marco, *La comunidad armada rebelde y el EZLN*, México, El Colegio de México, 2007.

²⁰ La literatura sobre este movimiento es considerable. Baste citar, entre muchas otras valiosas contribuciones Shannan L., Mattiace, Hernández, Rosalva Aída y Rus, Jan (editores),

días de enfrentamientos violentos, el gobierno federal y los zapatistas acordaron un cese del fuego que fue seguido de varios meses de negociaciones. A principios de 1996 se firmó el Acuerdo de San Andrés Larrainzar sobre derechos y cultura indígena.²¹

Además de la lucha por la tierra, los servicios sociales (agua, caminos, educación, salud, electricidad) y los apoyos necesarios para la producción y la comercialización, los campesinos indígenas se organizaron también en torno a la idea de autonomía, concepto que adquirió mayor fuerza política después del levantamiento del EZLN. Varias organizaciones indígenas regionales y nacionales, tales como la Asamblea Nacional Indígena Plural por la Autonomía (ANIPA), el Frente Independiente de Pueblos Indígenas (FIPI), el Congreso Nacional Indígena, la Central Independiente de Obreros Agrícolas y Campesinos (CIOAC), o bien la Coalición de Campesinos y Estudiantes del Istmo (COCEI) y los Servicios del Pueblo Mixe (SER) en Oaxaca, pugnaron por distintas formas de autonomía según las circunstancias locales y coyunturales.

Tierra, Libertad y autonomía: impactos regionales del zapatismo en Chiapas, México, Ciesas, 2002.

²¹ Ver Sámano R., Miguel Ángel, et.al., Los Acuerdos de San Andrés Larrainzar en el contexto de la declaración de los derechos de los pueblos americanos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; Bernal Gutiérrez,

Pronto contendieron dos concepciones distintas de la autonomía: la regional y la comunitaria. La primera se cristalizó a través de la propuesta de la ANIPA de crear Regiones Autónomas Pluriétnicas (RAP) en el país, como un cuarto nivel de gobierno regional entre los municipios libres y los estados soberanos, ambos constitucionales. La propuesta fue ampliamente discutida en congresos y mesas redondas, así como en la prensa, y fue introducida en las negociaciones de paz entre el gobierno federal y los zapatistas. Como es sabido el gobierno rechazó entonces la idea de la autonomía indígena, considerándola altamente peligrosa para la estabilidad e integridad del país. En los medios,

Pasaron más meses de controversias abiertas y conversaciones discretas entre los actores para que la Comisión de Concordia y Pacificación del Congreso de la Unión preparara un texto conocido como la “Ley COCOPA” que sería la base de la nueva legislación prevista en los Acuerdos. Si bien era parte de los Acuerdos, pero contrariando los compromisos que había asumido, el

Marco Antonio y Romero Miranda, Miguel Ángel (comps.), Chiapas: crónica de una negociación, 2 tomos, México, Rayuela Editores, 1999; CONAI (Comisión Nacional de Intermediación), San Andrés, Mesa 1: Derechos y Cultura Indígena, 2 volúmenes, México, (Serie: Sendero de Paz Cuaderno No. 3), 2001.

gobierno de Ernesto Zedillo (1994-2000) decidió no proceder con la legislación, traicionando así las esperanzas que las negociaciones habían despertado entre los pueblos indígenas y buena parte de la opinión pública nacional. Los zapatistas se retiraron del diálogo y el conflicto se estancó en una “paz armada” salpicada de “guerra de baja intensidad” por parte de las fuerzas federales y estatales²². En 2000 el presidente Fox, recién electo, envió la ley COCOPA al Congreso sin mayores explicaciones, el cual en 2001 aprueba, con el apoyo de todas las fracciones parlamentarias, la reforma del artículo 2º constitucional, anulando la vigencia del artículo 4º mencionado anteriormente.

El nuevo artículo 2º de la Constitución transforma la perspectiva que los constituyentes de hace cien años tenían sobre la condición de los indígenas en el conjunto nacional y las obligaciones del Estado en materia de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Salvo por el interludio del artículo 4º, que vino y se fue sin dejar rastro, con la diversos comentaristas se lanzaron contra el peligro de la “balcanización” y el “separatismo” que llegarían si fuera reconocido el derecho a la autonomía.

reforma del artículo 2º la Constitución reconoce por primera vez, en 2001, a los pueblos indígenas como sujetos de derecho público, aunque no lo quiera decir con la claridad que se espera de un texto constitucional.

El artículo 2º de la Constitución:

[...] reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

- I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.
- II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos...
- III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones...
- IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad...
- V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.
- VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de

²² Arnson, Cynthia, Benítez Manaut, Raúl y Selee, Andrew (editores), Chiapas. Interpretaciones sobre la negociación y la paz, México, UNAM, 2003.

la tierra establecidas habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.

Esta reforma, como señala González Galván, representa una modificación fundamental del principio de constitución de la nación mexicana, ya que con ella el poder constituyente reconoció principios inéditos: el pluralismo cultural, el pluralismo político y el pluralismo jurídico que marcan la pauta del país hacia un Estado pluricultural de derecho²³.

No tardaron en plantearse numerosas críticas a la nueva ley indígena. El EZLN y organismos afines rechazaron la reforma porque el texto no se atuvo a la Ley Cocopa que había sido negociada con los zapatistas. También se criticó el hecho que el Congreso no procedió a una amplia consulta con organizaciones y pueblos indígenas como debió haberlo hecho de acuerdo a los compromisos que asumió al ratificar el Convenio 169 de la OIT. Pero el grueso de la oposición se ha centrado en

²³ González Galván, Jorge Alberto, “Las decisiones políticas fundamentales en materia indígena: el Estado pluricultural de derecho en México,” en

algunas formulaciones substantivas del nuevo texto constitucional. Al reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la libre en esta Constitución y a las leyes de

la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que

determinación, la ley indígena afirma el carácter de estos pueblos como sujetos de derecho público, pero al mismo tiempo deja a la competencia de las entidades federativas establecer las características de este derecho y las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como “entidades de interés público.” Es decir, en el mismo texto no se les reconoce como sujetos de derecho sino solamente como objetos de “interés público” como, digamos, un parque nacional.

Esta contradicción deberá ser resuelta para que el derecho a la libre determinación y “en consecuencia, a la autonomía” pueda ser efectivamente ejercido por los pueblos indígenas. La aplicación de sus propios sistemas normativos (fracción II del apartado A del

Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando, Pluralismo jurídico y pueblos indígenas, México, , Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

artículo segundo) está sujeta a la “validación por los jueces o tribunales correspondientes,” lo cual constituye una limitación clara al ejercicio de ese derecho. La fracción VI se refiere “al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades,” pero no está formulada claramente en términos de un derecho exigible y justiciable, problema que ha sido tradicionalmente una de las fuentes de las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas. Además, este uso y disfrute preferente está sujeto, entre otras limitaciones, a “los derechos adquiridos por terceros,” otro problema que ha sido motivo de numerosos conflictos en los que se ven envueltas las comunidades indígenas del país.

Mientras tanto, las políticas gubernamentales hacia los pueblos indígenas se siguen ejerciendo como de costumbre, aunque ahora están fundamentadas en el apartado B del artículo 2º constitucional que constituye todo un programa de gobierno. Las políticas indigenistas encuentran su sustento en los planes nacionales y estatales de desarrollo, formulados por el ejecutivo y aprobados por el poder legislativo, quien determina los montos presupuestales a ejercer. En la medida en que aún no se ha podido adoptar una metodología para medir el goce de los

derechos humanos y el grado en que las políticas públicas contribuyen al cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, es prematuro determinar si al cumplirse el primer centenario de la Constitución de 1917 se está cumpliendo en el país la norma constitucional.

9. LAS POLÉMICAS Y LOS DESENCUENTROS

La educación pública llegó a ser el espacio esencial en que fueron aplicados los postulados del indigenismo y se dirimieron numerosas controversias teóricas y metodológicas sobre el tema de la educación indígena. Estos debates comenzaron en torno a la escuela rural desde los años veinte, los programas de castellanización, la escolarización en lengua indígena, hasta llegar a finales de siglo al concepto de la educación intercultural bilingüe. El emergente movimiento indígena, muchos de cuyos líderes y voceros son maestros y promotores formados precisamente en las instituciones indigenistas encabezaron y orientaron estos cambios. No se trata solamente de un caso del hijo rebelde rebelándose contra su padre, sino de un cuestionamiento ideológico, teórico, político y cultural que reconocía las limitaciones de un modelo integrador en un mundo globalizado y diversificado en donde el multiculturalismo

y la diversidad eran ahora reconocidos como una realidad, como un modelo de participación democrática y también como un principio ético.

Como consecuencia de la organización de la sociedad civil y aprovechando un lenguaje populista, distinto al del indigenismo clásico que imperaba en algunos círculos gubernamentales en los años setenta, fue incorporado en el discurso hegemónico un giro “étnicista” en el cual los indígenas aparecían como víctimas históricas de un largo proceso de opresión y explotación cuya hora de liberación colectiva habría de llegar pronto mediante una lucha tenaz, un objetivo claro y la anhelada auto-organización de la sociedad²⁴.

La idea de la multiculturalidad como característica del pueblo mexicano en su conjunto y el multiculturalismo como respuesta de política pública a esta diversidad a través de programas y proyectos coherentes en beneficio de la población indígena tardó en ser aceptada, y es cuestionada y criticada por muchos actores sociales. Se dice, por ejemplo, que “encerrar” a los indígenas en sus comunidades con identidades culturales propias sería negarles el camino al progreso y el desarrollo. Reconocer legalmente sus

usos y costumbres sería negar derechos humanos individuales a sus miembros, sobre todo a las mujeres indígenas. Desarrollar el plurilingüismo contribuiría a mermar la unidad nacional y a incitar al odio interracial entre los mexicanos. Por otra parte, hay quienes se preguntan si el multiculturalismo no es una mera distracción que sirve a las clases dominantes para mantener una estructura altamente desigual en lo económico y social.

Una de las controversias más agudas ha tenido lugar en torno a la cuestión de los derechos individuales y colectivos, como si estos fueran mutuamente excluyentes. Ante la demanda indígena por el reconocimiento de los pueblos como sujetos de derecho y por la autonomía como una forma de ejercicio de sus derechos, se argumenta que de ser aceptada la idea de derechos de los pueblos indígenas se violarían las libertades individuales de las personas garantizadas en nuestras leyes. Se dice, por ejemplo, que reconocer oficialmente el derecho indígena (“usos y costumbres”) llevaría a la violación inevitable de los derechos individuales de los indígenas, especialmente de las mujeres indígenas; que la tenencia colectiva de la tierra contradice el derecho a la propiedad privada; que el acceso de las comunidades a

²⁴ Véase Rodolfo Stavenhagen, “Las organizaciones indígenas, actores emergentes en América Latina”,

Revista de la CEPAL, Santiago de Chile, No. 62, 1997.

los recursos naturales frenaría el desarrollo del país; y como si eso fuera poco, que la autonomía indígena socavaría la unidad nacional y haría peligrar el

estado mexicano. A estos criterios se agrega con frecuencia la pregunta crítica de por qué habría que “dar” a los indígenas derechos especiales que otros mexicanos no tienen, concluyendo que esto sería una forma de discriminación en contra de los mexicanos no indígenas que “también tenemos derechos”.

Por otra parte, quienes asumen la existencia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas se dividen, por así decirlo de alguna manera, en dos corrientes. Por un lado estarían aquellos que algunos llaman de “indianistas” quienes idealizan la unidad y solidaridad de las comunidades tradicionales indígenas, su vinculación estrecha con la tierra, los recursos naturales y el medio ambiente. Diversos planteamientos de algunas organizaciones indígenas han asumido esta postura, alegando además que todos los males que sufren estas comunidades y los pueblos indígenas en general no son más que el resultado del genocidio y etnocidio cometidos por los conquistadores y colonizadores españoles y sus descendientes.

La otra corriente se deriva no tanto de una idea de la comunidad sino del

concepto jurídico-político de pueblo, identificado en términos étnico- culturales y portador de derechos humanos. Es esta corriente la que ha impulsado al movimiento indígena politizado en México y en otros países, y que ya forma parte del discurso jurídico y político del país, así como en el nivel internacional. Concebido de esta manera, el pueblo indígena es el sujeto histórico del derecho colectivo que comparten todos los pueblos, el

derecho de libre determinación, del cual, según interpretaciones contemporáneas, se derivan los demás derechos tanto colectivos como individuales. En esta visión, la comunidad está subordinada a la noción más general de pueblo indígena. La controversia entre los derechos colectivos y los derechos individuales ha dividido a legisladores, magistrados, juristas, políticos, comentaristas y científicos sociales, así como a los propios indígenas. Por ello, y porque está fundamentada en perspectivas filosóficas divergentes, no será resuelta en lapso breve.

Con frecuencia se afirma que el derecho indígena discrimina contra las mujeres y se citan ejemplos de la discriminación que sufren las mujeres en sus propias comunidades a mano de los varones indígenas. Los derechos de las mujeres indígenas figuran ahora de manera prominente en las diversas leyes estatales y

los programas de gobierno para los pueblos indígenas.

Como la sociedad civil en general, las organizaciones indígenas representan un conjunto de intereses y tendencias diversas que no han logrado constituir un movimiento indígena unificado y bien estructurado. Aun cuando una parte del liderazgo indígena proviene efectivamente de las bases comunitarias y se encuentra vinculado a la problemática local y regional más que a las preocupaciones políticas nacionales, también es cierto que con frecuencia las estructuras políticas partidistas y las instituciones oficiales han contribuido a captar y cooptar a los líderes indígenas, debilitando así la capacidad de acción independiente y autónoma de los conjuntos indígenas.

El movimiento indígena ha contado con la simpatía y frecuentemente el apoyo activo de sectores de la sociedad civil, sobre todo aquellos vinculados a la defensa de los derechos humanos, pero las alianzas efectivas entre las organizaciones indígenas y otras organizaciones populares, gremiales, sindicales, campesinas, estudiantiles etc. han sido frágiles y pasajeras en el mejor de los casos. El activismo indígena tuvo un impacto importante durante las negociaciones de paz

entre el gobierno y el EZLN a mediados y fines de los noventa, pero no tuvo la fuerza suficiente para intervenir de manera efectiva en el debate sobre la reforma indígena en el Congreso de la Unión. Desde entonces, este movimiento se ha debilitado y fragmentado aún más, por lo cual no está bien estructurado el actor social y político que más interés y capacidad tendría para hacer efectiva la legislación nacional y los nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos tales como la Declaración de la ONU²⁵.

10. LA NUEVA ETAPA: la ciudadanía multicultural

El ejercicio de la ciudadanía tiene numerosas facetas. Los indígenas han disfrutado desde hace un siglo los derechos civiles y políticos formales, pero con muchas restricciones en la práctica cotidiana. Millones de campesinos en comunidades rurales y ejidos obtuvieron derechos agrarios según el original artículo 27 constitucional. En los años del llamado régimen de la Revolución los indígenas fueron tratados como objeto de las políticas agrarias y sociales del Estado monopartidista corporativo. A partir de la

²⁵ La ONU promulgó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007.

reforma constitucional de los artículos cuarto y veintisiete de 1992, se constituyó un régimen de “ciudadanía neoliberal” según el cual las personas indígenas serían agentes libres e independientes en la economía de mercado. El nuevo marco constitucional abre la perspectiva de que se pueda construir un nuevo régimen de ciudadanía intercultural en el cual los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas sean reconocidos, respetados y rehabilitados.

Uno de los derechos internacionales en los que más están insistiendo los pueblos indígenas es el derecho al consentimiento previo, libre e informado, que poco a poco se va insertando en los regímenes jurídicos domésticos (legislación especial, fallos de los tribunales). No siendo una característica inmutable y eterna, la identidad indígena se ha ido acoplando a los vaivenes de la economía globalizada. El mismo espacio que permite la existencia de una ciudadanía multicultural también presiona para que las identidades sean consideradas como una mercancía más de la globalidad, que puede ser construida voluntariamente, negociada con el poder, vendida al mejor postor y consumida por una ávida clientela.

Actualmente nos encontramos ante un futuro poco alentador para los pueblos indígenas de México, quienes merecen un elenco más amplio de posibilidades en un

país multicultural al iniciar el camino hacia el tricentenario de la independencia y el centenario de la Constitución de 1917. Construir una ciudadanía indígena multicultural es tener otra visión de país, un país más justo, más equitativo, respetuoso del medio ambiente, protector de los bienes colectivos, constructivo y no destructivo, pacífico y no violento, en el cual puedan convivir los individuos, los pueblos y las culturas.

Las realidades del siglo veinte condujeron al país por otros rumbos.

No cabe duda que en el plazo de un siglo ha cambiado la relación entre el estado mexicano y los pueblos indígenas. Pero a pesar de la retórica política, el discurso de los derechos humanos, la legislación nacional e internacional, así como los considerables cambios socioeconómicos y demográficos, esa relación aún denota una problemática no resuelta de la sociedad mexicana.

La corriente indigenista fue cooptada y avasallada por el estado corporativo con el patrimonialismo, el clientelismo y el autoritarismo. Los promotores culturales indígenas, anunciados como portadores de la buena nueva del desarrollo y la modernización, pronto se transformaron en transmisores de las correas del poder y de la corrupción que penetró hasta los últimos recovecos del México indígena y rural.

Crecieron los conflictos y las desigualdades inter- e intracomunales,

la burocratización se asentó en las instituciones estatales. El modelo de desarrollo implantado a partir de los años cincuenta pronto aisló e ignoró al campesino indígena y la acción indigenista se fue transformando en mera extensión de un asistencialismo más o menos ilustrado.

A partir de los setenta, el indigenismo oficial entró en crisis y el modelo de crecimiento se olvidó de los principios de la revolución mexicana. Con la llegada de la globalización neoliberal el campo mexicano acabó en desintegrarse, millones de indígenas emigraron a las ciudades o a Estados Unidos, las desigualdades económicas y sociales entre los de arriba y los de abajo se ampliaron, y los indígenas fueron exhortados por el poder a ser más competitivos en la lucha por la supervivencia de la era del mercado libre. A la aculturación corporativa siguió ahora el individualismo pluralista. No importaba si fueran indios o dejaran de serlo mientras laboraban y consumían en la nueva economía global.

Frente a estas corrientes que alimentaron las principales décadas del siglo veinte, se alzó primero como resistencia pasiva y luego con voz altisonante, la presencia persistente de los pueblos y comunidades indígenas. A través

de sus diversas expresiones, el movimiento social indígena viene planteando nuevas alternativas de vinculación con el estado mexicano. Apoyado en recientes desarrollos internacionales así como una nueva perspectiva de las ciencias sociales, las humanidades y el derecho, se ha ido consolidando una tercera perspectiva. El modelo de la ciudadanía multicultural se expresa en el campo de la autonomía democrática, el pluralismo legal, la educación intercultural, las vías alternativas al desarrollo que cuestionan al desgastado modelo neoliberal globalizador y ecocida.

Objeto de debates y controversias, el concepto de multiculturalismo parte de la realidad que numerosos países conforman sociedades nacionales culturalmente diversas, plurales y a veces aún fragmentadas. Sólo en ciertos casos estas realidades son reconocidas en el marco constitucional y legislativo, como en algunos regímenes federales o autonómicos. Los estados nacionales que a lo largo del siglo veinte se han embarcado en un proceso de ampliación de las libertades democráticas de sus ciudadanos, reconocen hoy en día que el respeto a los derechos colectivos de las comunidades culturalmente diversificadas constituye una parte esencial de la democracia contemporánea. Compaginar los derechos humanos individuales

universales con los derechos de las colectividades culturalmente diferenciadas en un marco de participación y justicia social es una de las grandes tareas que enfrentan numerosos países en el mundo. México es uno de ellos, por lo que la búsqueda del modelo adecuado de ciudadanía cultural de los pueblos indígenas representa un apto desafío para el primer centenario de la Constitución.

REFERENCIAS

AGUIRRE BELTRÁN, Gonzalo

Antología de Moisés Sáenz, México, Ed. Oasis, 1970.

_____, Teoría y práctica de la educación indígena, Secretaría de Educación Pública, México, SEP Setentas, 1976.

_____, y Ricardo Pozas Arciniega, La política indigenista en México. Métodos y resultados, México, Instituto Nacional Indigenista, 1954.

_____, Obra polémica, México, SEP-INAH, 1976.

ARNSON, Cynthia, Raúl Benitez Manaut y Andrew Selee (ed.), Chiapas. Interpretaciones sobre la negociación y la paz, México, UNAM, 2003.

BERNAL GUTIÉRREZ, Marco

Antonio y Romero Miranda, Miguel Ángel (comps.), Chiapas: crónica de una negociación, 2 tomos, México, Rayuela Editores, 1999.

CASO, Alfonso, Indigenismo, México, Instituto Nacional Indigenista, 1958.

_____, Los centros coordinadores indigenistas, México, Instituto Nacional Indigenista, 1962.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, 1998.

CONAI (Comisión Nacional de Intermediación), San Andrés, Mesa 1: Derechos y Cultura Indígena, 2 volúmenes, México, (Serie: Sendero de Paz Cuaderno No. 3), 2001.

COSSÍO, José Ramón, Problemas del derecho indígena en México, México, CNDH, 2002.

ESTRADA SAAVEDRA, Marco, La comunidad armada rebelde y el EZLN, México, El Colegio de México, 2007.

FLORESCANO, Enrique, Etnia, estado y nación, ensayo sobre las identidades colectivas en México, México, Aguilar, Nuevo Siglo. 1997.

GAMIO, Manuel, Consideraciones: sobre el problema indígena, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1966.

_____. Forjando Patria (pro nacionalismo), México, Editorial Porrúa, 1916.

González Galván, Jorge Alberto, “Las decisiones políticas fundamentales en materia indígena: el Estado pluricultural de derecho en México,” en Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando, Pluralismo jurídico y pueblos indígenas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

KOURÍ, Emilio (coord.), “En busca de Molina Enríquez. Cien años de Los grandes problemas nacionales”, México, Jornadas no. 156, El Colegio de México, 2009.

KRAUZE, Enrique, “La reconstrucción económica”, Historia de la Revolución Mexicana, período 1924-1928, vol. 10, México, El Colegio de México, 1977, p. 111.

LEGORRETA DÍAZ, María del Carmen, Religión, política y guerrilla en Las Cañadas de la Selva Lacandona, México, Cal y arena, 1998.

_____, y Gabriel Ascencio Franco, Lacandonia al filo del agua. México, CIESAS y Fondo de Cultura Económica, 1996.

LOYO, Engracia, “La empresa redentora. La Casa del Estudiante Indígena”, Historia Mexicana, Vol. XLVI, Núm. 1, julio-septiembre, 1996.

MATTIACE, Shannan L., Hernández, Rosalva Aída y Rus, Jan, (eds.), Tierra, Libertad y autonomía: impactos regionales del zapatismo en Chiapas, México, CIESAS, 2002.

MEYER, Lorenzo, “¿El conflicto social y los gobiernos del maximato?”, Historia de la Revolución Mexicana 1928-1934, vol. 13, México, El Colegio de México, 1978.

Rouaix, Pastor, “Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917”, Puebla, México, 1945. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/939/32.pdf>

SÁMANO R., Miguel Angel, Carlos Durand Alcántara y Gerardo Gómez González, Los Acuerdos de San Andrés Larrainzar en el contexto de la declaración de los derechos de los pueblos americanos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000.

SANTIAGO SIERRA, Augusto, Las Misiones Culturales, México, Secretaría de Educación Pública, 1973.

STAVENHAGEN, Rodolfo, Las organizaciones indígenas, actores emergentes en América Latina, Revista de la CEPAL, Santiago de Chile, No. 62, 1997.

CENÁRIOS DA CULTURA JURÍDICA DE ABYA YALA: os valores pré-coloniais em institucionalidades emergentes

*SCENARIOS OF ABYA YALA'S LEGAL CULTURE:
the pre-colonial values in emerging institutions*

Antônio Carlos Wolkmer

Doutor em Direito
Universidade La Salle (UNILASSALLE)
acwolkmer@gmail.com
Brasil

Débora Ferrazzo

Mestra e Doutoranda em Direito
Universidade Federal do Paraná (UFPR)
dferrazzo@hotmail.com
Brasil

Artigo recebido em: 27/07/2017 Aprovado em: 05/09/2017

Resumo

A cultura jurídica latino-americana é resultado de um violento processo de conquista e colonização que, no curso da modernidade ocidental, pautou-se na negação das formas autóctones de produção e reprodução da vida. Entretanto, nas últimas décadas, um movimento que vem do Sul e que tem sido denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, tem aglutinado processos de luta e transformação de instituições representativas do Estado a partir da resistência de coletivos sociais, em especial, das comunidades indígenas. Esse movimento significa, por um lado, uma série de inovações pluralistas no âmbito da teoria jurídica ocidental, mas por outro, significa o resgate de valores ancestrais presentes nas culturas de Abya Yala desde antes da conquista. Compreender essa relação é o propósito deste estudo, que, adotando metodologia histórico-crítica, percorrerá três momentos da composição dos cenários de Abya Yala: distinções e similaridades entre culturas existentes no continente antes da conquista, a implantação de instituições e sistemas jurídicos pelo colonizador e finalmente, as lutas populares deflagradas nas últimas décadas no âmbito desse constitucionalismo andino, síntese de processos políticos interculturais e de ricas experiências de interlegalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Abya Yala; cultura jurídica; eurocentrismo; pluralismo; descolonização.



Abstract

The latinamerican Legal culture is result of violent process of conquest and colonization, which in the occidental modernity course was based on the denial of the autochthonous forms of production and reproduction of life. However, in the last decades, coming from the South a movement that has been denominated "new Latin American constitutionalism", has agglutinated processes of struggle and transformation of institutions representative of the State from the resistance of social collectives, especially of the indigenous communities. This movement mean a series of innovations pluralists in western theory legal ambit, but, also means the recovery of ancestral values present in the Abya Yala cultures since before the conquest. Understanding this relation is the purpose of this study, which adopting historical-critical methodology, will cover three moments of the composition of the Abya Yala scenarios: distinctions and similarities between cultures existing on the continent prior to the conquest, the institutions and legal systems implantation by the colonizer and, finally, the popular struggles deflagrated in the last decades in this Andean constitutionalism ambit synthesis of intercultural political processes and rich experiences of inter-legality.

KEYWORDS: Abya Yala. legal culture. Eurocentrism. pluralism. decolonization.

Refletir sobre a cultura jurídica contemporânea de Abya Yala, América Latina após a colonização, suas “inovações” jurídico-políticas, requer que se tenha em consideração tanto a tradição originária do continente quanto a influência do processo de colonização ibérica deflagrado a partir do século XVI. Assim, compreendendo “cultura jurídica” como conjunto de representações padronizadas de legalidade/ilegalidade presentes nos processos de produção e reprodução de ideias, comportamentos e instituições situadas em determinadas formações sociais, percebe-se que a cultura jurídica latino-americana é profundamente marcada pela reprodução dos modelos romano-germânicos, os quais foram impostos no processo de conquista e colonização do continente, passando por algumas adaptações em distintos momentos da história até se consolidar durante o desenvolvimento das repúblicas a partir do fim do século XIX.

Durante muitos séculos, prevaleceu a reprodução da cultura normativa eurocêntrica, inicialmente nos termos impostos pelas metrópoles, mas posteriormente, com as lutas por independência e o rompimento com Espanha e Portugal, a reprodução seguiu conforme os interesses da elite local

(segmento criollo) que incorporaram e difundiram as fundamentações do idealismo abstrato jusnaturalista e do formalismo dogmático positivista que marcavam a tradição jurídica europeia. Mas, ainda que, enfrentando processos de marginalização e, não raramente, criminalização, subsistiram ao longo da história e por todo o continente formas originárias de organização da vida, embasadas em outra cosmovisão, em outras tradições de saberes.

Nas últimas décadas, contrapondo-se a estágios avançados de exploração, eclodiram lutas populares em diversos países, em especial da região andina, lutas que se fortaleceram e que, a partir da reivindicação de direitos específicos, produziram uma série de transformações nas instituições colonizadoras. Portanto, o cenário jurídico-político atual no continente latino-americano é resultado das influências colonizadoras, mas também do resgate de dimensões da racionalidade pré-colonial que resistiu ao processo de colonização. Analisar esse cenário e essas influências que confluíram para refundar as instituições oficiais e redefinir a cultura jurídica na região será o propósito do desenvolvimento seguinte. Tal intento se estruturará em três momentos: inicialmente, buscar-se-á identificar alguns traços distintivos na própria cultura pré-colonial, a partir de uma

metodologia histórico-crítica¹ que identifica elementos da realidade sobre a qual se conforma e se manifesta o fenômeno normativo: o modo de produção, a visão de mundo, a estrutura de poder e a formação social. A segunda etapa discutirá a questão da colonização, percorrendo três momentos de formação da cultura jurídica no curso da modernidade: a implantação de instituições das metrópoles durante a conquista e colonização, as influências das representações consolidadas na época do pós-independência e a cultura legal na contemporaneidade tardia. Por fim, já no terceiro momento, discutirá os antecedentes das transformações oriundas de lutas de coletivos sociais no continente. Na conclusão, examinará algumas transições paradigmáticas verificadas no estágio presente da cultura normativa, buscando evidenciar que as institucionalidades contemporaneamente inauguradas no continente, embora tratadas como “inovações”, remontam as tradições ancestrais de Abya Yala.

1. ABYA YALA ANTES DO ENCONTRO COM O COLONIZADOR: traços distintivos da cultura originária em perspectiva histórico-crítica

Não há uma, mas inúmeras histórias nas terras de Abya Yala que remontam há milhares de anos. Essas histórias são repletas de significados e não somente narram a trajetória da existência dos povos ancestrais do continente, como também orientam, através de tradições tão antigas quanto sua própria origem, a produção e reprodução da vida de suas comunidades, como se nota pelas cosmovisões. Abya Yala – que posteriormente passou a ser chamada de “América” – era, segundo López-Hernandez (2004), a forma como a comunidade Tule-Kuna, que habitava a região do Panamá e Ocidente da Colômbia denominava suas terras e, a seu exemplo, muitas outras comunidades passaram a adotar a denominação antes da chegada do colonizador. Abya Yala significa, conforme o autor, “terra de maturidade plena” ou “terra de sangue vital”.

As ricas histórias e múltiplas experiências no continente, entretanto, a partir do encontro com o colonizador, passaram a ser “encobertas”, conforme Dussel (1993) discute, representando o “encobrimento” do “Outro”, que expressou a negação ontológica das subjetividades distintas às do homem branco europeu e nesse processo, muitas das materializações culturais das comunidades autóctones,

¹ Para maior detalhamento sobre tal proposta metodológica, conferir Wolkmer, 1999; 2005.

foram destruídas, usurpadas e, quando não, subalternizadas. Por isso, alcançar a compreensão dessas histórias não é tarefa fácil, posto que os relatos que chegam até os dias atuais assim o fazem pela transmissão oral entre gerações das comunidades que resistiram (às quais não foi reconhecido o desenvolvimento da escrita²) ou pelos registros nos diários de viagens dos cronistas que acompanhavam as expedições de colonização. Inclusive, segundo o advogado indígena (aymará) Moisés Idón Chivi Vargas (2013, p. 279), é somente através dos cronistas e dos quipucamayoc – elite do império inca que manejava os quipos – que se podem conhecer as formas de justiça pré-colonial. Entretanto, os registros dos cronistas já não representam o próprio relato das comunidades sobre suas formas de existência, mas sim, uma das compreensões possíveis sobre essas formas, precisamente, a compreensão do colonizador.

² A complexa forma censitária adotada no império Inca, por exemplo, através dos quipos – sistema de cordões com cores, nós e espaços que sistematizavam informações sobre todas as comunidades do império, com um grau de precisão admiráveis – não foi reconhecida como forma de registro de informações, ou como escrita. Além da codificação de dados por meio dos quipos, Bond (2004, p. 109) sublinha que, ainda que a maioria dos historiadores não reconheça uma escrita incaica, ou ao menos não a tenham desenvolvido, existem relatos de cronistas, como Sarmiento de Gamboa, Cristóbal de Molina e Fernando Montesinos, que informam da “existência de uma escritura ideográfica (quellca) – cujo exemplo maior teriam sido os painéis históricos da

Os primeiros cronistas, entre outros, Cieza de León, que visitou pessoalmente [a Colônia], o autor anônimo do Sítio de Cuzco, Cristóbal de Molina e Garcilaso de la Vega, limitando-nos aos mais importantes, nos deixaram uma boa descrição política da antiga [Colônia], enquanto conquistas dos Incas. Através deles sabemos o nome, localização e uma parte da história dos principais grupos indígenas do território: a princípio, as duas mais importantes, os Collas de Hatun Colla e os Lupacas de Chucuito, ambas ao norte do lago Titicaca, cuja rivalidade permitiu a penetração inca; em seguida, uma série de tribos, tais como os Canchis, os Pacases, os Quillagas, os Carangas, os Charcas e outras mais (VELLARD, 1963, p. 28-29. Sem grifo no original. Tradução livre dos autores³).

Corroborando com tais narrativas, importa a discussão feita por Dussel (1997, p.11-22), quando demonstra a ausência de uma perspectiva que integrasse vertical e horizontalmente a história da “América Ibérica” e sobre a dificuldade de reconhecer

pinacoteca criada por Pachacuti nas redondezas de Cuzco”

³ 3Le premiers chroniqueurs, entre autres Cieza de León, qui visita personnellement le Collao, l’Auteur anonyme du siège de Cuzco, Cristobal de Molina et Garcilaso de la Vega, pour nous limiter aux plus importants, nous ont laissé une bonne description politique de l’ancien Collao et de sa conquête par les Incas. Par eux nous connaissons le nom, la situation et une partie de l’histoire des principaux groupes indigènes de ce territoire: d’abord les deux plus importants, les Collas de Hatun Colla et les Lupacas de Chucuito, tous deux au nord du lac Titicaca, dont la rivalité favorisa la pénétration incaïque; puis une série de tribus telles que les Canchis, les Pacases, les Quillagas, les Carangas, les Charcas et d’autres encore.

o próprio papel na história sem tal perspectiva. Segundo o filósofo, a integração horizontal da história latino-americana deveria partir do passado mais remoto, isso significa, por exemplo, ultrapassar o século XVI espanhol, retroceder e ampliar horizontes, enquanto que a enquanto cores, nós e espaços que sistematizavam informações sobre todas as comunidades do império, com um grau de precisão admiráveis – não foi reconhecida como forma de registro de informações, ou como escrita. Além da codificação de dados por meio dos quipos, Bond (2004, p. 109) sublinha que, ainda que a maioria dos historiadores não reconheça uma escrita incaica, ou ao menos não a tenham desenvolvido, existem relatos de cronistas, como Sarmiento de Gamboa, Cristobal de Molina e Fernando Montesinos, que informam da “existência de uma escritura ideográfica (quellca) – cujo exemplo maior teriam sido os painéis históricos da pinacoteca criada por Pachacuti nas redondezas de Cuzco” que a integração horizontal insere a história da América no contexto mundial, porque é necessário ultrapassar as fronteiras do cotidiano para compreender o próprio mundo, do contrário tal cotidiano reivindicaria universalidade. Em suma, não se pode explicar a história de um povo sem situá-la em seu contexto, proporções e sentido, os quais são encontrados a partir da história universal.

Por isso, propõe-se uma releitura crítica dessas informações, conjugadas com outras fontes e apreciando as distintas dimensões constitutivas da realidade, para interpretar o fenômeno jurídico que atualmente se materializa nos países andinos como resultado dessas dimensões que, se por um lado são perpassadas pelas instituições colonizadoras, por outro, também resgatam as tradições ancestrais. Trata-se de uma compreensão do direito enquanto “fenômeno sócio-cultural, inserido num contexto fático, produzido dialeticamente pela interação humana através dos tempos” (WOLKMER, 1999, p. 4) e, para compreender a materialização de tal fenômeno, propõe-se uma reinterpretação interdisciplinar de suas fontes, pelo viés econômico, político e social (WOLKMER, 2005, p. xv-xvi), portanto, nesse breve percurso histórico, serão consideradas em especial, os modos de produção, a formação social, a visão de mundo e a estrutura de poder de Abya Yala.

Feitas essas justificações metodológicas prévias, pode-se passar à uma sumária descrição acerca de alguns aspectos da história de Abya Yala e suas comunidades. A respeito de tais comunidades, há certo consenso dentre a arqueologia de que seu marco inicial de existência não seria o continente latino-americano, embora haja grande

controvérsia sobre o início da povoação desse continente, conforme explica a arqueóloga norte-americana Betty Meggers (1985, p. 23-24)⁴. Da ocupação territorial do continente decorreram inúmeras formações sociais que o historiador argentino Leon Pomer (1983, p. 4-6) seguindo a classificação originalmente proposta por Pedro Armilhas, situa em três grandes grupos: pré-agrícola (de 25.000 a 3.000 a.C.; povos viviam da caça); proto-agrícola (de 3.000 a 500 a.C.; início do desenvolvimento agrícola) e civilização (de 500 a.C. até século XV, em que surgem as altas civilizações asteca, maia e inca⁵. Embora as classificações adotem certa sucessão cronológica, o desenvolvimento das distintas sociedades não se deu de forma uniforme, sendo que algumas avançaram para as classificações seguintes, enquanto que outras não. Uma explicação atribuída a isso são as condições de sobrevivência encontradas pelos distintos povos, sendo que as mais adversas impuseram o desenvolvimento de técnicas mais avançadas, como a agricultura, o que levou ao desenvolvimento das altas civilizações

agrícolas, diferente, por exemplo, dos agricultores de florestas tropicais, como os tupi-guarani, que encontraram espaços abundantemente irrigados, com condições bastante favoráveis (NEVES; HUMBERG, 1996, p. 42-43;56-58).

Nesse sentido, a fundação de Tenochtitlán, a capital Asteca, tem sua origem relacionada ao desígnio divino de que o povo teria de abandonar suas terras e sair à procura daquela que seria sinalizada por uma águia, pousada em um cacto enquanto devorava uma serpente. O interessante é o local onde tal sinal teria sido localizado: uma pequena ilha, em meio a um imenso lago, o lago Texcoco. Naquele local indicado, apesar das adversidades, iniciariam uma grande civilização que chegou a abrigar mais de dois mil habitantes por quilometro quadrado (MÉXICO, 2014; BAITY, 1963, p. 160). Outra grande civilização foi a dos Olmecas, que ocupou a região próxima ao golfo do México, ao sul de Veracruz, a “Terra da Borracha” onde, partir de 1300 a.C., ocorreram transformações extraordinárias, possivelmente, a primeira civilização a

⁴ Segundo a autora, o início das formações sociais na América teria se dado entre quarenta mil e doze mil anos atrás, pela travessia da “ponte” formada entre a Sibéria e o Alasca pela baixa de cerca de cinquenta metros no nível do mar. Essa ponte teria se formado ao menos duas vezes: na primeira teriam passado os grandes mamíferos e na segunda, os primeiros homens e mulheres. Segundo Jesus Oscar (2000, p. 29-30), num período próximo ao assinalado pela autora, teriam ocorrido sucessivas

migrações, evidentes pelas distintas estruturas craniais encontradas pelos estudos arqueológicos, dentre esses povos, os agricultores que originariam as altas civilizações agrícolas e além desses, pela via marítima, teriam ingressado no continente outros povos, os coletores e moluscos.

⁵ Betty Meggers (1985, p. 179; 182) propõe outra forma de classificação: dos caçadores e coletores (sambaquis); grupo dos agricultores de florestas tropicais e grupo das grandes civilizações agrícolas.

erigir complexas construções e desenvolver um proto-urbanismo. A esta civilização e suas influências reporta-se o início do calendário e da escrita na mesoamérica (LEÓN-PORTILLA, 1997, p. 25-29).

Para Betty Meggers (1985, p. 209) Incas, Maias e Astecas experimentaram níveis de desenvolvimento superiores aos da Europa no mesmo período, em especial na tecnologia, precisão do calendário e grau de urbanização. A civilização asteca, destruída pelos conquistadores em 1521, reunia pintores, astrônomos, poetas, cirurgiões (que praticavam condições de assepsia que a Europa sequer conhecia); os Maias, por sua vez, desenvolveram a astronomia mais que os antigos gregos e também que os europeus, em certos aspectos. Tinham grande desenvolvimento científico (matemática, medicina, botânica) e artístico (representações hoje chamadas teatro). Conheciam anestesia, tinham assepsia, dominavam técnicas para trepanação no crânio sem causar morte. Já os Incas, congregavam mais de setecentos idiomas, entre os quatro grandes povos que o compunham (Chimu, Urus, Quechuas, Aymarás); toda esta imensa população e suas características eram rigorosa e minuciosamente conhecidas por meio dos quipos (POMER, 1983, p. 10-21; 31).

Milhares de textos hieroglíficos, inscritos em estelas de pedra, escadarias, lintéis, pinturas, artigos de cerâmica e livros ou códices confirmam que os sábios e sacerdotes maias estavam de posse de uma alta cultura extremamente sofisticada. Sabemos também que os maias do Período Clássico tinham vários calendários de altíssima precisão. Várias centenas de anos antes que os hindus desenvolvessem a ideia, possuíam igualmente um conceito do zero e um símbolo para denotá-lo, herdado talvez dos olmecas. Quem quer que consiga decifrar completamente a escrita maia irá descobrir um universo de ideias e símbolos, o núcleo do cosmo maia. Por enquanto podemos pelo menos afirmar que a civilização na mesoamérica clássica, da qual derivou todo o desenvolvimento ulterior, alcançou seu apogeu com os maias (LEÓN-PORTILLA, 1997, p. 31-32).

Sem grifo no original).

Tais relatos dão conta de que as sociedades pré-coloniais não eram somente distintas entre si, mas eram diversificadas também internamente: veja-se a civilização Inca, composta por centenas de povos distintos; uma riqueza humana imensurável, cuja destruição representou “um dos grandes cataclismos da história da humanidade” (POMER, 1983, p. 38), ou, seu o primeiro holocausto (DUSSEL, 1993; TODOROV, 1993, p.128 e segs.). Assim, apesar da diversidade, a visão de mundo tinha similaridade entre as distintas formações: uma visão de mundo

fortemente religiosa, marcada pelo culto aos deuses, tanto que em alguns casos, como o dos Incas, o poder político se definia por essa religiosidade: o Imperador era o próprio descendente do Deus Sol. Também os Astecas cultuavam seu Deus e quando subjugavam outros povos nas guerras exigiam o reconhecimento de sua supremacia, embora, após tal ritual, pouco mudasse a realidade do povo vencido, o qual poderia reconstruir seus costumes e manter suas autoridades (POMER, 1983, p. 11; 32; CÁRCERES, p. 30). Tais formas de dominação, embora em nada pudessem se comparar com as que o continente viria a conhecer na resistência ao colonizador, eram as mais atrozes até então conhecidas, de modo que quando os europeus chegaram, foram recebidos como libertadores por alguns povos, como os Totoneca e Tlascaltecas, importantes aliados dos espanhóis na derrota dos Astecas (TAPAJÓS, 1979, p. 85; LEONARD, 1971, p. 141).

Outra similaridade possível diz respeito à formação social – que fica mais evidente no contraste com as sociedades europeias: ainda que existissem distintas classes e funções sociais, sua distribuição não era rígida e era possível a transição entre classes, inclusive a ascensão, com o ingresso de pessoas de origem humilde a grupo dirigente sociedade, com se via na

civilização Asteca, e ainda nessa, a possibilidade de escravos (tlatlacotin) conquistarem sua liberdade, o que poderia ocorrer até mesmo por casamento com pessoa livre, e de possuírem terras. Dentre os Incas, uma estrutura que subsiste nos descendentes de quéchuas e aymarás, é a formação em ayllus, pequenas comunidades agropastoris que poderiam chegar a agregar centenas de famílias por laços de parentesco ou aliança. Os ayllus baseavam-se no trabalho cooperativo e não conheciam a divisão em classes sociais, tampouco a propriedade privada (CÁRCERES, 1992, p. 17; 27; JESUS OSCAR, 2000, p. 69). Sobre o tema, há uma interessante nota de Mariátegui às críticas formuladas à sociedade incaicas, atribuindo a estas falta de liberdade dos homens. Ocorre que o conceito de liberdade individual é um fenômeno moderno e liberal, a base jurídica da civilização capitalista e essa forma de liberdade não integrava a realidade dos povos incas, que não reivindicavam a liberdade de mercado, de concorrência ou indústria. Tanto que o autor assinalava que, passado um século do regime republicano, com todas as suas leis, ainda subsistia – como de fato ainda subsiste – o que chamou de “comunismo indígena” (conceito perfeitamente viável se não for reduzido ao sentido moderno de comunismo). E conclui

que tal se dá não por ser o índio refratário ao progresso, mas sim, porque o individualismo era estranho à sua realidade, sua visão de mundo (MARIÁTEGUI, 2008, p. 91- 96; ESPINOZA SORIANO, 1989, p. 123-127, 202-211).

Com relação ao modo de produção, dentre as altas civilizações vigorava uma lógica de distribuição dos trabalhos conforme aptidões pessoais. O avançado desenvolvimento agrícola – Incas, Maias e Astecas haviam desenvolvido o cultivo do milho, cacau, batata, mandioca e muitas outras desconhecidas pelos europeus – permitia uma alta produtividade, cujos excedentes eram distribuídos realizando-se festejos públicos (BAITY, 1963, p. 53; LEONARD, 1971, p. 10;17-18; 106-107). Portanto, o trabalho em Abya Yala não se desenvolveu orientado pelo acúmulo de riquezas, mas sim, para satisfação de necessidades da comunidade e o mesmo se deu com o desenvolvimento das ciências. A lógica do trabalho como meio de acumular riquezas é inserida a partir da colonização, inicialmente sob regime de escravidão – indígena e negra– evoluindo para formas, algumas contraditórias entre colônia e metrópole, no processo que Ruy Mauro Marini (1976) descreve como “divisão internacional do trabalho”, reservando à América sempre as etapas mais rudimentares nos processos produtivos,

assim como as condições mais precárias de execução do trabalho e acesso restrito aos bens produzidos.

O modo de produção pré- colonial tem forte relação com a cosmovisão predominante, segundo a qual cada pessoa constitui um elemento indissociável da natureza, por isso, não se fala em individualismo, tampouco em exploração e dominação da natureza: o sentido da existência de cada pessoa se efetiva no convívio com sua comunidade – ayllu – e na coexistência harmônica com os outros componentes da natureza. Também essa dimensão da realidade foi enfrentada pela visão de mundo do colonizador, para quem o mundo natural começava a ser um espaço a ser dominado, por ser considerado contrário à civilização, e o direito foi um dos espaços estratégicos de difusão da racionalidade ocidental colonizadora. E a partir desse embate entre visões de mundo tão distintas, pode-se dizer que “A cultura e a civilização americanas não são pré- hispânicas, mas aquela que lenta e sincreticamente foi se construindo depois” (DUSSEL, 1997, p. 19-20).

2. NOVO DISCURSO JURÍDICO NA ABYA YALA COLONIZADA: o monismo e o estatismo

A partir do século XV começam a emergir novas institucionalidades no continente junto ao processo de colonização, caracterizando-se por uma normatividade difusa eurocêntrica, sob influência das tradições romanística, canônica e germânica, secularizadas e unificadas no reinado dos Reis Católicos, ainda se manifestando na forma de um pluralismo legislativo insurgente a reger relações entre metrópole e colônias espanholas na América. Como na colônia não existia um direito específico, a legislação oficializada da colônia foi a primeira fonte, composta pelo Código de las Siete Partidas (1256-1265), pelo Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), pelos Fueros Municipales e Fuero Real e, finalmente, pela Lei de Toro. Predominaram o primeiro e a última na implantação de instituições no continente (OTS Y CAPDEQUI, 1968.

p. 44-46). Por outro lado, na colonização lusitana (particularmente o Brasil), combinou-se à legislação tradicional vigente, o peso e a autoridade das Ordenações Reais (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). Simultaneamente à transposição das fontes jurídicas da metrópole, resistiam fontes plurais e emergentes, marcando a cultura jurídica pelo ideário humanista presente na luta perseverante de alguns teólogo-juristas

(Francisco de Vitória, Francisco Suarez e Domingo de Soto), e que influenciaram legislações especiais, como as Leyes de Índias (WOLKMER, 1998, p.81).

Dessa forma vai se formando a normatização colonizadora do Novo Mundo, o Direito Indiano, a partir da diversidade geográfica e da distinção entre indivíduos e grupos sociais, objetivando, conforme explica Jesus A. de la Torre Rangel(1991. p. 16-17), harmonizar três fatores intimamente interligados: os interesse econômicos e políticos da Coroa; a política de lucro e riqueza dos conquistadores, e a “evangelização e bom trato aos índios.” Esse direito, cujas regras frequentemente modificavam-se, denotando certo casualismo, teve no direito espanhol aplicado às respectivas colônias uma das principais fontes, seguido de arranjos contratuais firmados entre participantes e chefes de expedições (as capitulações) e pelas instruções, normas gerais com diretrizes de administração civil e militar e delegações de poderes aos governantes e descobridores. Em 1680 ocorre a Recopilação de Leis dos Reinos das Índias, uma portentosa compilação com 9 livros e 6.377 leis, tratando de direito privado, controle das penalidades e condição jurídica dos índios (WOLKMER, 1998, p.82; OTS Y CAPDEQUI, 1968, p.

43-44). Nesse meio tempo, por conta do extermínio das populações indígenas denunciado por religiosos e teólogos (Alonso de la Veracruz, Vasco de Quiroga, Montesinos), a Coroa obrigou-se a criar normas que viabilizassem alguma forma de proteção às coletividades nativas, foram as Leis de burgos (1512) e as Leis Novas (1542). A primeira não logrou a eficácia necessária para cumprir seu propósito, mas ofereceu as bases para a segunda que, correspondendo aos esforços de Bartolomé de Las Casas, representaram a mais autêntica vitória do humanismo cristão da época (HANKE, 1988. p.37; HÖFFNER, 1986. p. 191).

Infelizmente, também as Leis Novas – que representavam a intenção da Coroa em conter tendências desumanizadoras da conquista e proteger a vida dos índios – tiveram pouca eficácia, por conta das reações políticas e oposições nas colônias hispânicas, de modo que, embora tenham moderado a violência, não foram capazes de erradicá-la, tampouco, a escravidão das populações indígenas (BRUIT, 1995. p. 29). De qualquer modo, a luta por proteção e defesa dos índios contou com a incansável luta de Bartolomé de Las Casas, cuja figura ardorosa e incisiva representou importante a toda a política de colonização espanhola no Novo Mundo, em especial na sua

resistência ao Requerimento, ao sistema das encomiendas e ao genocídio das populações do Novo Mundo, e essa luta influenciou a formação de legislações mais humanas – como as Leis Novas – e o início de uma filosofia centrada na garantia de direitos aos índios, na erradicação de seus sofrimentos e na sua libertação frente às injustiças e à escravidão. A força jusfilosófica de sua mensagem e o valor de sua obra expressam um projeto de convivência mais ampla entre todos os povos, “com respeito absoluto pela diversidade de raças, religiões, e culturas, o que faz dele (Las Casas) o precursor do conceito moderno de pluralismo racial, cultural, político, religioso” (LOSADA, 1975. p. 9; LAS CASAS, 1984) e jurídico. Apesar de sua importância, não foi essa orientação libertária que predominou nas colônias ibero-americanas, pois, as diretrizes fundantes da legalidade assentavam-se num jusnaturalismo escolástico, ortodoxo e universalista. Sob os reflexos culturais de um tempo marcado pela expansão marítima e pela sanguinolenta conquista, os Estados ibéricos acabaram absorvendo e implementando a filosofia da Contra-Reforma, bem como a defesa da concepção de Direito natural teológica, propagada pela catequese católica e pelo ensino do humanismo idealista e abstrato.

Nessa trajetória, inicia-se um segundo momento da cultura jurídica, representado no período pós-independência, o qual não implicou já no início do século XIX em ruptura significativa na ordem social e mudança nas relações com Espanha e Portugal, mas antes, numa reestruturação de tais relações (WIARDA, 1983. p. 17; KAPLAN, 1983. p. 55). Progressivamente foram sendo incorporados e adaptados princípios da doutrina liberal-individualista, da filosofia positivista e do ideário econômico capitalista, compatibilizando o surto eclético e adesões às novas correntes europeias (comtismo, spencerianismo, liberalismo, etc.) às velhas estruturas agrárias e elitistas, para responder a necessidades locais (WOLKMER, 2011, p. 473). Essa ideologia expressa na filosofia do positivismo foi fundamental para a construção dos novos Estados oligárquicos, visto que ao mesmo tempo representava a ruptura com o passado e o início de uma nova ordem política e legal. De acordo com Rosa del Olmo (2004, p. 165):

⁶ A “barbárie”, antes de culminar na selvageria, é conceito que sofre alterações em sua significação: sua origem é grega, explica Leopoldo Zea (2005, 51-52), e designava povos não falavam bem a língua grega, tidos como menos humanos por não dominar uma língua que não era sua; posteriormente, os romanos assumem o conceito, preenchendo-o com outro significado: será bárbaro quem vive fora da lei, da ordem da cidade (civitas). Mas novamente muda o sentido da barbárie:

a emancipação política deveria estar acompanhada da “emancipação mental” que a filosofia positivista apregoava, e que seria vista pelas minorias ilustradas com “a sabedoria” da América Latina. Uma de suas primeiras tarefas seria a de forjar um marco jurídico-holístico adequado, no qual seria inserida a nova ciência de controle “social”.

Esse processo contou com ardorosas e subservientes defesas feitas por intelectuais latino-americanos, como Juan B. Alberdi e Domingo F., dos modelos de modernização copiados do estrangeiro, em especial da Europa, das formas civilizadas idealizadas sobre a tradição da “barbárie”⁶nativa (SVAMPA, 2006. p. 17-43; SARMIENTO, s/d), defesas que repercutiram também na cultura jurídica pós-independência. Assim, com algumas exceções, como a defesa do “obscuro trópico americanista” de um Alberdi, que pioneiramente sustentou elementos para uma filosofia social acerca da América e também para uma filosofia jurídica com especificidades próprias e locais, as ideias jurídicas que dominaram boa parte do século XIX no continente mostraram-se pouco criativas e isentas de

aquelas a quem os romanos chamavam “bárbaros” tomam o centro de poder e designam. Esta dicotomia civilização/barbárie, designando centro e periferia, poder e dependência, vai destinar povos à dominação sob o rótulo de bárbaros, por não serem a exata cópia do seu dominador: “A marginalização e a barbárie se efetivam [...] desde um centro de poder que qualifica a partir de sua própria situação e linguagem” (ZEA, 2005, p. 66).

preocupação com a realidade local. Reproduzia-se, entre os advogados, professores e juristas, a moderna e erudita cultura eurocêntrica, oscilando entre variantes do jusnaturalismo e do positivismo, entre romantismo e cientificismo, entre o “iluminismo liberal” e do “tradicionalismo-historicista” (LEVAGGI, 1991, p. 216-218; ALBERDI, 1996, p. 98-100). E assim prosseguiu a marcha colonizadora, avançando não somente no âmbito das “ideias jurídicas”, mas também no âmbito das construções formais – públicas ou privadas – de controle social, o que fica evidente no processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos, doutrinariamente marcados pelas Declarações de Direitos anglo-francesas, pelas Constituições liberal-burguesas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791 e 1793), e pela liberal Constituição Espanhola de Cádiz (1812) (TORRE VILLAR, 1976; GARGARELLA, 2005) e evidente também na positivação do direito privado ibero-americano: modelada integralmente pelo ideário individualista, romanístico e patrimonial da legislação civil napoleônica (1804) e do código privado germânico (1900) (WOLKMER, 2011, p. 475).

Enfim, tanto a cultura jurídica do período colonial, quanto as instituições legais formadas no pós-independência, derivam da tradição europeia e suas fontes clássicas (Direito Romano, Germânico e Canônico). Em especial no segundo período, incorpora a racionalidade da modernidade eurocêntrica capitalista, liberal-individualista e burguesa, do modo de produção capitalista e do liberalismo individualista, que exercem importante influência no processo de positivação do direito, o qual enfatiza o direito de propriedade e o direito mercantil. Para Jesus Antonio de la Torre Rangel (1997, p. 69-70; 72-73) o individualismo liberal penetra a cultura hispano-americana, com sociedades fundamentalmente agrárias, repercutindo diretamente sobre a propriedade e a terra⁷. No âmbito das codificações, tem sido próprio da tradição latino-americana a proclamação abstrata da “neutralidade científica”, independência de poderes, garantia liberal de direitos e condição fictícia de um “Estado de Direito”, enquanto que, na prática, centralização e burocratização do poder oficial, em democracias excludentes, representações clientelistas e elitismo na participação, fatores que produzem ausências históricas das grandes massas populares. Esse cenário mostra que as institucionalidades do

⁷ No mesmo sentido, cf. Wolkmer, 2006. p. 95-97.

continente definem-se pela vontade e interesse de setores colonizados de elites dominantes, definidas pela cultura moderna europeia ou anglo-saxônica (WIARDA, 1983, p. 82, 85-86; CARBONELL; OROZCO; VAZQUEZ, 2002). Isso mostra que no pós- independência, o fim do colonialismo não significou uma efetiva emancipação das colônias.

A noção de colonialismo não implica apenas a ideia de dependência, mas também a de exploração. Vinculada a governos designados pelas metrópoles nas regiões conquistadas, apresenta-se como pós-colonialismo quando os novos governantes são aparentemente designados pelos povos e obedecem, no discurso oficial, à sua soberania. O conceito de neocolonialismo se usa para designar a situação de um colonialismo mediatizado por uma independência política formalmente reconhecida, mas que na prática mantém muitas características da dependência e da exploração colonial (CASANOVA, 1995, p. 51. Grifo no original).

Então, as colônias não contam mais com escravos, mas com classes operárias, convertem-se em países satélites do sistema econômico (BRIGHENTI, 2000, p. 21). Nesse contexto, a América contemporânea se caracteriza pela dependência, subdesenvolvimento e atraso

econômico frente ao mundo norte-atlântico: a dependência econômica fica como herança de três séculos de dominação luso-hispânica (STEIN; STEIN, 2002, p. 3). A essa dominação que subsiste após o fim do colonialismo enquanto dominação territorial e política desde fora das colônias, o peruano Aníbal Quijano denomina colonialidade, um padrão de poder que articula três linhas de classificação e dominação: o trabalho, o gênero e a raça. E sobre esse padrão, sustenta-se o capitalismo: sociedades patriarcais, racistas e com uma classificação do trabalho que terá como constante a dominação/exploração (QUIJANO, 2010). Dessa racionalidade decorre o eurocentrismo⁸, como forma persistente de colonização e subordinação da existência dos povos periféricos, dentre esses, os povos ancestrais de Abya Yala.

No âmbito jurídico-político, alguns cânones se consolidam, revelando uma função colonizadora do próprio discurso jurídico. Assim, adota-se a formação de Estados-nação, dotados de Constituições escritas, monismo jurídico estatal, discursos jurídicos notadamente antropocêntricos e individualistas, separação e equilíbrio entre os poderes e exercício representativo das

⁸ A evolução desse padrão chega aos dias atuais com os norte-americanos como descendentes dos europeus, partilhando com esses os benefícios da exploração sobre a América Latina

e a África. Assumem lugar privilegiado, como é o caso do Japão, junto com a parte não dominada do mundo (QUIJANO, 1992). Vide igualmente: DUSSEL, 1993, p.41-53; AMIN, 1989, p. 9-14.

funções democráticas e proeminência da propriedade privada. Esses cânones padronizam as instituições jurídico-políticas do continente, substituindo os variados sistemas e a cosmovisão pré-coloniais e as comunidades que resistiram à sua adoção foram identificadas como “primitivas”, seguiram na “barbárie”. Segundo Eni Pucinelli Orlandi (2008, p. 66-67), estudiosa da teoria do discurso, o encontro com o colonizador implica no silenciamento sobre toda a existência do indígena. Se o negro consegue ter uma participação – ainda que de segunda classe, o índio é totalmente excluído, inclusive pelo Estado branco no Brasil, onde há séculos se insiste na unicidade da cultura, a qual nega-se qualquer participação índia, admitindo-se apenas a origem europeia, e admitindo um “outro”, “entrado pela porta da cozinha”: o negro. A função colonizadora do discurso jurídico opera também através do Estado que

[...] estabelece com o índio uma relação tal que não são só as diferenças que se apagam: o próprio índio deixa de existir como índio. O modo como o Estado rege suas relações com a ciência, a religião e a política social, trabalha os sentidos dessas. A necessária relação com o Estado faz com que os discursos científico, religioso e político se apresentem sob a modalidade do discurso

liberal: o que se funda na igualdade jurídica dos direitos e deveres. No entanto, tratar o índio como igual já é em si apagar a diferença que ele tem e que é cerne de suas relações. A mera aplicação do discurso liberal já é um mecanismo de apagamento, essa fala sustenta-se na relação de dominação do branco; é porque considera o índio como igual que pode desqualificá-lo, ou seja, esse discurso traz o índio para o interior das categorias de igualdade estabelecidas pelo branco, e pelas quais o índio passa a ser visto pelas qualidades que não são suas (ORLANDI, 2008, p. 68).

A ideologia de justificação desse novo discurso é a segurança jurídica, fundada na previsibilidade e na igualdade perante a lei. Encontra na Teoria Pura do Direito de Kelsen (1984) seu máximo desenvolvimento: uma teoria que se reivindica neutra e estritamente jurídica, uma ciência jurídica “pura”, marcada pelo apego a um discurso legalista, isento de valores, e, até mesmo, do ideal de justiça⁹. Também essa se difunde hegemonicamente pelo continente latino-americano, agora já numa terceira fase, a contemporaneidade.

[...] a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo facto de, na descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele

mesmo desde as perspectivas das imensas massas que sofrem a exclusão, a opressão e o jugo da colonialidade?

⁹ Uma teoria que parece bem conveniente para setores que assumem posições privilegiadas nas relações globais. Mas será que se pode dizer o

deve ser: pergunta pelo Direito real e possível e não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. (KELSEN, 1984, p. 161).

Assim que é a cultura jurídica contemporânea na América Latina só pode ser compreendida como resultado de múltiplos fatores, mas especialmente pela proeminência da lógica da colonização, exploração e exclusão de inúmeros segmentos sociais. A sua trajetória histórica é marcada pela imposição de privilégios, negação de direitos e ausência de justiça, crueldades que recaíram (e ainda recaem!) sobre movimentos indígenas, negros, camponeses e populares (WOLKMER, 2004, p. 2). E diante desse mesmo cenário, que reproduz o universalismo teórico-metafísico eurocêntrico, dividido entre o formalismo e o idealismo, emerge o surto inovador de expressões teórico-jurídicas comprometidas com a prática social emancipatória do continente. Um debate que floresceu no século XX e se intensificou no século XXI, expressão de novas práticas, insurgentes e refundadoras de institucionalidades contra-hegemônicas.

3. VALORES ANCESTRAIS DE ABYA YALA E NOVAS INSTITUCIONALIDADES

Se, por um lado, uma racionalidade instrumental colonizadora se difundiu hegemonicamente na América Latina nos últimos séculos, lutas insurgentes também despontaram contemporaneamente em diversos países da região e dessa insurgência, cenários potencialmente descoloniais têm se revelado. Na América Latina, chamou-se o conjunto dessas transformações de “novo constitucionalismo latino-americano”. Tratam-se de transformações que combinam alguns cânones colonizadores às necessidades locais e também às suas crenças e tradições, desafiando, portanto, a racionalidade moderna eurocêntrica.

Nessa perspectiva, a estrutura estatal, hegemonicamente caracterizada pela unidade Estado-nação, tem sua estrutura unitária redefinida nas constituições políticas do Equador (2008) e da Bolívia (2009) que, já nos primeiros artigos de suas constituições enunciam-se como Estados Plurinacionais¹⁰ e, no caso boliviano, os princípios orientadores da plurinacionalidade são a

¹⁰ De modo mais tímido, a constituição colombiana declara-se, também em seu primeiro artigo, uma República Pluralista.

interculturalidade, proclamada no mesmo artigo e a descolonização, enunciada no artigo nove. Segundo Catherine Walsh (2012, p. 69), interculturalidade e descolonização são projetos que andam interligados, uma vez que construir a interculturalidade¹¹ exige a superação da matriz colonial, criando-se novas condições de poder, saber, ser, estar e viver para além da razão única do capitalismo. O Estado plurinacional, em suma, é uma reivindicação dos povos indígenas, como forma de transcender o caráter monocultural e individualista do Estado liberal, parte do projeto de uniformização do sistema jurídico imposto no continente e cujo efeito era a marginalização dos sistemas jurídicos e políticos originários. O Estado Plurinacional não desafia somente a forma hegemônica de organização política do território, mas também seus conteúdos, pois tem como elementos fundamentais o direito à terra e aos recursos naturais, rompendo com o latifúndio e o monopólio dos recursos para benefício de interesses particulares (GARCÉS V., 2008, p. 175-176).

Sobre o tema, Consuelo Sánchez (2009, p. 66-67) informa que a maioria das organizações indígenas, em seus documentos, expressou preferência pela

não secessão, garantindo-se seu direito à livre determinação, ao exercício e desenvolvimento de formas próprias de existência sociocultural e de governo, o que se traduz na reivindicação por autonomia, sendo que a autonomia abrange elementos como o reconhecimento jurídico e político das formações sociais enquanto coletividades, com governo autônomo e autoridades próprias, e reivindicação por sua base territorial – pois é o espaço concreto onde os sistemas são exercidos –, competências descentralizadas do Estado e possibilidade de representação e participação no âmbito do Estado.

Com relação aos poderes políticos do Estado, constam novas formas e até mesmo ampliação dos poderes: na Venezuela, a tripartição de Montesquieu dá lugar a cinco poderes: o Poder Nacional se divide em Legislativo, Executivo, Judiciário, Cidadão e Eleitoral, conforme o artigo

136 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 1999. Uma “novidade histórico-mundial nas práticas políticas da humanidade” (DUSSEL, 2007, p. 153). A função do poder cidadão consiste em resguardar a probidade administrativa de atos atentatórios à ética pública e

¹¹ Criticamente entendida, pois, segundo a autora, o sentido de interculturalidade tem variações conservadoras.

administrativa, enquanto a função do poder eleitoral consiste em regulamentar e acompanhar as eleições, inclusive eleições sindicais e outras instituições civis, se essas assim desejarem. Dussel(2007, p. 151-153) menciona a constituição venezuelana e seu potencial de fortalecimento da democracia de base, com participação de baixo para cima e representação de cima para baixo, e avalia que a possibilidade de revogação de mandato, prevista no artigo 70 do documento, converge com essa dimensão democrática. Outros países incluíram a revogação de mandatos em suas constituições: Equador, no artigo 61, Bolívia, artigo 11, II, 1 e Colômbia, em seu artigo 40, 4.

A Constituição boliviana consagrou, em seu artigo 11, I, 3, outra reivindicação das comunidades indígenas, a “democracia comunitária”, que contempla processos e valores políticos próprios das tradições ancestrais. Essa pauta está relacionada à luta histórica pelo reconhecimento e respeito às formas próprias de governo e aos respectivos sistemas jurídicos, por isso a democracia comunitária não somente está relacionada à observância de procedimentos próprios na designação, eleição ou nomeação de representantes que atuarão nas instituições oficiais em nome das comunidades, mas também à garantia jurídica de que os sistemas de governo das

comunidades indígenas devem ser respeitados. Desse modo, democracia comunitária e pluralismo jurídico constituem marcos normativos indissociáveis e fundamentais na marcha descolonizadora das comunidades originárias bolivianas.

A cosmovisão, orientada pelo biocentrismo e pelo ecocentrismo, também passa a orientar certos diplomas normativos, como a constituição equatoriana(2008) e a legislação infraconstitucional boliviana (2010 e 2012). E essa cosmovisão andina desafia outro elemento fundante da racionalidade ocidental moderna, o antropocentrismo baseado no individualismo universalista (ESTERMANN, 1998). É uma racionalidade colonizadora que ameaça a existência da vida no planeta em nome do “progresso civilizatório” desse patriarcalismo individualista – por excelência constituído pelo homem branco e proprietário. Enquanto o formalismo jurídico ocidental se pauta nesse antropocentrismo individualista que domina e explora a natureza em nome do desenvolvimento econômico extrativista, não reconhecendo outro sujeito de direito que não o ser humano, a constituição equatoriana dedica um capítulo (o capítulo sétimo do título segundo) para tratar dos “direitos da natureza”, a Pacha Mama,

portanto, reconhecendo outras subjetividades jurídicas para além do próprio homem. O artigo 71 enuncia que Pacha Mama é onde se reproduz e realiza a vida. A Pacha Mama tem direito de ter respeitada sua existência e seus ciclos vitais. Já na Bolívia, não foi a constituição que avançou na consolidação de um marco normativo de respeito à natureza, mas a legislação que se desenvolveu depois, especificamente as Leis nº 071, de 21 de dezembro de 2010 (Lei dos Direitos da Mãe Terra) e a Lei nº 300 de 15 de outubro de 2012 (Lei Marco da Mãe Terra e desenvolvimento integral para o viver bem). Agora, a Mãe Terra é reconhecida como “sistema vivente indivisível conformado pela comunidade indivisível de todos os sistemas de vida”, seres que se complementam e compartilham um destino comum, conforme arremata a Lei Marco da Mãe Terra. Então a cosmovisão, além de explicitar novos sujeitos de direitos, se traduz em dois princípios: o Buen Vivir, no Equador, e o Vivir Bien, na Bolívia. Esses novos elementos ressurgem de culturas ancestrais do continente, de suas memórias e resistência ao colonialismo excludente, não como resultado de elaboração científica (MORAES; FREITAS, 2013, p. 113-114).

Parece evidente que as mudanças políticas e os novos processos sociais de luta nos Estados latino-americanos engendram não só novas constituições que materializam

novos atores sociais, realidades plurais e práticas biocêntricas desafiadoras, mas igualmente, propõe diante da diversidade de culturas minoritárias, da força incontestada dos povos indígenas do Continente, de políticas de desenvolvimento sustentável e da proteção de bens comuns naturais, um novo paradigma de constitucionalismo, o que poderia denominar-se de constitucionalismo pluralista e intercultural – síntese de um constitucionalismo indígena, autóctone e mestiço (WOLKMER, 2013, p. 32-33. Sem grifo no original).

Ora, a cosmovisão dos povos originários renova o modelo de normatividade etnocêntrica por introduzir elementos de uma nova lógica de vida, que opõe o ecocentrismo ao antropocentrismo e o reconhecimento das coletividades concretas ao indivíduo abstrato moderno. Em ambos os casos, verifica-se uma insuficiência dos padrões de normatividade ocidental hegemônica. O modelo jurídico dominante é ineficiente em resolver demandas e conflitos coletivos, sendo que tal ineficiência se verifica em dois âmbitos: nas interpretações jurisprudenciais e nas disposições normativas, principalmente nos códigos (WOLKMER, 2015, p. 103-104).

Além das transições paradigmáticas já enunciadas, outra merece destaque: a constitucionalização do pluralismo jurídico. Apesar dos persistentes desafios colocados

às lutas populares, desse cenário também emergem possibilidades de romper com os monismos opressivos segregadores da modernidade ocidental. No caso do monismo jurídico estatal, Hespanha (2010, p. 145; 150) reflete sobre o formalismo jurídico, em especial nas últimas décadas, que, em geral ocupou-se da conversão de vontade arbitrária de Estados em direito legítimo. Sobre o discurso de “levar os direitos a sério”, o autor questiona se é possível levar a sério os direitos de uns sem levar o de outros. E as contradições desse “direito oficial” que emana dos Estados é uma das principais polêmicas acerca da institucionalidade. Para Enrique Dussel (2007) as instituições são necessárias para viabilizar o exercício poder, apesar de serem a fonte das possibilidades de corrupção desse mesmo poder. Já para Jesus Antonio de la Torre Rangel (2006, p. 49-50), existe, no povo latino-americano, uma cultura jurídicista, ainda que o manejo de direitos não se efetive em termos estritamente normativistas, mas antes, sob inspiração de suas próprias experiências acerca da justiça e tal consciência sobre o que é justiça emerge das próprias lutas históricas das comunidades oprimidas e excluídas. A essa postura, o autor atribui o “uso alternativo do direito”, que subverte o próprio direito positivo, extraindo dele potencialidade de uso em favor dos pobres, uma vez que,

embora Estado e Direito tenham sido convertidos pela classe burguesa em “sua” instância normativa, não se esgotam aí suas possibilidades, tanto que na América Latina, conforme prossegue o autor, tem se desenvolvido uma sociologia do direito militante, que teoriza e sistematiza o uso alternativo do direito, além de elaborar uma crítica jurídica, e o faz sob a motivação da urgência em promover transformações sociais, encaminhando-se na busca por satisfazer necessidades humanas (TORRE RANGEL, 2006, p. 58-59; 99-

105). Em suma, ainda que o direito estatal expresse a “legalidade da injustiça”, ainda pode servir para fazer justiça e a busca por esse horizonte implica nos processos sociais de libertação (TORRE RANGEL, 2010, p. ix).

[...] a razão de ser de uma forma teórica e prática de Direito mais comprometida com nossa sociedade latino-americana está na transgressão ao convencional instituído e injusto, na possibilidade de se revelar como recurso estratégico de resistência às diversas modalidades de colonialismos (acadêmico, cultural e institucional) e de contribuir, responsavelmente, para a construção criativa e empírica de uma sociedade mais comprometida com valores nascidos de práticas sociais emancipadoras. (WOLKMER, 2015, p. 254-255).

Estrategicamente, superar o monismo estatista colonizador através do fortalecimento do pluralismo jurídico do

tipo comunitário-participativo (WOLKMER, 2015) é um passo importante. Isso porque, se existe uma inclinação do direito positivo em

converter-se numa instância normativa de elites dominantes, do Estado em converter-se “balcão de negócios” dos mesmos grupos, é certo que nem toda normatividade produzida para além do Estado emancipa o povo dessas formas de dominação e exploração.

Existem normatividades para além do Estado que se configuram como pluralismo “de teor” conservador (de cima para baixo, sob formas de verticalização), onde se reproduzem relações de dominação, tais como as relações capitalistas estabelecidas entre os países ricos (Norte global) e as periferias (Sul global), mas não é o único tipo: também existe um pluralismo de teor comunitário-participativo, engendrado “desde abajo”

orientado horizontalmente pelas necessidades humanas essenciais, pelas múltiplas identidades sociais, pela descentralização democrática e controle comunitário, pela ética da alteridade e por uma racionalidade emancipatória (WOLKMER, 2015). Esses elementos estão presentes nas lutas sociais que inscreveram em constituições de países latino-americanos novos paradigmas, abrindo, apesar dos desafios ainda

presentes, possibilidades de resgatar tradições originárias de Abya Yala, favorecendo a tarefa de introduzir a questão da refundação do Estado e do reconhecimento do direito que nasça e que seja vivência prática do povo.

CONCLUSÃO

Enquanto projetava-se no continente uma cultura jurídica formalista, aspirando o cientificismo, a neutralidade e o racionalismo universalista, portanto, sem favorecer a emergência de uma teoria autêntica do direito latino-americano, subsistiam tendências teóricas e práticas normativas à margem da oficialidade, por vezes transgressoras, radicais e paralelas (interlegalidade autonômicas). O fortalecimento de tais práticas comunitárias autonômicas, nas últimas décadas, revelou a possibilidade de reordenação e edificação de novas formas de produção do conhecimento e experiências de normatividades alternativas, fundadas na autonomia, no reconhecimento do Outro (alteridade) e na vida humana em sua plenitude. A partir desse cenário, faz-se necessário repensar a historicidade da cultura jurídica latino-americana com novos aportes metodológicos, perspectivas interdisciplinares e libertárias, visto que as novas institucionalidades inauguradas a partir de processos sociais de luta próprios do continente já não cabem

mais nas velhas formas herdadas da colonização.

E com essa perspectiva que se constata características distintas das instituições colonizadoras que estão sendo reinventadas, tais como o Estado-nação, adotado em sociedades mais homogêneas e posteriormente incorporada também na América Latina, onde materialmente não se pode absolutizar a questão em torno de uma unidade nacional, dada a multiculturalidade e de identidades conformadoras do substrato social. Emerge, assim, o Estado Plurinacional como marco de reconhecimento e coexistência – idealmente igualitária – entre as diversas coletividades que integram espaços territoriais, em especial na região andina. Convergindo com essa transição, assinala-se também o recuo do centralismo patriarcal, abrindo espaço a uma forma própria de comunitarismo, ou coletivismo, que antes de se orientar pela tendência moderna do antropocentrismo individualista, busca nas tradições ancestrais e nas cosmovisões de Abya Yala, o sentido da comunidade e da existência harmônica entre os seres vivos que conformam a natureza e, portanto, os interregnos onde se produz e reproduz a vida. Tal cosmovisão implica na reinserção

do ser humano na natureza, superando a dicotomia que o discurso civilizatório impôs.

Igualmente, no âmbito político, vislumbram-se inovações, como a opção por novas configurações políticas (os cinco poderes na Venezuela¹², os quatro poderes na Bolívia¹³) ao invés do sistema de “freios e contrapesos” ilustrado na tripartição de Montesquieu. Ainda no âmbito político, a “democracia comunitária” ausente na evolução ocidental hegemônica da democracia, mas elemento próprio das coletividades ancestrais que passam a integrar também o direito formal contemporâneo, como foi consagrado no texto constitucional boliviano. E o conjunto dessas transições paradigmáticas, sem desconsiderar inúmeras outras, impõe o reconhecimento do pluralismo jurídico, que, sem jamais ter deixado de conformar a realidade multifacetada do continente, alcança, agora, abrigo nos novos textos constitucionais como fator estruturante.

Desde o ponto de vista da suposta “ciência jurídica” moderna, as questões refletidas são consideradas inovadoras, pois, se um dos propósitos desse ensaio foi demonstrar que as “inovações” significam, na verdade, o

¹² Como já visto, o artigo 136 daquela Constituição divide o poder público nacional em Legislativo, Executivo, Judicial, Cidadão e Eleitoral.

¹³ Conforme o artigo 12, I da Constituição

boliviana, o Estado se organiza e estrutura através dos órgãos Executivo, Legislativo, Judiciário e Eleitoral.

resgate de tradições dos povos originários de Abya Yala muito antes de sofrerem o violento processo de colonização, também se procurou demonstrar que se tratam de valores que inauguram novas institucionalidades no marco do direito ocidental moderno.

Como já pontualizado em um primeiro momento, não obstante a diversidade originária – e ainda existente – entre as comunidades pré-coloniais, alguns largos traços comuns as identificavam, tais como a relação harmônica com a natureza e o sentimento de pertencimento a essa, a valorização da coexistência em comunidades autonômicas, a preservação de suas complexas narrativas míticas – a partir de suas próprias culturas – a continuidade de suas tradições sociais e organização de poder, e a experiência prática de uma interlegalidade enquanto reconhecimento de direitos dos povos originários no bojo de sociedades pluriétnicas e multiculturais (SIERRA, 2011, 398-399). Esses elementos que sobreviveram ao “encobrimento” do ser latino-americano e ressurgem nas lutas e resistências populares, integrando-se às institucionalidades emergentes, dando-lhes novos sentidos e abrindo novos horizontes.

O processo de descolonização que está em marcha no continente latino-americano resgata e revela presentemente

uma história ocultada e junto com essa história, uma outra cosmovisão, mais justa, porque mais solidária, equilibrada e viável para assegurar toda forma de vida no planeta.

Referencias

ALBERDI, Juan B. Fragmento preliminar al estudio del derecho. In: Escritos de Juan B. Alberdi: el redactor de la ley.

Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1996.

. Ideas para presidir a la confección del curso de filosofía contemporánea. In: Escritos de Juan B. Alberdi: el redactor de la ley. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1996.

. Fundamentos da organização política da Argentina. Campinas: UNICAMP, 1994.

AMIN, Samir. El Eurocentrismo. Crítica de una Ideología. Mexico: Siglo XXI, 1989.

BAITY, Elizabeth Chesley. A América

CASANOVA, Pablo González. O colonialismo global e a democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. El largo camino de la jurisdicción indígena. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia. 2 ed.

Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. pp. 275-379.

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia. 1991. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Norma/Documentos/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

DUSSEL, Enrique. 1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade, conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.

antes de Colombo. 2 ed. belo Horizonte: . Oito ensaios sobre cultura Itatiaia, 1963. 223 p.

BOND, Rosana. Peru: do Império dos latino-americanos e libertação (1965- 1991). São Paulo: Paulinas, 1997.

Incas ao império da cocaína. Rio de Janeiro: Coedita, 2004. 430 p, il.

Paulo: Expressão Popular, 2007. 184 p.

BRIGHENTI, Agenor. Dívida externa e . Europa, modernidad y neocolonialismo: por uma globalização da solidariedade. São Paulo: Paulinas, 2000.

BRUIT, Héctor Hernan. Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos: ensaio sobre a conquista hispânica da América. Campinas, SP: UNICAMP; São Paulo: Iluminuras, 1995. 211 p. il.

CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y

democratización en América Latina.
México: Siglo Veintiuno, 2002.

CÁRCERES, Florival. História da
América. 2 ed. atual. e ampl. São
Paulo: Moderna, 1992. 311 p.

eurocentrismo. In: LANDER,
Edgardo (Comp.). La Colonialidad
del Saber: eurocentrismo y ciencias
sociales.

Perspectivas Latinoamericanas.
Buenos aires: CLACSO, 2003.

EQUADOR.
Constitución del Ecuador. 2008.
Disponível em: <
[http://www.asamblea.nacional.gov.ec/documentos/constitucion](http://www.asamblea.nacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

_de_bolsillo.pdf >. Acesso em: 9 jun.
2017.

ESPINOZA SORIANO, Waldemar.
(Comp.). 2ed. Los Modos de
Producción en el Imperio de los Incas.
Lima: Amaru, 1981.

ESTERMANN, Josef. Filosofía
Andina. Estudio Intercultural de
la Sabiduría Autóctona Andina. Quito:
Abya Yala, 1998.

GARGARELLA, Roberto. Los
fundamentos legales de la
desigualdad. El constitucionalismo en
América (1776- 1860). Madrid: Siglo
XXI, 2005.

HANKE, Lewis. La lucha por la
justicia en la conquista de América.
Madrid: Ediciones Istmo, 1988.

HÖFFNER, Joseph. Colonização e
evangelho. Ética na colonização
espanhola no século de ouro. 3. ed.
Rio de Janeiro: Presença, 1986.

JESUS OSCAR, Aquino. História
das Sociedades Americanas. 7 ed.
Rio de Janeiro: Record, 2000. 764 p.

KAPLAN, Marcos. Formación del
Estado Nacional en América
Latina. Buenos Aires: Amorrortu,
1983.

KELSEN, Hans. Teoria pura do
direito.

trad. Dr. João Baptista Machado. 6.
ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.
484p.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. O
Paraíso Destruído. A sangrenta
história da conquista da América
Espanhola.

Porto alegre: L&PM, 1984.

LEVAGGI, Abelardo. Manual de
historiadelderecho argentino. Tomo I:
Parte General. Buenos Aires:
Depalma, 1991.

LEÓN-PORTILLA, Miguel. A

Mesoamérica antes de 1519. In:
BETHELL, Leslie. História da
América Latina. São Paulo: EDUSP;
Brasília, D.F: FUNAG, 1997. Vol. I,
il. Tradução de: The Cambridge
history of Latin America. pp. 25-61.

LEONARD, Jonathan Norton.
América pré-colombiana. Rio de
Janeiro: J. Olympio, 1971. 192 p. il.

LÓPEZ-HERNANDEZ, Migue
Angel.

Encuentros en los senderos de Abya
Yala. Quito, Equador:
Ediciones Abya- Yala, 2004.
Disponível em: <
[http://repository.unm.edu/bitstream/
handle/1928/11484/Encuentros en los
end
eros de Abya yala.pdf?sequence=1](http://repository.unm.edu/bitstream/handle/1928/11484/Encuentros%20en%20los%20senderos%20de%20Abya%20Yala.pdf?sequence=1) >.
Acesso em 16 out. 2014.

LOSADA, Angel. Bartolomé de las
Casas: o apóstolo dos índios da

América espanhola no século XVI.
Correio da UNESCO. Rio de Janeiro:
FGV, n. 8, 1975.

MARIÁTEGUI, José Carlos. Sete
ensaios de interpretação da realidade
peruana. São Paulo: Expressão
Popular, 2008.

MARINI, Ruy Mauro. Dialética da
dependência. Coimbra: Centelha,
1976. 88p.

MEGGERS, Betty Jane. América
pré- histórica. 2. ed. Rio de Janeiro:
Paz e Terra, 1985.

MÉXICO. Equipo de contenido de la
Presidencia de la República.
Fundación de Tenochtitlan.
Disponível em:

<[http://www.sct.gob.mx/despliega-
noticias/article/fundacion-de-
tenochtitlan/](http://www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/fundacion-de-tenochtitlan/)>. Acesso em 24 jul.
2017.

MORAES, Germana de Oliveira;
FREITAS, Raquel Coelho. O novo
constitucionalismo latino-americano
e o giro ecocêntrico da Constituição
do Equador de 2008: os direitos de
Pachamama e o bem viver
(Sumak Kawsay). In: WOLKMER,
Antonio Carlos. MELO, Milena
Petters. Constitucionalismo latino-

americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. pp.103-124.

NEVES, Ana Maria Bergamin; HUMBERG, Flávia Ricca. Os povos da América: dos primeiros habitantes às primeiras civilizações urbanas. 4. ed. São Paulo: Atual, 1996. 90p.

OLMO, Rosa del. A América Latina e sua Criminología. Rio de Janeiro:Ed.Revan, 2004.

ORLANDI, EniPucinelli. Terra à vista: discurso do confronto:velho e novo mundo.2. ed. São Paulo: Cortez, Campinas: UNICAMP, 2008. 286 p.

OTS Y CAPDEQUI, José M. Historia del derecho español en América y del derecho indiano. Madrid: Aguilar, 1968.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Trayectorias contemporâneas de la filosofía y la teoría del derecho. 4 ed. Lima: Palestra, 2005.

POMER, Leon. História da América hispano-indígena. São Paulo: Global Ed, 1983. 167p.

Janeiro: Forense-Universitária, 1979. 458 p.

TODOROV, Tzvetan. A Conquista da América. A questão do Outro. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

TORRE RANGEL, Jesus A. de la. El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do . Sociología jurídica y uso poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. MENESES, Maria Paula.

alternativo del derecho. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.

Epistemologias do Sul. São Paulo: 2010. . El derecho como arma de pp. 84-130.

.Colonialidade e Modernidade/Racionalidade. 1992. Disponível em:

<<http://www.scribd.com/doc/36091067/Anibal-Quijano-Colonialidade-e-Modernidade-Racionalidade>>. Acesso em: 17 out. 2014.

liberación en América Latina: sociologia jurídica y uso alternativo

Del derecho. 3 ed. Aguascalientes:
Centro de Estudios Jurídicos y
Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2006.
201 p. Disponível em:
<[http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/
ar/libros/derecho/torre.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/torre.pdf)>. Acesso
em 5 jun. 2017.

SARMIENTO, Domingo F.
Facundo. . Derecho y
liberación:
Buenos Aires: Claridad, s/d.

SIERRA, Maria Teresa. Pluralismo
Jurídico e Interlegalidad. Debates
antropológicos en torno al derecho
indígena y las políticas de
reconhecimento. In: CHENAUT,
V.; GÓMEZ, M.; ORTIZ, H.: SIERRA,
M.T. (Coords). Justicia y Diversidad
en América Latina. Pueblos
Indígenas ante la Globalización.
México: CIESAS; Quito: FLCS,
2011.

STEIN, Stanley J.; STEIN, Barbara
H. La herencia colonial de América
Latina.
27 ed. México: Siglo XXI Editores,
2002. 204 p.

SVAMPA, Maristella. El dilema
argentino: civilización o barbarie.
Buenos Aires: Aguilar/Taurus, 2006.

TAPAJÓS, Vicente. História da
América. 7 ed. rev. e ampl. Rio de
pluralismo jurídico y movimientos
sociales. Bolívia, Cochabamba:
Editorial Verbo Divino, 2010. 164 p.

TORRE VILLAR, Ernesto de la e
GARCÍA LA GUARDIA, Jorge M.

Desarrollo histórico del
constitucionalismo
hispanoamericano. México: UNAM,
1976.

VELLARD, Jean Albert.
Civilisations des Andes: evolution
des populations du haut-plateau
bolivien. [Paris]: Gallimard, 1963.

VENEZUELA. Constitución de la
Reppública Bolivariana de
Venezuela. 1999. Publicada en
Gaceta Oficial Extraordinaria N°
5.453 de la República Bolivariana de
Venezuela. Caracas, viernes 24 de
marzo de 2000. Disponível em: <
[http://www.cne.gob.ve/
web/normativa_electoral/constitucion/
/indice.php](http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php)>. Acesso em: 9 jun.
2017.

WALSH, Catherine.
Interculturalidad y (de)colonialidad:
perspectivas críticas y políticas.
Visão Global. Joaçaba, v. 15, n. 1-2,
jan./dez. 2012. pp. 61-74. Disponível
em:

<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/vis_aoglobal/article/view/3412>.
Acesso em: 14 jul. 2017.

WIARDA, Howard I. O modelo
corporativo na América Latina e a
latino-americanização dos Estados
Unidos. Petrópolis: Vozes, 1983.

WOLKMER, Antonio C. Pluralidade
jurídica na América luso-hispânica.
In: WOLKMER, Antonio Carlos
(Org.). Direito e justiça na América
Índigena: da conquista à colonização.
Porto Alegre: Livraria do Advogado,
1998. pp. 75-93.

. Direitos humanos e filosofia
jurídica na América Latina. Rio de
Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

. História do direito no Brasil. 2. ed.
Rio de Janeiro: Forense, 1999.

. Fundamentos de história do
direito. 7. ed. rev. e ampl. Belo
Horizonte: Del Rey, 2013.

. La Filosofía del Derecho. In:
DUSSEL, E.; MENDIETA, E.;

BOHÓRQUEZ, C. (Editores). El
Pensamiento Filosófico
Latinoamericano, Del Caribe y
“latino” (1300-2000). Mexico: Siglo
XXI, 2011, pp.471-478.

. Introdução ao pensamento jurídico
crítico. 9 ed. São Paulo: Saraiva,
2015.

. Pluralismo jurídico: fundamentos
de uma nova cultura no Direito. 4 ed.
rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva,
2015.

. Pluralismo Jurídico e perspectivas
para um novo constitucionalismo na
América Latina. In:

WOLKMER, Antonio Carlos.
MELO, Milena Petters.
Constitucionalismo latino-americano:
tendências contemporâneas. Curitiba:
Juruá, 2013. pp. 19-42.

WOLKMER, Antonio Carlos;
MELO, Milena Petters.
Constitucionalismo latino-americano:
tendências contemporâneas. Curitiba:
Juruá, 2013. 218 p.

ZEA, Leopoldo. Discurso desde a
marginalização e a barbárie; seguido

de A filosofia latino-americana como
filosofia pura e simplesmente. Trad.
De Discurso, Luiz Gonzalo Acosta
Espejo e Maurício Delamaro, e, de A
filosofia, Francisco Alcidez Candia
Quitana e Maurício Delamaro. Rio de
Janeiro: Garamond, 2005. 488p.

CO-EDUCAR Y CO-ENSEÑAR DERECHOS HUMANOS: algunas propuestas

CO-EDUCATION AND CO-TEACHING HUMAN RIGHTS: some proposals

David Sánchez Rubio
Doctor en Filosofía del Derecho Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Sevilla
dsanche@us.es
España

Artículo recibido em: 08/06/2017 Artículo aprobado em: 16/09/2017

Resumen

RESUMEN: Este artículo se centrará en la importancia que juega una figura o concepto, como es el de los derechos humanos, que puede servir de mecanismo con el que los seres humanos puedan acceder de manera más justa, equitativa y proporcionada, a los bienes materiales e inmateriales con los que poder vivir dignamente en cada sociedad que se dice democrática, constitucional y de derecho. Por esa razón intentaremos afinar deteniéndonos con algunas propuestas y directrices de lo que puede ser una educación que nos sensibilice por y en derechos humanos. Sin una cultura que quiera y apueste por ellos, difícil será que funcionen de manera distributiva y justa, las reglas de juego políticas y jurídicas acordadas por consenso, y también se complicaría el que se hicieran factibles, reales y efectivas el conjunto de responsabilidades, derechos y obligaciones, principios y valores que debemos conocer, asumir, cumplir, accionar y desarrollar para vivir con una práctica con dignidad, equidad, libertad, igualdad, paz, solidaridad, pluralidad de las diferencias y en democracia.

Palabras-clave: derechos humanos. co-educación. co-enseñanza.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Abstract

This article will focus on the importance of a figure or concept, such as human rights, which can serve as a mechanism with which human beings can access in a more just, equitable and proportionate way, material goods and immaterial with which to live worthily in every society that is said to be democratic, constitutional and law. For that reason we will try to refine by stopping with some proposals and guidelines of what can be an education that sensitizes us for and in human rights. Without a culture that wants and bets on them, it will be difficult for the political and legal rules of play agreed by consensus to work in a distributive and fair way, and it would also be difficult to make the set of responsibilities, rights and obligations, principles and values that we must know, assume, fulfill, act and develop to live with a practice with dignity, equity, freedom, equality, peace, solidarity, plurality of differences and democracy.

Keywords: human rights. co-education. co-teaching..:

1. INTRODUCCIÓN: la esperanza de los derechos humanos en un mundo trágico

La vida en sociedad requiere de un conjunto de normas, reglas, instituciones y procedimientos que regulen la convivencia humana que nunca deja de ser conflictiva. Todas estas instancias son necesarias para canalizar las relaciones entre los grupos sociales. Resulta muy difícil imaginar una sociedad en donde no existan normas éticas, morales o jurídicas que señalen el tipo de conductas que se deben y/o no se deben realizar bajo algún patrón religioso, económico, político y/o cultural. Tampoco es posible pensar, hoy en día, que haya algún modo social de vida que funcione sin ningún tipo de institución, mediación o aparato ya sea de carácter político, religioso, económico o jurídico como puede ser el mercado, el estado, el derecho o las asociaciones y agrupaciones colectivas (clubes deportivos, comunidades, empresas, iglesias, ONG, centros educativos, etc.). Quizá en un pasado muy remoto se pudiera vivir sin ellas o de manera más simple y sencilla, pero esto no sucede en nuestro presente. Las relaciones humanas necesitan ser reguladas por ciertos instrumentos y medios también relacionales que las canalicen y organicen, que les

proporcionen cierto orden y seguridad más o menos justos, mejor si son más incluyentes que excluyentes, porque si no existieran, se desarrollarían caóticamente y en un clima de permanente incertidumbre y desorientación.

En cierta medida, este artículo se centrará en la importancia que juega una figura o concepto, como es el de los derechos humanos, que puede servir de mecanismo con el que los seres humanos puedan acceder de manera más justa, equitativa y proporcionada, a los bienes materiales e inmateriales con los que poder vivir dignamente en cada sociedad que se dice democrática, constitucional y de derecho. Por esa razón intentaremos afinar deteniéndonos con algunas propuestas y directrices de lo que puede ser una educación que nos sensibilice por y en derechos humanos. Sin una cultura que quiera y apueste por ellos, difícil será que funcionen de manera distributiva y justa, las reglas de juego políticas y jurídicas acordadas por consenso, y también se complicaría el que se hicieran factibles, reales y efectivas el conjunto de responsabilidades, derechos y obligaciones, principios y valores que debemos conocer, asumir, cumplir, accionar y desarrollar para vivir con una práctica con dignidad, equidad, libertad, igualdad, paz,

solidaridad, pluralidad de las diferencias y en democracia.

Dentro de nuestro imaginario cultural, el pensamiento moderno, principalmente a través de los filósofos contractualistas del iluminismo, ya reflexionó sobre la importancia de establecer un contrato social a partir del cual, todos los ciudadanos, en tanto sujetos autónomos y pensantes, obedecieran un conjunto de reglas y valores acordados por todos. Debían aceptar desde su supuesta libertad, someterse a una institución, el estado, que estaba legitimado para ejercer el poder y realizar el uso de la fuerza de manera delegada y representativa. De esta manera, se pretendía compaginar, consensualmente, la libertad y la autonomía de cada individuo con el bien común y el interés general. Hombres como Thomas Hobbes, John Locke y Jean Jacques Rousseau, desde posiciones distintas, se preocuparon por establecer las condiciones de un sistema de gobierno que se responsabilizara de proteger los derechos de sus miembros y hacer cumplir sus obligaciones. No vamos a entrar ahora a discutir y ni a subrayar sus imaginarios basados en lógicas de inclusión y exclusión con respecto a aquellos colectivos que quedaron desigualmente tratados y afectados, por medio de una clasificación racial, clasista, de género y sexual

discriminatoria. Nos quedamos con el hecho en abstracto de que las ideas de libertad, igualdad, fraternidad, solidaridad y seguridad que defendían aparecían como los principales valores que se debían proporcionar y facilitar. Se intentaba armonizar la dimensión individual y la dimensión colectiva del ser humano; sus derechos con sus deberes. Para poder llevar esto a cabo, tanto la democracia, los estados de derecho, como los derechos naturales, convertidos en derechos humanos a mediados del siglo XX, resultaron ser conceptos imprescindibles para la vida en sociedad, con sus luces y sus sombras.

Actualmente, los estados constitucionales y democráticos de derecho se asientan sobre ese mismo imaginario con una larga trayectoria histórica refrendada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: nuestras sociedades se rigen por normas (constituciones, leyes y reglamentos) aceptadas por todos y destinadas a regular el bien común. Asimismo, indican quiénes son los agentes legitimados tanto para crearlas como para ejercer legalmente el poder, cómo llevarlo a cabo, y sobre qué materias o contenidos. Dentro de ese margen, también nos señalan el procedimiento a seguir para que nuestros derechos estén protegidos o, en su caso, sean resarcidos cuando son violados. De

nuevo se intenta construir un marco de convivencia social en el que la libertad y la autonomía de las personas sean compatibles con el bien común de todos, en un clima aparentemente abierto a los demás y de no violencia, igualdad y respeto.

Estos instrumentos de garantía y de organización político-jurídica contrastan con el real contexto global en el que vivimos: las guerras en África, Asia y en el Oriente Medio; la contaminación medioambiental y el expolio sobre la naturaleza; la proliferación y la amenaza provocada por el armamento nuclear; las desigualdades sociales y el incremento de la pobreza a nivel planetario, siendo mayor y más acentuada en los países de capitalismo periférico; las consecuencias y los riesgos de los avances tecnológicos; distintas manifestaciones de discriminación, violencia y exclusión social, étnica, racial o de género; etc., son elementos negativos que impiden a los seres humanos vivir dignamente, en un clima de felicidad y justicia. Muchas son las personas que sufren todos los días condiciones inhumanas y execrables de existencia. Los actuales procesos de globalización han cambiado radicalmente el contexto de hace unos años. El mundo está cada vez más interconectado, más para bien que para mal, y los intercambios culturales, sociales, políticos y económicos se han incrementado a un ritmo

vertiginoso. Recibimos información de cualquier parte del planeta y, en un concreto espacio geográfico, conviven personas de diversa procedencia y con culturas y formas de vida diferentes. Las relaciones humanas se hacen más complejas y los mecanismos para su regulación también. Evidentemente, no todo ser humano tiene las mismas posibilidades para desplegar sus potencialidades pues sus contextos de vida y su condición racial, étnica, sexual, etaria, identitaria, religiosa y cultural pueden situarlo en un estado beneficioso de privilegio y gracia o de inequidad, exclusión, perjuicio y desgracia. Asimismo, hablando más en abstracto los seres humanos, por un lado, pueden acentuar su carácter demente y violento con el que causan daño a sus semejantes, maltratándolos como inferiores o como objetos, pero también los seres humanos pueden desplegar espacios relacionales de solidaridades, sentido común, fraternidad y reconocimientos mutuos con los que hacer el bien, dentro de dinámicas no violentas y tratándonos unos/as a otros/as como sujetos.

Lamentablemente, a nivel global, predomina un situación de enfermedad casi terminal del planeta, en donde, fruto de la expansión del capitalismo y su versión depredadora neoliberal más actual se incrementa y se extiende consolidando una manera de clasificar la realidad desde los

ámbitos del ser, el saber, el poder y el hacer humanos, de manera desigual, por diversas razones de carácter etno-cultural, racial, sexual, de género, etaria, religiosa y geográfica. Se establece estructuralmente una asimetría globalifágica y globalifóbica, en la terminología de Armando Bartra (2014), cada vez más abismal entre una minoría de seres humanos que están situados socialmente en lo más alto, quedando una mayoría en lo más bajo y en condiciones denigrante e infrahumanas. Unos son supra-ciudadanos y otros son sub-ciudadanos o menos que eso. La separación entre ricos y pobres, entre ganadores y perdedores, entre el Norte y el Sur simbólico y geográfico se acentúa, y la depredación y el deterioro de la naturaleza se disparan sin control, todo ello bajo una lógica mercantilista que lo único que prioriza es la obtención del máximo beneficio, la competitividad y el egoísmo propietario acumulativo y de avariciosos.

Tal como señala el filósofo costarricense Eduardo Saxe-Fernández, la humanidad y la Tierra experimentan una serie de peligros ontológicos e incluso de colapsos mundiales (SAXE-FERNÁNDEZ, 2005). La acentuación de las desigualdades; la expansión de una cultura imperialista y de guerra; la degradación del medioambiente y la destrucción de la biodiversidad; el terrorismo internacional;

el tráfico de armas, de drogas y de personas; la homofobia; el odio al diferente; la cultura sacrificial cristiana y toda clase de fundamentalismos religioso y seculares; el cierre de fronteras y la construcción de muros, junto con el maltrato de las personas migrantes y de los refugiados (con el ejemplo más manifiesto de los sirios en Europa o la política usamericana de Donald Trump); el incremento de la cultura individualista egoísta y consumista; etc., son algunos de los síntomas hechos realidad. Se quiera o no se quiera, son pruebas manifiestas que reclaman cierta responsabilidad de todos los seres humanos, unos más que otros, aunque nadie se salva de ella.

En este sentido, los biólogos chilenos Alberto Maturana y Francisco Varela, en su obra *El árbol del conocimiento*, nos cuentan una anécdota bastante curiosa: en Nueva York, en el barrio del Bronx, hay un zoológico dentro del cual nos topamos con un gran pabellón dedicado expresamente a los primates. Los hay de todos los tipos y clases: gorilas, macacos, chimpancés, gibones... Pero lo que más llama la atención es que en el fondo, apartada, nos encontramos con una jaula bien protegida y cerrada con barrotes muy gruesos. Cuando uno se acerca a ella, puede leer un rótulo que dice: El primate más peligroso del planeta. Y al mirar entre

las barras de hierro, con sorpresa, uno ve su propia cara. Seguidamente se informa que el hombre ha matado más especies sobre el planeta que ninguna otra conocida (MATURANA y VARELA, 1999: 19). Tampoco sería desatinado añadir que, además, es la especie que más se ha agredido contra sí misma.

Si nos fijamos en la industria cinematográfica, desde hace unos años se están poniendo de moda las películas y las series sobre zombies o muertos vivientes. En ellas podemos darnos cuenta de que son los seres humanos quienes generan las peores situaciones de violencia y muerte sobre sus semejantes. Medio en serio y medio en broma lo que nos diferencia con respecto a los muertos vivientes es que entre ellos no se asesinan ni se eliminan porque se respetan. En cambio, nosotros somos nuestros propios enemigos. No vacilamos en hacernos daño, ni en aniquilarnos, incluso cuando sabemos que la especie humana va a desaparecer.

Por tanto, nos encontramos con un panorama desolador, de desasosiego y trágico que no debería, pese a todo, llevarnos hacia el pesimismo fatalista, todo lo contrario. De ahí que sea urgente y necesario buscar caminos y salidas que nos den esperanza. Hay que vertebrar nuevos escenarios con los que enfrentar esas situaciones destructoras y aniquiladoras de

la condición humana, articulando posibilidades y opciones reales de existencia digna para todos. Los derechos humanos pueden ser uno de esos vehículos o instrumentos con los que poder enfrentar las injusticias y los lugares en los que se vulnera a los integrantes de la especie humana. También pueden ser los medios con los que satisfacer nuestras necesidades y poder articular y construir espacios y realidades donde las condiciones de existencia y de vida dignas puedan ser apropiadas, garantizadas, efectivizadas y disfrutadas desde el respeto de la naturaleza. Los derechos humanos se hacen imprescindibles y necesarios en nuestra vida diaria, porque pueden servir para enfrentar las situaciones de opresión, discriminación, marginación e inferiorización de muchos grupos sociales vulnerables de las sociedades modernas. Nos pueden proporcionar los mecanismos que nos permiten enfrentar mejor cualquier tipo de injusticia social.

La necesidad se hace aún mayor porque están sucediendo, además, una serie de procesos que están debilitando directamente a la cultura y a la sensibilidad global por los derechos humanos, allá donde se han institucionalizado como conquistas históricas pero que corren el riesgo de perder. Vivimos un contexto a nivel global en el que estamos

experimentando acontecimientos varios no expresados solo con la pérdida de las libertades como consecuencia del terrorismo internacional y las políticas de respuesta al mismo, sino más bien vinculados con tres tipos de tendencias:

- a) Una marcada por procesos más descarados de des-democratización de la democracia entendida como poder real del pueblo y para el pueblo (criminalizan y descalifican luchas por los derechos de los movimientos sociales y disminuye la fuerza del derecho de huelga) (PISARELO, 2011).
- b) Otra tendencia concretizada en procesos de des-constitucionalización y descaracterización del constitucionalismo social y de los derechos fundamentales allí donde se lograron determinadas conquistas de los estados sociales y constitucionales de derecho, como consecuencia de la centralización sustitutoria y la hegemonía del constitucionalismo de los negocios y del mercado (MONEREO, 2015).
- c) Una última tendencia más general de mercantilización de todas las parcelas de la vida (POLANYI, 1997) y de una nueva subjetividad contable y una racionalidad a escala mundial con la que se está generalizando la competencia como norma de conducta y de la empresa como modelos de subjetivación (LAVAL y DARDOT,

2013), y que en materia de derechos humanos se manifiesta con la pérdida, en todos ellos, del referente inspirador de la dignidad humana entendida no como una esencia axiológica, sino como un marco o un horizonte de apertura y de disfrute de espacios de reconocimientos efectivos de existencias y de calidades vitales, junto con el medio ambiente y la naturaleza en general. Derechos humanos se deshacen en la esfera económica financiera, del trabajo y la producción al pasar a ser o descartes o valores serviciales de cambio a favor de la competitividad, la subjetividad depredadora y egoísta empresarial y la propiedad privada codiciosa de avariciosos.

Por esta y otras razones se presenta como necesario fomentar una cultura reactiva que sea más sensible a los derechos humanos para defenderlos, protegerlos y fortalecerlos, teniendo a la educación como uno de los principales baluartes.

2. EL PROBLEMA DE TEORIZAR POR ENCIMA DE PRACTICAR DERECHOS HUMANOS: dos hipótesis de trabajo

Pese a que queda claro lo importante que es educar en derechos humanos, resulta ser más crucial saber desde qué idea o concepto práctico se pretende enseñar. A

continuación vamos a dar una serie de directrices y líneas metodológicas y axiológicas sobre lo que consideramos, puede ser un modo de educar y co-educarnos en derechos humanos, pues partimos de la base de que todos debemos estar implicados en practicarlos, hacerlos y accionarlos, no solo en teorizarlos. Las propuestas se enmarcan con el material recopilado en los libros que realizamos para los cursos de pre-grado (ESO y Bachillerato o preparatoria) con la editorial andaluza Algaida sobre Educación para la ciudadanía y los derechos humanos en un contexto español conflictivo y adverso a incorporar la asignatura en los institutos por considerarla una amenaza a la materia de Religión (SÁNCHEZ, 2007b, 2008a y 2008b).

Para ello vamos a partir de dos hipótesis de trabajo que hay que tener en cuenta desde el principio:

a) El problema central y principal de los derechos humanos guarda relación con el abismo y la separación descomunal que existe entre la teoría y la práctica. Para educar en derechos humanos hay que abordar esta problemática de tal manera que desde el principio hay que promocionar, difundir, inculcar formas, caminos y modos de disminuir esta separación, cuestionando la manía que la cultura occidental tiene de priorizar más lo teórico sobre lo práctico. Como ejemplo, contaremos una anécdota que nos sucedió en la Universidad Estadual

Paulista (UNESP) en una de sus sedes, en la ciudad de Franca, Brasil.

Sin mencionar nombre alguno, en una de las mesas redondas sobre un seminario sobre derecho alternativo y teorías críticas, debatíamos con un conocido filósofo del derecho brasileño sobre otras miradas de derechos humanos. Señalamos ahí que estos comenzaban por casa, por el desayuno, en el sentido de que se construyen en el día a día y no son instancias que moran en un piso superior o en la azotea, siendo pensados y concebidos por teóricos, filósofos y juristas especializados. Es más, subrayábamos que uno puede ser un maravilloso orador que sabe mucho de normas y teorías, pero ser un violador de derechos en su casa al maltratar a su esposa y a todos los miembros de su familia. El iusfilósofo brasileño atónito y sorprendido al escucharnos, comentó que eso no guardaba relación con derechos humanos y menos con su fundamentación. Era ciego a su contexto de vida diario. La respuesta que le dimos fue clara: ¿cómo todos podemos ser violadores de derechos humanos y no podemos ser no violadores y reconocedores de los mismos, practicándolos en el día a día, empezando por nuestras moradas?

b) La segunda hipótesis que barajamos guarda mucha relación con la anterior. Retomando muchos de los planteamientos del filósofo chileno Helio Gallardo,

consideramos que la poca cultura con sensibilidad en derechos humanos que existe a nivel global, es excesivamente reducida, estrecha y minimalista. La versión generalizada que normalmente se consolida a nivel institucional y oficial tanto gubernativo o nacional como a nivel de organismos internacionales en el ámbito del derecho internacional y de las ONG, solo atiende a una concepción normativista, formalista, jurídico-positivista, estatalista, delegativa y post-violatoria, teniendo como resultado un imaginario que piensa los derechos humanos solo desde su teorización por sabios especialistas y por su efectivación y garantías atendidas por medio de burocracias funcionariales estatales y a través de circuitos judiciales. Las consecuencias se plasman en una cultura pasiva, conformista, indolente y débil. Fijémonos en esto: comparemos el porcentaje de violaciones de derechos humanos que ocurren todos los días en cualquier país supuestamente constitucional, democrático y de derecho, con el número de esas violaciones que son atendidas judicialmente con sentencias favorables y realmente. La desproporción es inmensa, de un 99 % de derechos vulnerados frente a un 1 % de eficacia judicial y post-violatoria, siendo generosos, porcentaje que puede incrementarse un poco con políticas públicas acosadas y limitadas por el coste y el gasto económico que supone proteger determinados derechos.

Como trasfondo hay un problema mayor y que se refiere al falso universalismo de los derechos humanos

construido por la cultura occidental. Sus discursos se mueven por medio de inclusiones abstractas, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones concretas marcadas por la nacionalidad, el racismo, el sentido de pertenencia, la condición de clase, la defensa del derecho de propiedad avariciosa y absoluta, el machismo o el concepto de ciudadanía. Lo hace tanto a nivel interno, como a nivel externo, pero en este caso con una mayor intensidad. Occidente trata al otro, al extranjero o al extraño, con un grado de desigualdad mayor que el que establece internamente, de puertas a dentro. El modo jerarquizado como organiza socialmente el poder y el saber por razones de clase, de raza, etarias y de género a sus nacionales, lo acentúa, incorporando nuevas asimetrías de puertas a fuera, a quienes considera no occidentales y pertenecen a otras culturas, sobre todo si son pobres. La discriminación, la marginación y la inferiorización por medio de la división social, cultural, racial, etaria, territorial, de clase y étnica del hacer, del poder, del ser y del saber humanos — establecida por el modo de producción capitalista moderno-patriarcal y sus modelos de desarrollos basados en el mercado y la propiedad privada de avariciosos—, se incrementa estructuralmente entre quienes son considerados occidentales o afines y quienes lo son condicionalmente o

deficientemente. Por ello, la universalidad de los derechos humanos se construye sobre discursos que defienden inclusiones en abstracto de todas las personas, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones concretas, individuales y colectivas, marcadas por la nacionalidad, el racismo, el androcentrismo, el clasismo, la riqueza suntuaria como fin en sí mismo o el concepto de ciudadanía que se multiplican y acentúan contra quienes no poseen una nacionalidad de un estado considerado constitucional y de derecho.

Con todo esto tenemos que reflexionar si en ese problema de separación de la teoría y la práctica, los derechos humanos vistos solo desde sus dimensiones instituidas, burocráticas, formales, abstractas y normativas, invisibilizan, ignoran o no afectan a las situaciones estructurales de desigualdad y dominación que quedan inamovibles históricamente, a pesar de que existan normas e instituciones junto a reflexiones teóricas sobre ellas que puedan, formalmente, reconocer las demandas de esos grupos excluidos. Como se ignora y se fortalece el mal común que solo beneficia a unos pocos a costa de la mayoría, puede estimarse que los colectivos populares y oprimidos luchan permanente y continuamente por condiciones de una vida digna de ser vivida (étnica, epistémica, social, económica, política, libidinal-

sexual, cultural...) más allá de las perspectivas secuenciales, lineales y generacionales de derechos establecidas doctrinal y jurídico-positivamente, desde un prisma eurocéntrico (SÁNCHEZ, 2011).

Una de las razones de que esto sucede es que, quizás, el modo como concebimos derechos humanos es un modo simplificado, insuficiente y limitado por puntual, parcial, azaroso y mínimo, que no solo no garantiza de manera suficiente la dignidad humana, sino que tampoco afecta la estructura desigual sobre la nos relacionamos y convivimos. De ahí que urja fomentar programas de educación en derechos humanos basados en imaginarios y prácticas más complejas, maximalistas, reactivas y centradas en las relaciones, prácticas y acciones humanas con los que intentar aumentar los porcentajes de garantías, efectividad, reconocimientos, inclusiones no discriminatorias y disfrute por parte de todos. De eso y algunas cosas más hablaremos a continuación.

3. LA IMPORTANCIA DE LA CO-EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE UN CONCEPTO COTIDIANO, RELACIONAL, SOCIO-HISTÓRICO, COMPLEJO Y MULTI-GARANTISTA

Nuestras propuestas y lineamientos básicos para enfrentar estos puntos ciegos o limitantes sobre derechos humanos los vamos a ordenar en tres bloques:

- a) En primer lugar uno de carácter epistemológico-estructural, aportando algunos elementos que amplíen la mirada de los derechos humanos y que demandan una mayor atención sobre sus dimensiones más prácticas y cotidianas en el sentido de que siendo como somos seres humanos, de la misma forma que somos potenciales vulneradores de derechos también somos potenciales reconocedores y no violadores de los mismos en todas las esferas de lo social.
- b) En segundo lugar, nos centraremos en un bloque más moralizador, a partir de una serie de convicciones éticas y de contenidos propositivos que se basan en algunos aportes del pensamiento de liberación latinoamericano, en función del concepto relacional, socio-materialista, multi-garantista y pre-violatorio que defendemos y que insiste en la idea de que los derechos humanos hay que entenderlos a tiempo completo y en todo lugar. Nos afecta a todos y todos debemos co-educarnos y co-responsabilizarnos en hacerlos a cada instante y a partir de las mismas tramas sociales, relaciones y acciones humanas desde dinámicas de respeto y de reconocimientos.
- c) El último bloque es de carácter metodológico referido a algunos principios psico-pedagógicos orientativos en el modo como se pueden co-enseñar y co-educar derechos humanos interrelacionándolos

con algunos valores más o menos transversales, y que tiene como referente, sin explicitarla, la pedagogía de Paulo Freire (1975), aunque sus planteamientos subyacen desde el principio.

3.1. Elementos sobre los que co-educar en derechos humanos

Cuando reflexionamos sobre los derechos humanos sucede algo similar a la imagen que tenemos de un iceberg. Si pensamos en este gran bloque de hielo, percibimos que hay un tercio de su estructura que está en la superficie y que vemos, pero existe otra parte bajo el agua que está oculta y que no conocemos. Desde el inicio partimos de una idea equivocada se nos viene inmediatamente a la cabeza: parece como si solo la punta del iceberg fuera la única parte que realmente existe. No tenemos en cuenta los dos tercios que se ocultan debajo del agua y que son sus verdaderos cimientos. Educar en derechos humanos requiere explicar y facilitar tanto los elementos que forman parte de la superficie que está a la vista como los elementos existentes en su estructura y que permanecen debajo del agua y que, por ello hay que visibilizar y mostrar. Al igual que el iceberg, los derechos humanos esconden todo un mundo de matices y riquezas que no nos son ajenos, extraños ni desconocidos, sino que están muy cerca de nosotros, en nuestro vivir cotidiano,

independientemente de que seamos estudiantes o profesores, padres de familia o hijos, empresarios o abogadas, jueces y juezas o policías, funcionarios, representantes políticos, sindicalistas o ciudadan@s.

Generalmente, cuando se habla de derechos humanos se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento (como la libertad, la igualdad y la solidaridad) y que están o bien basados en la misma condición humana o bien reflejados en sus producciones normativas e institucionales. Derechos humanos son aquellos derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional como nacional, por las constituciones, normas fundamentales, cartas magnas, tratados y declaraciones basadas en valores.

Esto, consciente e inconscientemente, conlleva varias implicaciones o consecuencias negativas ya mencionadas y que vamos a resaltar a partir de los planteamientos de Helio Gallardo, relacionándolos con dos definiciones que nos ofrecen los iusfilósofos españoles Antonio Enrique Pérez Luño y Joaquín Herrera Flores. Para Pérez Luño los derechos humanos son un conjunto de instituciones y facultades que en cada momento histórico concretizan los valores

de igualdad, libertad y dignidad humanas, precisando ser positivizados en normas jurídicas tanto de carácter nacional como internacional (PÉREZ LUÑO, 1999). Para el segundo, derechos humanos guardan relación con procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana (HERRERA, 2000 y 2005).

A partir de estas dos definiciones, podemos deducir 6 elementos que retomamos, de los cinco que señala Helio Gallardo como partes de la estructura de derechos humanos: a) la reflexión filosófica o dimensión teórica y doctrinal; b) el reconocimiento jurídico-positivo e institucional a nivel nacional e internacional; c) la eficacia y efectividad jurídica estatal (políticas públicas y sentencias judiciales); d) la lucha social; y e) la sensibilidad sociocultural (GALLARDO, 2000, 2005, 2006a, 2006b y 2007). Nosotros añadimos como un sexto elemento f): los valores como la libertad, la igualdad, la dignidad, la solidaridad, la vida humana y de la naturaleza, que en forma de reglas y principios se objetivan en normas, se reflexionan e interpretan filosófica, doctrinal y teóricamente en su parte argumentativa y discursiva y, además se reivindican por los movimientos sociales. Se refieren a facultades y marcos de acción. Finalmente también ampliamos la

dimensión c) con sistemas de garantías jurídicas no estatales a partir de un paradigma de pluralismo jurídico y de garantías sociales, culturales, relacionales no jurídicas como complemento de la infraestructura que vertebran los estados; y especificamos la lucha social del cuarto elemento d), como lucha colectiva desde los movimientos sociales y la lucha individual cotidiana. Educar en derechos humanos debería tener en cuenta de manera complementaria, interdependiente y de un modo interrelacionado todas estas dimensiones (SÁNCHEZ, 2015).

Uno de los errores de enseñar derechos humanos aparece cuando se reduce al imaginario institucionalizado, oficial y generalizado que solo se fija en los tres primeros elementos con sus matices: a) la dimensión normativa e institucional; b) la dimensión teórico-filosófica y la eficacia jurídico-estatal, sumado el elemento de los valores (f), pero solo en relación a aquellos valores objetivados y positivizados en normas y teorizados por técnicos, operadores jurídicos y filósofos/as especialistas, desconsiderando o dando escasa importancia a ámbitos fundamentales como la lucha social (que cuando se reconoce se hace de manera muy puntual), la eficacia no jurídica y la eficacia jurídica no estatal, así como la cultura, el saber y la sensibilidad popular, que son

básicos para poder entenderlos mejor y ponerlos más coherentemente en práctica. Estos insumos infravalorados hay que supervisibilizarlos y mostrarlos porque nos pueden permitir superara y/o enfrentar esa separación estructural que existe entre lo que se dice y lo que se hace sobre derechos humanos y que impiden desarrollarnos como sujetos y autónomamente.

No obstante, un programa que pretenda educar y enseñar derechos humanos debe mostrar el mayor número de teorías y concepciones filosóficas que las reflexionan y conceptualizan, siempre atendiendo a los contextos socio-culturales donde se quiere sensibilizar y enseñar. Asimismo, una faceta importante de los derechos humanos es su proceso de institucionalización y reconocimiento normativo tanto a escala nacional como internacional. Cuando movimientos sociales como el de la burguesía en el proceso de conformación de las sociedades modernas, o como el movimiento obrero en el siglo XIX y los movimientos de las mujeres y de los indígenas en el siglo XX con sus antecedentes en el pasado, se levantaron para reivindicar mayores espacios de libertad y denunciar distintas formas de exceso del poder (económico, cultural, étnico, libidinal, etc.), el objetivo del reconocimiento constitucional y jurídico se hizo crucial para objetivar sus demandas.

De ahí la importancia que tiene la dimensión jurídico-positiva de los derechos humanos con sus valores inspiradores que se reclaman como bandera (dignidad, igualdad, libertad) mostrando el conjunto de normas jurídicas de carácter nacional e internacional que forma parte de cada país o región donde se pretende educar en derechos humanos. Pero, además, junto con el reconocimiento normativo, la eficacia y la efectividad jurídica de los aparatos estatales de derechos humanos suele ser el principal recurso al que se acude para garantizarlos. Que los ciudadanos sepan dónde acudir a instancias administrativas y gubernativas, resulta útil para abrir los circuitos burocráticos y judiciales, pero hay contextos donde no hay una fuerte presencia del estado. Entre esa dependencia con sus debilidades y ausencias causadas por falta de presupuesto, por políticas de privatización o por desentendimiento por parte de las instituciones estatales, solemos defender una concepción pos-violatoria de derechos humanos con resultados azarosos y mínimos, ignorando o haciendo poco caso a la dimensión pre-violatoria. Derechos humanos parecen que solo existen una vez que han sido conculcados, no importándonos aquella dimensión de su realidad que se construye o se destruye antes de acudir al estado.

Ahora bien, los derechos humanos no son un dato, una esencia reflejada en un valor o principio o solo lo recogido en unas normas constitucionales y/o lo reflejado en unos libros que hay que aprenderse y memorizar. Tampoco hay que pensar en que solo tienen una dimensión delegativa e instituida al considerarse que solo pueden ser conocidos por especialistas en derecho o por operadores jurídicos y, en último caso, por los tribunales de justicia de ámbito nacional o internacional. Por lo general se piensa que solo son ellos quienes nos dicen cuáles son nuestros derechos y sobre ello se construyen programas de educación supuestamente asépticos y neutrales que solo hay que aprenderse memorizándolos. Este modo de enseñar derechos humanos sobredimensionaría la etapa procesal que se activa post-violatoriamente por especialistas, cuando se vulneran, quedando circunscrita a la esfera de su reivindicación judicial, una vez que han sido ya violados e incluso se decantan por un carácter punitivo y sancionador. De ahí que debamos abrir el horizonte a estadios pre-violatorios y a instancias que van más allá de lo instituido, teórico, normativo, formal y estatal-funcionarial, otorgándonos más poder y protagonismos a nosotros mismos, los seres humanos, en tanto sujetos relacionales empoderados.

3.2. Derechos humanos relacionales e instituyentes

Esta apertura la basamos en la idea de que derechos humanos guardan relación con la capacidad que el ser humano tiene y debe tener como sujeto para dotar de carácter a sus propias producciones en entornos que no domina completamente. Estarían vinculados con la disposición de denunciar y luchar contra cualquier situación que imposibilite esta capacidad de crear, significar y resignificar a las instituciones socialmente producidas. Por esta razón, un programa educativo de derechos humanos será mucho más completo y enriquecido si enseña que no hay derechos sin luchas sociales pasadas y presentes, ni tampoco sin luchas individuales y que es fundamental tener una cultura y una sensibilidad por ellos para incorporarlos en nuestros proyectos de vida y hacerlos a diario. Eso ampliará los mecanismos de garantías que serán múltiples y de carácter no solo jurídico-estatal, sino también social, político, económico y cultural a partir de su implementación multi-espacial, es decir, en todos los espacios sociales donde nos relacionamos.

¿Por qué es importante enseñar la dimensión de las luchas? Porque es ámbito que da origen a los derechos humanos y los mantiene vivos: tanto la lucha y la acción

social colectiva, como la lucha individual y cotidiana. En ambos casos, derechos humanos tienen más que ver con la definición de Joaquín Herrera (2000 y 2005), como procesos de lucha por abrir y consolidar espacios de libertad y dignidad humanas. En concreto pueden ser concebidos como el conjunto de prácticas, acciones y actuaciones sociopolíticas, simbólicas, culturales e institucionales tanto jurídicas como no jurídicas, realizadas por seres humanos cuando reaccionan contra los excesos de cualquier tipo de poder que les impide que puedan auto-constituirse como sujetos plurales y diferenciados. Las luchas pueden manifestarse por medio de demandas y reivindicaciones populares en forma de movimientos sociales o individualmente, en la vida diaria y entornos cotidianos en los que la gente convive y reacciona.

Las luchas colectivas, tal como señala Helio Gallardo, parten del imaginario burgués en el tránsito a la modernidad, pero van más allá de ese imaginario y trascienden el molde trazado por la lucha burguesa, extendiéndose los imaginarios a toda lucha frente a cualquier expresión de poder. La matriz y la base de derechos humanos están constituida socio-históricamente por la formación social moderna, por sus instituciones, dinámicas y lógicas. La lucha de la burguesía como

sociedad civil emergente y moderna, fundamentó derechos humanos a través de su dinámica reivindicativa de liberación frente a todo impedimento ilegítimo establecido por los reyes, los señores feudales y la Iglesia, quienes no reconocían la ampliación de las experiencias de humanidad expresadas en las particularidades de la vida burguesa (GALLARDO, 2007). Pero esta matriz, que posee un horizonte de esperanza y posibilidades muy fuerte, en su origen y posterior desarrollo estuvo desgarrada por tensiones, oposiciones y conflictos diversos. Enseñar derechos humanos implicar mostrar esas otras luchas.

Sí es cierto que la burguesía concibió y creó con sus prácticas y teorías, desde el principio, el imaginario de los derechos humanos como derechos individuales, pero su fuerza persuasiva, hegemónica y simbólica consolidó una universalidad abstracta y colonizadora que silenció e invisibilizó el desgarramiento que, desde sus inicios, se dio no solo entre el orden feudal frente al que luchaba la burguesía, sino también frente a otros grupos sociales que quedaron discriminados, explotados y marginados por no encajar en el “traje” de la cultura burguesa. Más bien, la capacidad de imponerse y de hacerse hegemónica de este colectivo, provocó, al institucionalizar sus

reivindicaciones, que otros grupos humanos no pudieran en ese mismo período y, en períodos posteriores, hacer una lucha con resultados institucionales y estructurales equivalentes a los que logró la burguesía. Esto ocasionó una serie de experiencias de contrastes diversas y diferentes en colectivos (indígenas, mujeres, otros grupos étnicos o raciales, etc.) con sus propios horizontes de sentido, propuestas existenciales plurales y modos de vida diferenciados, que tuvieron que adaptarse al imaginario de la modernidad liberal burguesa y decolonial, cuyo horizonte de sentido -que no era el único válido y verdadero- poseía tanto lógicas de emancipación como lógicas de dominación y exclusión patriarcales, raciales y etnocéntricas, siendo estas últimas las que se hicieron predominantes al subalternizar y victimizar a quienes cuestionaban el orden económico capitalista y burgués, basado en la propiedad privada absoluta, la competitividad de ganadores y perdedores, el libre mercado y la racionalidad instrumental del máximo beneficio y la eficiencia.

En el mismo sentido señala Joaquín Herrera: los derechos humanos son un producto cultural que Occidente propone para encaminar las actitudes y las aptitudes necesarias para llegar a una vida digna en el marco del contexto social impuesto por el

modo de relación basado en el capital. Surgen y se despliegan paralelamente al origen y al despliegue del modo de relaciones desigual dominado por el capital. De ahí que, por un lado, sirvieron como justificación de la expansión colonial por todo el globo terrestre, pero, por otro lado, en ese mismo proceso, se hizo necesario enfrentarse a esa globalización de injusticias y opresiones producida por doquier y sirvieron como arma de resistencia. Teniendo en cuenta que cada formación social construye cultural e históricamente sus vías hacia la dignidad, en ese proceso existen expresiones hegemónicas dominantes de dignidad y de lucha por ella y, también, muestran actitudes antagónicas contra ellas con sus actores plurales. Los derechos humanos expresan esa dualidad en el marco del circuito de reacción cultural occidental y de reacciones culturales no occidentales que resignifican el discurso y la práctica de los derechos humanos junto a otros procesos de lucha por la dignidad (HERRERA, 2005).

En cuanto a las luchas cotidianas e individuales -y que también son políticas-, percibimos el hecho de que todos estamos implicados en su efectivación y en su hacerlos realidad. Enfrentan el efecto estático y congelado o puntual y azaroso de las formas jurídicas expresadas en leyes y reglamentos por medio del conjunto de

actuaciones y relaciones personales, concretas y cercanas encaminadas a hacer efectivos los derechos proclamados. Si con el primer tipo de lucha por los derechos a través de los movimientos sociales (pueblos indígenas, colectivos de mujeres, movimientos LGTB, proletario y trabajadores, colectivos contra el racismo y la esclavitud, estudiantes, indignados, etc.), nos encontramos con unos derechos humanos generados desde poderes constituyentes populares con una mayor fuerza colectiva transformadora, en este segundo tipo de lucha relacional del día a día, los derechos humanos son ejercidos por poderes instituyentes más “cotidianistas”, expresados con la facultad o potencialidad individual y personal y las acciones particulares desenvueltas por cada persona.

En ambos casos, a un nivel más antropológico, podría hablarse de la cualidad instituyente y creadora de los seres humanos para transformarse a sí mismos y a los entornos en el que se desarrollan. En este sentido, Joaquín Herrera Flores alude a la capacidad humana genérica de reaccionar culturalmente frente al mundo, de reaccionar frente a sus entornos relacionales, en un permanente, continuo e inacabado proceso de creatividad y significación, con sus consecuencias tanto positivas como negativas. En otras palabras, a la capacidad creativa plural y

diferenciada, la cualidad individual y colectiva de las personas concretas de enfrentar el mundo, reaccionando frente a sus entornos relacionales tanto para lo bueno como para lo malo. En términos de dignidad humana, sería el despliegue de la potencialidad humana para construir los medios y las condiciones necesarios que posibiliten la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos (HERRERA, 2005: 18, 57 y 60). Sería un modo de recuperar la dimensión instituyente de cada ser humano sin obligarlo a delegar su defensa solo en lo instituido y burocrático. Por ello, la fuerza de los derechos humanos en eficacia y reconocimiento garantizado se incrementará complementando las dimensión instituyente de las luchas colectivas e individuales con los derechos instituidos normativizados y estatalizados que cada ciudadano/a también debe reclamar.

De esta manera se amplía el sistema de garantías con los que los derechos se hacen reales en su uso. Para hacer operativas las normas constitucionales y las normas internacionales que forman parte de cada ordenamiento jurídico nacional, junto con las acciones de los operadores jurídicos con sensibilidad por derechos humanos, que atienden las demandas y denuncias a través de sentencias, acciones de defensa y medidas administrativas, estarían los actos

ciudadanos individuales dirigidos a hacer valer los derechos reconocidos por las normas. Pero además, en los espacios relacionales de convivencia (en la familia por medio de una educación de crecimiento respetuoso, en la escuela a través de pedagogías liberadoras, en el trabajo con el reconocimiento integral de los derechos laborales, etc.), de motu proprio los seres humanos pueden desarrollar un conjunto de tramas sociales con las que unos a otros se tratan como sujetos iguales y plurales, actuando y luchando para convocar y sensibilizar, desde dinámicas de reconocimientos mutuos, solidarias y desde horizontalidades, ampliando el ámbito de garantías de derechos a lugares cotidianos y no solo judiciales.

Derechos humanos son socio-histórica y socio-materialmente producidos. No son instancias sustanciales y trascendentes que moran en el piso de arriba o en la azotea de nuestras casas. Los hacemos a través de relaciones humanas en nuestro propio piso de vida. Por eso, en el orden de la convivencia humana y en cada espacio relacional, se construyen y respetan o se destruyen y violan derechos humanos según el tipo de relaciones humanas que se desplieguen: si mediante dinámicas de dominación e imperio o mediante lógicas de emancipación y liberación. A través de las primeras el poder se ejerce entre sujetos

considerados superiores y humanos tratados como objetos inferiores, manipulables, prescindibles y manejables. Por medio de las segundas, las relaciones con el otro y la otra junto con las identidades del nosotros se construyen desde tramas de reconocimientos mutuos, respeto y considerando a todos como sujetos, co-obligándonos y cooperando constante y permanentemente.

Por esta razón hablamos de que educar y enseñar derechos humanos es co-educarnos y con-enseñarnos no solo en las escuelas, en las universidades o por medio de cursos especializados. Nos implica a todos hacerlos a tiempo completo y en todo lugar. Visibilizar el papel tan importante de las esferas relacionales y las tramas sociales en todos los espacios (doméstico, libidinal e íntimo, ciudadano, comunitario, global, del trabajo y el mercado, etc.) y promocionar desde lo cotidiano el desarrollo de dinámicas de emancipación y liberación con las que todos nos constituimos como sujetos, permitirá unos resultados mayores de transformación de esa violencia estructural sobre la que se sostienen nuestras sociedades y es causa de la separación entre la teoría y la práctica. Por ello se debe trabajar a nivel inter-escalar (desde lo local, pasando desde lo nacional hasta lo global) y multi-espacialmente (en todos los lugares donde las relaciones

humanas se desenvuelven) convocando, testimoniando, extendiendo, sensibilizando y promocionando relaciones humanas incluyentes de reconocimientos mutuos, reciprocidades y solidaridades (SÁNCHEZ, 2015). Derechos humanos guardan más relación con lo que hacemos en nuestras relaciones con nuestros semejantes, ya sea bajo lógicas o dinámicas de emancipación o de dominación, que con lo que nos dicen determinados especialistas lo que son (aunque también repercute en nuestro imaginario y en nuestra sensibilidad sobre derechos humanos). Y todo ello se enseña desde un nosotros solidario.

Hay que tener en cuenta que estructuralmente nuestras sociedades dividen racial, sexual, genérica, clasista y etariamente de forma discriminatoria, excluyente, marginadora, desigual e injusta a la gran mayoría de la humanidad. Hay quienes pueden pensar que por ello aparecen los derechos humanos como instrumentos de lucha y enfrentamiento a las violaciones que surgen de estos espacios relacionales. El estado-nacional sería el vehículo protagonista de límite, de control, de prevención y de sanción de las extralimitaciones de los poderes. No obstante, en función de lo que estamos diciendo, el imaginario que se utiliza y con el que se suele educar en derechos humanos y tal como lo entendemos oficialmente, no

permite enfrentar la violencia estructural y asimétrica de nuestro sistema capitalista global y las carencias de no poder hacer reales y efectivos nuestros derechos. Ya hemos dicho que el modo como los conceptualizamos y los defendemos solo tiene unos efectos paliativos y puntuales. Por este motivo es imprescindible salir de este bloqueo del 0.1% de éxito en la protección y las garantías. Los derechos humanos deben practicarse desde concepciones que produzcan consecuencias transformadoras de la división violenta y desigual del ser, del saber, del poder y del hacer humanos en lo étnico, lo racial, lo etario, lo genérico y lo sexual y en lo referente a la clase social, predominante a nivel global.

En esa dinámica, para hacer efectivos derechos humanos, se precisa crear sistemas de garantías que funcionen con las actuaciones y acciones humanas de defensa, lucha y reivindicación. No se

reducen a una única dimensión instituida, ni tampoco a una dimensión post-violatoria, omitiendo la centralidad de la dimensión pre-violatoria de los mismos. Existe toda una realidad mucho más amplia que la ofrecida por las políticas públicas de prevención y que se manifiesta con la praxis relacional cotidiana de la sociedad civil en lo social, lo político y lo económico. Además, para extender la mirada del sistema de garantías, junto a la legitimidad estatal de lo jurídico y la legitimidad social, que puede ser clasificada de ilegal pese a su materialidad de justicia, también existe, una dimensión jurídica no estatal, concretizada por la actuación de individuos y grupos humanos en sus lugares de existencia¹.

Por estas y otras razones, las dimensiones formales, institucionales y doctrinales deben complementarse en todas las esferas sociales, con el ámbito en el cual son los mismos seres humanos quienes también garantizan derechos, a través de las

¹ Es el caso de los pueblos indígenas o el MST, quienes se auto-organizan y auto-regulan desde lógicas emancipadoras con modos de resolución de conflictos y garantías de derechos a partir de paradigmas jurídicos no estatales o que se complementan con ellos.

Educación en derechos humanos está siempre mediado por los contextos geográficos, culturales y espacio-temporales. Por medio del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano y autodenominándose como estados plurinacionales - con cierta afinidad pero con diferente perspectiva política Brasil también constitucionaliza derechos étnicos y colectivos-, se están reconociendo una serie de nuevos derechos vinculados con la dimensión multiétnica y plurinacional de sus sociedades. Se trata de un proceso de mestizaje

cultural en el que el paradigma moderno no es el único que establece las condiciones de garantía jurídico-política y penal. A él se suman otras racionalidades y otras epistemologías tradicionalmente silenciadas y marginadas que reclaman su reconocimiento y tienen sus propios caminos para tratar las desviaciones comunales y garantizar sus propios derechos. Estos suelen ser de carácter colectivo relacionados con los pueblos indígenas y/o grupos afrodescendientes (p.e. el derecho a la tierra, el derecho a la autodeterminación y la autonomía, derechos culturales -educación, idioma, usos y costumbres...-, justicia informal, etc.) y sistemáticamente negados a lo largo de una trágica historia de resistencia, expolio, genocidio y barbarie (MÉDICI, 2012 y 2016; WOLKMER y PITTERS, 2013).

movilizaciones, las actuaciones y las luchas junto con las tramas sociales que los constituyen como sujetos y no como objetos. Cada uno y cada una de nosotros y nosotras, individual y colectivamente, somos quienes podemos o no podemos diariamente construir y reconocer derechos de manera solidaria y recíproca, haciéndolos efectivos con nuestras acciones, bien organizándonos y movilizándonos, bien a través de nuestras acciones individuales. De ahí la clara dimensión política que tienen, además, de la conexión que poseen con la necesidad de que la gente gane poder y lo ejerza emancipadoramente. A todos los niveles y escalas se debe cultivar una cultura que empodere y transfiera poderes a las mayorías populares y sub-alternizadas².

Finalmente, educar en derechos humanos es un vehículo para sensibilizar y hacer cultura sobre los mismos. Si la ciudadanía o los miembros de las sociedades democráticas no poseen una sensibilidad socio cultural y popular por sus derechos o no los conocen, es difícil que los defiendan. Igual sucede con la cultura jurídica, que también tiene que estar educada y formada desde el imaginario de los derechos humanos. Pero no solo eso, incluso puede haber una

² En esta dirección, como ejemplo, conceptos como los que se trabajan en Ecuador y Bolivia a nivel constitucional (demodiversidad, pluralismo jurídico, interculturalidad y plurinacionalidad) ayudan a avanzar en esa línea instituyente del poder

difusión de programas de enseñanza, promoción, concientización y formación en las escuelas, en las facultades de derecho y en las universidades, pero utilizando, tal como hemos dicho, un concepto restrictivo de derechos humanos que reproduce el imaginario indolente, anestesiado y pasivo que estamos denunciando. No solo se trata de educar obligando a los ciudadanos a aprenderse de memoria los artículos de la norma constitucional, sino que más bien, hay que enseñarnos a partir de una praxis acompañada por teorías, que nos conviertan en personas más activas y efectivas a nivel multi-escalar y desde una cultura de derechos humanos a tiempo completo y en todo lugar. Se logrará superar el 0,1 % de eficacia jurídica, si todos nos implicamos en hacer y construir derechos humanos integralmente en todas las esferas de lo social, utilizando los instrumentos jurídicos y los aparatos judiciales, pero también articulando relaciones de reconocimientos mutuos con las que todos seamos tratados y reconocidos como sujetos con capacidad de producir mundos.

Según el tipo de sensibilidad socio-cultural, será mayor o menor el grado de aceptación y el modo como los derechos humanos son asimilados, significados, re-

popular emancipador que no solo actúa a nivel de consenso sobre la organización y la forma de gobierno de un estado, sino también en la implementación de instancias de garantía de derechos tanto individuales como colectivos.

significados y entendidos. Es evidente que cuanto mayor esté extendida una cultura relacional, multi-garantista e inter-escalar sobre derechos humanos, menores serán las demandas que tengan que pasar por los tribunales y mayores serán las instancias de reconocimiento efectivo en lo económico y lo político y lo social. No es lo mismo promocionar y generar derechos humanos solo dentro del ámbito jurídico estatal que hacerlo fuera de él. Tanto jueces y juezas, fiscales y procuradores, abogadas y abogados, padres, madres, hijos, hijas, empresarios/as, agentes de bolsa, profesores/as, médicos, porteros/as, taxistas, jóvenes, ancianos/as, etc., tienen mucho que decir en el proceso de construcción y destrucción de derechos. No hay que pensar que sea un hecho consumado la violación de los mismos para que sean protegidos, ni pensar que como no se respetan socialmente y en el ámbito externo del derecho, en el vivir cotidiano, únicamente pueden garantizarse al interior del mundo jurídico y estatal. Por el contrario, en ambos lugares, permanentemente, se hacen y deshacen derechos humanos.

4. CONVICCIONES ÉTICAS Y PROPUESTAS CONCRETAS PARA CO-EDUCARNOS EN DERECHOS HUMANOS

En este apartado vamos a explicitar brevemente, algunas de las convicciones personales que nos mueven a la hora de entender, comprender, practicar y co-educar en derechos humanos y que a modo de criterios previos orientadores nos inspiran. También sugeriremos algunos contenidos concretos que hay que tratar o a los que hay que acudir para una más rica pedagogía en derechos humanos:

- En primer lugar, siguiendo al teólogo uruguayo Juan Luis Segundo, la apuesta por derechos humanos, pese a sus luces y sus sombras, es una apuesta por el ser humano y una fe antropológica por él (SEGUNDO, 2010). Esto se traduce en el principio de agencia humana defendido por Helio Gallardo y que hemos anticipado al principio del apartado 3.2. Lo retoma del logro de la modernidad sobre la capacidad de individuación del homo sapiens. El compromiso y la sensibilidad con lo humano se traduce en una disposición y un impulso a luchar por crear las condiciones que permitan a todo ser humano de dotar de carácter (libidinal, sexual, cultural, social, política, económica, étnicamente) a sus propias producciones en entornos que no controla en su totalidad (GALLARDO, 2007). Añadimos como complemento, el criterio de riqueza humana abordado por Joaquín Herrera e inspirado en Marx, con el que defiende la posibilidad de reacción que

toda persona posee frente al entorno de relaciones en que se encuentra, a partir del propio criterio de dignidad humana que se significa y se desarrolla en cada contexto cultural, ético, social y político (HERRERA, 2005).

Desde la agencia y la riqueza humanas, se facilitará un insumo pedagógico que potencia y cultiva la autoestima, la autonomía y la responsabilidad de cada uno de nosotros. Sentirnos protagonistas de nuestro destino y valorar nuestras capacidades de significar, re-significar realidades, de crear y recrear mundos diversos y plurales junto con nuestros semejantes, puede ser un antídoto frente a complejos, pérdida de autoestima, sentimientos de culpabilidad, depresión o actitudes de sometimiento y aceptación de humillaciones. Sentirnos activos y sujetos instituyentes desde nuestras particularidades, con capacidad de transformar y enfrentar todo aquello que nos empequeñece o anula, nos hace crecer y no decaer ante las adversidades.

- En segundo lugar, otro fuerte compromiso ético por lo humano en el modo de enseñar derechos humanos y que se proyecta sobre cualquier acción e interpretación de la realidad, está en el criterio y del principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana dentro de su círculo con la naturaleza, en la línea trabajada por el

pensamiento de liberación de Franz Hinkelammert (1995, 1996, 1998a y 1998b) y Enrique Dussel (1998). Para que el ser humano pueda desplegar la agencia o riqueza humanas, para que pueda producir y reproducir mundos, tiene que vivir. De ahí la importancia que tiene asumir e incorporar una racionalidad y una ética de la vida y de lo vivo, una ética reproductiva que sepa resistir sensible y comprometida con el sufrimiento humano. Todo ser humano debe vivir y no ser sacrificado ni ser matado por un valor, un ideal, una institución, en definitiva, una producción o creación humana. La vida humana no sobrevive sin naturaleza, pero sin humanos, ¿quien se preocupará de ella? Lo que defendemos desde la fe antropológica por el ser humano por medio del principio y la racionalidad de la vida es que si entre los seres humanos nos respetamos unos a otros sin agredirnos, sin inferiorizándonos, sin discriminarnos o asesinarlos, el respeto por la naturaleza (vegetales y animales) vendrá por sí solo.

La producción, reproducción y desarrollo de la vida es un criterio de realidad: para que el ser humano pueda sentir, respirar, hablar, comunicar, crear, recrear, significar y resignificar mundos, debe vivir. Y educarnos en derechos humanos solo se puede desarrollar entre quienes estamos vivos. Por esta razón, partimos de la consideración de que la vida

humana es el fundamento interno de la realidad. La vida humana (no abstractamente considerada) funciona como criterio que juzga sobre toda acción, tanto sobre aquello que la produce, reproduce y desarrolla como sobre aquello que la aniquila o degrada. No nos referimos a ella como fin, ni como programa que se puede cumplir o en el que se fracasa. Se trata más bien de la condición para cualquier cosa, acción o evento que esté dentro de los marcos de la realidad histórica del ser humano. Sin vida de los sujetos, no hay educación, ni discusión, ni razonamiento, ni valoración, ni sentimiento (HINKELAMMERT y MORA, 2006)³. Los ordenamientos jurídicos y los derechos humanos guardan relación con la administración de la vida y de la muerte de todas las personas del planeta, con nombre y apellidos. De ahí el reto de construir cultura sensible en derechos, responsable y con conciencia de defender las condiciones de existencia humana y de la naturaleza a partir de la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas que nos permiten

³ Sin intención de incurrir en un unidimensional economicismo, para enfrentar la manera como el capitalismo y la modernidad que lo apoyan coordinan la división social del trabajo y produce y distribuye los bienes sociales (con todo su aparato jurídico), estos autores defienden que no sólo se debe politizar y explicitar la política en toda actividad económica para evitar que se esconda bajo una falsa actividad técnica, sino que también se debe reconducir el mundo de la economía (así como toda acción de cualquier poder socio-político

vivir. La vida humana y el mundo natural en el que está inserta, son el fundamento que limita el margen de posibilidades de la humanidad. No todo es posible. La vida es lo debido (ROSILLO, 2013; BAUTISTA, 2014 y MÉDICI, 2016).

A partir de esta apuesta por lo humano y de sus condiciones de vida, la educación en derechos humanos debe tornarse más afectiva y solidaria, atenta y preocupada en mostrar que la existencia digna se basa en las necesidades y las corporalidades humanas, sin excepciones. Todo ser humano, con nombres y apellidos debe tener la posibilidad de construir y reconstruir mundos en todos los órdenes de la vida, enfrentando cualquier limitación, obstáculo o cierre que lo impide.

- En tercer lugar, junto con ese compromiso con lo humano, se añade un paso adelante y de mayor profundidad que se abre a la capacidad de saber compartir y sensibilizarse por el sufrimiento del homo sapiens-demens y con el componente de las lucha por los derechos. Esto puede traducirse a través del denominado

y jurídico) hacia el reconocimiento de las condiciones de existencia de todos los seres humanos (corporales en todas sus dimensiones) y la naturaleza que conforman tanto la humanidad como el planeta Tierra, teniendo en cuenta el criterio y el principio de la vida humana. Cualquier acción o política pública y privada, como mínimo, debe tener en cuenta y apostar por las condiciones de existencia de todos los sujetos que conforman la humanidad, porque la vida de cada persona es el soporte de todo lo demás.

imperativo categórico contra las victimizaciones, propio del pensamiento crítico y de liberación, retomado por Franz Hinkelammert (2007) a partir de los planteamientos marxianos. El hecho de echar por tierra y denunciar cualquier situación en la que cualquier ser humano sea denigrado, humillado, vejado y vilipendiado, implica una opción por quienes son producidos como víctimas (victimizados) por medio de lógicas y dinámicas de dominación, discriminación, exclusión y marginación, dando cuenta tanto analíticamente de las causas y condicionantes que las producen como contribuyendo, colaborando y participando en la generación de dinámicas, prácticas y procesos que las enfrenten. El reto de una educación en derechos humanos será el visibilizar, mostrar, enfrentar y criticar tanto en el presente como diacrónicamente, a lo largo de la historia, todo proceso, hecho o acontecimiento en el que se agrede la dignidad de personas, individuos y colectivos por su condición racial, étnico-cultural, religiosa, sexual o por razones de género o por causas socio-económicas o de clase.

No hay que olvidar que el origen histórico de los derechos humanos se cimenta en procesos de lucha y reivindicación frente a distintos excesos de poder. Tienen en su reclamación frente a

una injusticia a uno de sus componentes más importantes. Según Ellacuría (2012) la mejor forma y el método más adecuado para percibir un derecho humano real y dinámico es el de negar aquella condición de esclavitud, debilidad y opresión que viola una dimensión vital y existencia de los seres humanos que se traduce y significa en términos de dignidad, de libertad o de derechos, ya que este estado o condición negadora es la que ofrece un dato temático primario que sirve de fuente no solo de análisis, sino, principalmente, para poder hacer justicia enfrentándola y, de modo dialéctico, anulándola, mediante su superación crítica y transformadora. Por ello, la situación de sufrimiento e injusticia exige vislumbrar el problema de los derechos humanos desde lo que es la raíz más profunda de esa realidad negadora que produce el daño y la inferiorización de unos sujetos por otros, pues la condición de esclavo, débil u oprimido no cae del cielo ni es «primigenia, ni tampoco consiste en una mera carencia, sino que es derivada de un estricta privación, de un despojo múltiple y diferenciado» (ELLACURIA, 2012:298-299), socio-históricamente producido.

Educar mostrando los padecimientos de la comunidad de víctimas que sufre distintos procesos de inferiorización, dominación, marginación, humillación y exclusión y que busca

subvertir el sistema que le niega las condiciones para la producción, reproducción y desarrollo de una vida digna de ser vivida, puede ser enriquecedor para poder reaccionar y no incurrir en ser causantes de equivalentes infamias y maldades. Todo esto más allá del protagonismo del estado o de la naturaleza humana como fundamento de lo universal. Si «sujeto por antonomasia de la praxis de liberación es la víctima que, adquiriendo consciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar, la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida.» (ROSILLO, 2014: 110). Cuando se co-educan en derechos humanos, los destinatarios pueden ser también víctimas que tienen que empoderarse, o personas que viven contextos menos opresivos y pueden hacerse solidarios con ellas, sin dejar de ser sujetos relacionales que no discriminan en los espacios sociales donde se mueven. Por lo general, los discursos y las prácticas de los derechos humanos se hacen hegemónicos de arriba abajo, desde las instancias de poder. Por medio de una educación preocupada por los procesos de victimización, se invierte el proceso para que sea desde abajo desde donde irradiar las luchas de resistencia, legitimándolas y articulándolas para que la vigencia de los

derechos humanos sea más plena, holística e integral.

Allí donde se producen relaciones de dominio y jerárquicas excluyentes, se ha de visibilizar las estructuras de desigualdad y asimétricas en las que determinados colectivos quedan a merced de grupos de poder y sistemas que son transformadas en ídolos y fetiches endiosados que están por encima de la condición humana. Eso es una responsabilidad para quienes apuestan por una co-educación que consolide la sensibilidad por derechos humanos.

Una vez mencionadas las tres convicciones éticas que pueden nortearnos en nuestras intenciones pedagógicas, señalaremos una serie de contenidos o materias que pueden incorporarse en los programas o proyectos de enseñanza y educación en derechos humanos:

Habrán que tener en cuenta, no solo los valores de libertad, igualdad, solidaridad y la misma dignidad se objetivan en normas jurídicas nacionales o internacionales. Está bien conocer sus contenidos a partir de lo que interpretan los tribunales, la doctrina y los operadores jurídicos, pero hay otras fuentes donde se reflejan y plasman: los saberes populares (refranes, cuentos y canciones populares, tradiciones orales, bailes, fiestas, etc.), el mundo del arte (literatura –novelas, poemas, teatro-, pintura, escultura, música, grafitis), nos

proporcionan mucha información sobre la justicia, la injusticia, la dignidad, la lucha por la adversidad y la capacidad que tienen los seres humanos de padecer sufrimientos y de rebelarse frente a poderes que matan. Muchos son los productos culturales populares y artísticos que expresan modos diversos de reacción frente a entornos relacionales por superar y que nos limitan. Hay que rescatar aquellos que mueven por dinámicas de respeto, de lucha contra la opresión y a favor de la justicia social. Se denunciarán los productos culturales que expresan dominación, represión, discriminación y exclusión.

En relación al imperativo categórico contra cualquier proceso de victimización y a las luchas sociales, convendría recuperar las historias no oficiales de los vencidos y de los olvidados por la desmemoria de los vencedores: nos permitiría ampliar nuestro horizonte de las demandas, reivindicaciones y reclamaciones contra diversos modos de ejercicio de poder, en la línea del escritor uruguayo Eduardo Galeano y a lo largo de toda su obra⁴, también desde la mirada del filósofo uruguayo Raúl Zibechi (2007 y 2014), o en el marco de la colonialidad del poder de Aníbal Quijano (2014) o de María Lugones desde la perspectiva de género (2008), todos ellos en sintonía con la “sociología de las ausencias” de Boaventura

de Sousa Santos (2009), la perspectiva histórica de “trans-modernidad” de Enrique Dussel (BAUTISTA, 2014) o el concepto de contra-modernidad de Eduardo Grüner (2010).

Walter Benjamin⁵, verso libre de la Escuela de Frankfurt, empleó gran parte de su vida en comprender la historia de las clases sociales y los grupos oprimidos de todas las épocas y todos los continentes, pero poniendo especial atención a las víctimas producidas en el seno de la historia de la cultura occidental. El filósofo alemán era solidario con todos los que cayeron en nombre de la civilización, el progreso y la modernidad y por esa razón denunciaba, al igual que Bertolt Brecht, que todos los bienes culturales eran documentos de la barbarie, ya que nacen de las injusticias de clase, de la opresión social y con motivo de la implementación de políticas de desigualdad y exclusión. Las historias oficiales se construyen siempre desde quienes vencen y oprimen, silenciándose las de los vencidos. Masacres y guerras suelen ser el vehículo de transmisión que se justifican blanqueando la sangre roja derramada por el sufrimiento y la esclavitud de la mayoría popular deshumanizada y vilipendiada, en nombre de la razón, el bien común y el proceso de madurez, evolución y avance de la humanidad. De ahí la

⁴ A título de ejemplo Galeano, 2008, 2015 y 2016

⁵ Ver en este sentido Michael Lowy (2010).

necesidad de visibilizar, recuperar, resignificar esas otras historias que vayan a contrapelo, que sean críticas y cuestionadoras de las opresiones y recuperen otras versiones del pasado basadas en luchas emancipadoras y de liberación.

En lo que afecta a la historia de los derechos humanos, supondría conocer la historia de las luchas a partir de todos los colectivos y grupos humanos que en todos los continentes se han levantado contra las perversidades cometidas por los imperios de todo tipo con el capitalismo a la cabeza en nuestra época presente, los fundamentalismos idolátricos e inquisitoriales religiosos, contra cualquier ejercicio de poder que discrimina, explota, margina, oprime, victimiza por razones raciales, económicas, familiares, ideológicas, sexuales. Colectivos como pueblos o nacionalidades indígenas, luchas obreras, proletarias y campesinas, movimientos anticoloniales y luchas anti-racistas; movilizaciones y demandas contra patriarcalismos y heterosexismos, comunidades religiosas anti-idolátricas y con espiritualidades de fraternidad y ecuménicas, etc., suelen ser los de abajo silenciados, eliminados, ocultados e incapacitados como actores de las historias oficiales.

Tres ejemplos concretos de lo que venimos diciendo, dos de ellos en el contexto latinoamericano sería, en primer lugar, la recuperación del valor y de la importancia de la Revolución de Haití tan olvidada y vilipendiada desde la colonialidad del poder de Occidente, enriquecida por los imaginarios y proyectos de vida africanos y excluida de los tres procesos revolucionarios que son emblemas de los derechos naturales y de los derechos del hombre: la revolución inglesa, la revolución francesa y la independencia de los Estados Unidos (GRÜNER, 2010; y MARTÍNEZ, 2013). En segundo lugar, la otra historia contada a partir de las mujeres como agentes de las culturas populares pero estructuralmente explotadas desde la esclavitud, el feudalismo y el capitalismo (FEDERICI, 2016); y en tercer lugar, la visibilización de la llamada tradición hispanoamericana o iberoamericana de los derechos humanos basada en la figura de los pobres u oprimidos, frente a la tradición individualista liberal y burguesa eurocéntrica (DE LA TORRE RANGEL, 2014; y ROSILLO, 2011).

Por último, derechos humanos implican dimensiones jurídicas y no jurídicas. Expresan la complejidad de lo real, pero específicamente, sobre ellos confluyen elementos políticos, sociales, históricos, antropológicos, económicos,

literarios, jurídicos, etc. El imaginario positivista, formal y estatalista de los derechos humanos simplifica lo que es más rico y es expresión de complejidad. Son infinitas las interacciones de su praxis y también su comprensión requiere de una interdisciplinariedad de racionalidades diversas. No solo se trata de abrirse a otras disciplinas y luchar contra la resistencia gremial y los celos corporativos propios del mundo jurídico. Los horizontes de las disciplinas del derecho deben abrirse desde su interior y ampliarse la comunicabilidad de todas las partes de lo real que se mueven en el mundo de la antropología, la historia, la política, la economía, la sociología, la psicología. No es que únicamente los derechos humanos se relacionen con la Economía, la Ética y/o la Política, sino que al interior de lo jurídico y de lo no jurídico siempre hay elementos económicos, políticos, culturales, éticos y de género, como igual sucede con el resto de ámbitos en los que se desarrollan las relaciones humanas.

En orden a todo lo dicho consideramos que la educación en derechos humanos debe cultivarse y co-enseñarse desde la multidiversidad epistemológica y disciplinaria, ya que le es inherente en su carácter complejo, socio-material, relacional y cotidiano. Además, hablar de derechos humanos es hacerlos desde los

contextos relacionales e históricos en los que están insertos. En ellos son cruciales los tiempos, los ritmos, los espacios, las corporalidades y los sujetos que (re)significan constantemente la realidad en diferentes niveles o escalas en entornos que nunca logrará controlar en su totalidad.

Desde una perspectiva más integral, conforme a una racionalidad de la vida, de lo que se trata es de conjugar aquellas estrategias e instrumental con una visión del saber que sea capaz de ver la complejidad de la realidad de los derechos humanos. Por esta razón se debe fomentar la interconexión del conocimiento, como expresión de la recursividad e interrelación de todos los elementos que componen nuestro mundo de derechos que entre todos hacemos y deshacemos. Asimismo, la interdisciplinariedad se impone como exigencia de la acción y la reflexión, comprometiendo la actitud del científico e investigador, inclusive la de cualquier persona que analiza, interpreta y enjuicia el mundo que le rodea y en el que actúa.

El mundo académico y universitario que investiga derechos humanos, suele adolecer de una especie de “libertad de expresión de manicomio”, en la cual todos/as pueden hablar pero nadie escucha sobre lo que son y deben ser; por tanto, al final no hay ningún flujo de intercambio de ideas y experiencias. La

interdisciplinariedad que convocamos conlleva incentivar una cultura que practique derechos humanos a tiempo completo y en todo lugar, junto con un modo de entender el saber abierto, dialogante y que se retroalimente en todos los niveles con el máximo de especialistas y no especialistas. Al respecto, el filósofo cubano-alemán Raúl Fonet Betancourt (2001: 115-116) indica que cuando nos hacemos partícipes del proceso de reproducción del saber disciplinario, no sentimos la necesidad de ir más allá de los límites de ese saber. Sacralizamos inconscientemente los límites vigentes de nuestra disciplina y hacemos apología de su autonomía. Desde otra perspectiva, la autonomía está referida, más bien, a esa condición de independencia creativa que debe tener el investigador, la cual le permite desplegar una dinámica interna de interconexión con otras autonomías. Por lo mismo, se ha de crear un espacio o lugar fronterizo de inter-cambio o diálogo, de auténtica interacción, interdependencia e interfecundación, de unas disciplinas científicas con otras y de estas con otros saberes no científicos, igualmente válidos en el espacio de su especificidad. De esta manera, se impide la instrumentalización de unos respecto de los otros, y esa interrelación resulta mucho más que una simple yuxtaposición o adición acumulativa de saberes.

Fruto de la “con-vocación” a la “contro-versia”, de los diversos tipos de racionalidad y de los saberes en que plasman, lograríamos una especie de razonabilidad de la razón con la que los derechos humanos serían entendidos y practicados reduciendo el abismo entre la teoría y la práctica. Esta razonabilidad sería entendida como una unidad en proceso abierto de continua cualificación, desde la pluralidad y la diferencia. Vivir, ejercitar y pensar la razón humana como un “concierto” o una “composición” siempre inconclusos, vertebrando diálogos solidarios entre el máximo de formas de conocimiento (FONET-BETANCOURT, 2001: 121-123).

Como facilitadores de conocimiento (en este caso cuando se enseña derechos humanos, todos debemos ser conscientes de la parcialidad de todo mirar y de toda opinión, concepción, teoría o creencia. Tanto a lo largo de la historia como en nuestro presente, son muchas las ideas y las tendencias que adoptan perspectivas distintas no solo sobre los derechos humanos, sino también sobre la idea de democracia, sobre la ética cívica y el papel que deben desempeñar las instituciones públicas y las normas. Los alumnos y las alumnas deben conocer un abanico de opciones y elegir desde sus propios horizontes de sentido, teniendo en cuenta

las opiniones de los demás y a partir de esas miradas multi e interdisciplinares. De ahí la importancia de potenciar una actitud que permita argumentar racionalmente sobre los propios puntos de vista, contrastándolos con otras posiciones y con otras argumentaciones, porque la verdad nunca es definitiva, ni completa, ni cerrada, ni eterna, ni dogmática.

5. METODOLOGÍA CO-EDUCATIVAS EN DERECHOS HUMANOS: orientaciones metodológicas y materias transversales

Desde la educación no se puede hacer que desaparezcan los males de la humanidad y del planeta, pero sí puede ayudar para entender sus causas, ofrecer materiales de análisis e inculcar ciertas actitudes y comportamientos que son necesarios para crear y fomentar una cultura de derechos humanos. Para poder lograr este propósito, proponemos algunos principios psicopedagógicos: el principio relacional, el activo-participativo, el dialógico, el crítico y el principio de la complejidad (SÁNCHEZ, 2007c). A continuación, veamos el significado de cada uno de ellos:

- a) **El principio relacional:** parte de la premisa de que las personas somos seres relacionales, vivimos a través de

las acciones intersubjetivas que desarrollamos. Por medio de ellas, nos podemos reconocer como sujetos, protegiéndonos mutuamente nuestros derechos o podemos tratarnos como objetos, violando nuestras libertades y agrediendo nuestra dignidad. De la misma manera, se manifiesta la idea de que tanto la ciudadanía como los derechos humanos se construyen con el haz de relaciones y la red de acciones sociales que se despliegan entre las personas en todas las parcelas de la vida. Tanto las instituciones como las normas y las reglas de la convivencia humana se desarrollan relacionamente. No hay ser humano ni institución que exista fuera de una o varias relaciones.

- b) **El principio activo-participativo** considera que la ciudadanía y los derechos humanos no son instancias ajenas a las personas, ni mucho menos a los estudiantes ni a los docentes. Todo lo contrario, ambas se viven día a día. Por esta razón, allá donde se co-educue en derechos humanos hay que intentar potenciar la implicación de cada persona, utilizando recursos que inciten a su participación en problemas cotidianos que tienen mucho que ver con el reconocimiento o el desconocimiento de las libertades, las facultades, las opciones y los derechos humanos. Hay una necesidad de educar desde y para la acción, sin miedo para afrontar los problemas tanto locales,

como nacionales y globales, y con la intención de buscarles alguna solución.

- c) **El principio dialógico:** intenta desplegar una pedagogía multidireccional en la línea de interdisciplinariedad arriba mencionada, con intercambios mutuos y no de un único sentido, aquel exclusivamente marcado por el profesorado. Se parte de la premisa de que los problemas humanos deben debatirse y discutirse con respeto, desde la tolerancia y con la disposición de saber escuchar la opinión de los otros. Se rechaza cualquier tipo de pedagogía bancaria y unidireccional, en la que uno se limita a explicar y el resto se limita a escuchar (FREIRE, 1975 y 1998). En cierta medida, todo ser humano está capacitado para dotar de sentido y para dar carácter al mundo que le rodea. También los/as adolescentes y los/as menores. Por ello se deben crear las condiciones apropiadas para una comunicación fluida, entre iguales y asumiendo, simultáneamente sus diferencias. En cualquier lugar de enseñanza se deben vertebrar lugares de encuentros, espacios de diálogo y de aprendizaje mutuo, más aún cuando vivimos en sociedades multiculturales. Esto no exime la responsabilidad del educador para mediar e intermediar en los procesos de discusión y debate, como tampoco se le priva de su función de facilitar el insumo necesario para que

los participantes adquieran una actitud dialogante y respetuosa.

- d) **El principio crítico:** parte de esa apuesta por el ser humano ya mencionada, como una especie de fe antropológica, en el sentido de que, históricamente, siempre se presentan situaciones o condiciones de penuria o que rebajan o reprimen la naturaleza humana (exclusión, dominación, alienación o discriminación por razones étnicas, raciales, clasistas, de género, etc.) que hay que saber descubrir. Pero, además, hay una confianza en que cada persona y cada grupo humano tienen la capacidad de cambiar y transformar esas situaciones por otras condiciones de vida, autonomía, libertad y creatividad (liberación y emancipación).

Asimismo, la dimensión crítica proyecta un inconformismo por lo empíricamente dado. La ciudadanía y los derechos humanos son procesos dinámicos, en permanente movimiento que nunca hay que tomar como un punto de llegada ya logrado, sino como un punto de partida que hay que ganarse todos los días, que siempre se renueva y sobre el cual hay que profundizar una y otra vez. De alguna manera, se pretende enfrentar esa cultura escéptica que no confía en los derechos humanos ni en la ética cívica porque piensan que no sirven para nada, ya que sistemáticamente no son respetados y, además, son violados en todas las partes

del mundo. Por el contrario, críticamente se expresa que, con más razón, cuando más violaciones de derechos humanos haya en la Tierra, mayor importancia adquieren y por ello, con más fuerza hay que defenderlos desde una conciencia cívica y preocupada por el bien común.

- e) **El principio de la complejidad:** expresa la interdisciplinariedad y la coimplicación desde la que se aborda tanto la ciudadanía como los derechos humanos. Se considera que todos los elementos de la realidad están relacionados. Además, ambas figuras se explican mejor utilizando recursos éticos, filosóficos, jurídicos, históricos, políticos, antropológicos y económicos, puesto que están interrelacionados. Hablar de los derechos humanos y de los comportamientos cívicos es hacerlo aludiendo a sus procesos históricos de constitución, a sus normas e instituciones, a sus dimensiones tanto jurídicas como no jurídicas, a los valores humanos que representan, a sus prácticas y acciones, en definitiva, forman parte de la condición humana. Asimismo, se trata de una perspectiva compleja porque se afirma que no hay derechos humanos sin ciudadanía y democracia y tampoco se construye una ciudadanía democrática sin derechos humanos. Existe una recurrencia y una recursividad entre ellos.

Además, al interior de los derechos humanos se intenta combinar la dimensión teórica junto con la dimensión práctica, así como la dimensión intelectual con la afectiva, la razón junto con el corazón. Por este motivo, el co-educar intenta mostrar la conexión que existe entre los centros, escuelas, facultades, universidades, complejos y sitios donde se enseña y sus entornos sociales donde se desenvuelve la vida real, es decir, que el aula o lugares de enseñanza sean un espacio trasmisor de la compleja realidad que vivimos, y en lo relativo a la convivencia humana, a las relaciones interpersonales, a los comportamientos democráticos, las normas jurídicas, los poderes públicos, los mecanismos de exclusión y marginación social, la cultura de paz y de no violencia, etc. En todos estos casos, desde los derechos humanos se intentará analizarlos, discutirlos, debatirlos y enjuiciarlos, con la búsqueda de algún tipo de solución o, al menos, ofreciendo materiales que sirvan para tratar mejor los problemas.

6. TEMAS TRANSVERSALES Y RELACIONADOS CON DERECHOS HUMANOS

Terminamos haciendo mención a un conjunto no cerrado ni exhaustivo de materias transversales para una co-educación en derechos humanos y que están

muy relacionados entre sí, son recurrentes y recursivos. Esos temas transversales son los siguientes:

- a) **La democracia:** concepto básico para implementar tanto de comportamientos cívicos como prácticas de respeto de los derechos humanos. Nuestras sociedades se caracterizan por estar organizadas bajo instituciones democráticamente elegidas y, como ciudadanos, son muchas las esferas en el ejercicio de nuestros derechos, en las que actuamos de manera participativa, siguiendo unos procedimientos y unas reglas previamente legislados por nuestros representantes. De la misma manera que se apuesta por una cultura cívica y de derechos humanos, también se potencia una cultura democrática entre los gobernantes y los gobernados.
- b) **La paz y la no violencia:** muchas son las ocasiones en las que hay conflictos sociales y disputas. Las razones son múltiples: porque se discrepa en las ideas; porque se tienen diferentes creencias religiosas; porque se reivindican derechos y deberes distintos; por ambición de riqueza o de poder; etc. El mayor error que se comete para resolver estas discrepancias es utilizar mecanismos violentos y agresivos de resolución de conflictos. Solo quien discrimina o se cree superior a los demás, trata de imponerse por medio de la fuerza. Frente a una cultura militarizada,

punitiva y de guerra que se va imponiendo, hay que dar algunas pistas para lograr espacios fraternos y comunes de no violencia, en espacios más inmediatos y locales, y también a nivel macro, con el propósito de vertebrar la paz mundial a nivel global y planetario.

La base de la convivencia humana diaria y cotidiana se sostiene sobre el modo como se construyen y desarrollan las relaciones entre las personas. Por esta razón, el valor de la paz y la cultura de la no violencia son los mejores caminos que posibilitan las condiciones necesarias para el respeto por la dignidad humana de todos. Ni con golpes, ni con gritos ni con armas ni con las guerras, y bajo dinámicas de imperio y de dominación, se reconocen los derechos y los deberes de los seres humanos. Nada de clasificar la realidad entre amigos y enemigos. Todo lo contrario, desde el amor, el diálogo y la reciprocidad, hay un mayor porcentaje para que se lleven a buen puerto y se resuelvan los conflictos sociales, políticos, jurídicos, económicos, culturales o religiosos.

- c) **La solidaridad y la cooperación:** en el ser humano existe una disposición por ayudar a quien lo necesita. Esta cualidad la despliega en todos los lugares sociales, tanto con aquellas personas más cercanas (familiares y amigos), como más lejanas (extraños o desconocidos), especialmente, hacia

quienes tienen algún tipo de impedimento para desarrollar autónomamente sus potencialidades físicas o psíquicas. Resulta fundamental inculcar comportamientos solidarios y de reconocimientos mutuos. Asimismo, en el contexto de la globalización, se subraya la necesidad de la solidaridad y la cooperación internacional para enfrentar las situaciones de pobreza y desigualdad social en las que se encuentran más de la mitad de la población de la Tierra.

- d) **Diversidad, interculturalidad y pluralismo:** también la globalización ha provocado un incremento de la conciencia sobre la diversidad de culturas que existen en el mundo. Fenómenos como la inmigración acentúan los lugares de encuentro entre personas de origen diverso. Muchos son los centros escolares y universitarios y las aulas integradas por alumnos y alumnas de nacionalidad diferente. Por ello, la educación multicultural e intercultural junto con el respeto por la diferencia son mecanismos muy importantes para evitar que el racismo, la xenofobia y el odio al diferente se extiendan sobre las conciencias de las personas. La enseñanza de derechos humanos hace simbiosis con la enseñanza de la igualdad en la diferencia, el respeto por la pluralidad desde criterios de emancipación y, también, con una educación intercultural que sepa

denunciar cualquier expresión de discriminación social, étnica o cultural.

- e) **Género y sexualidad:** una de los motivos más significativos de discriminación es por razones de género. Co-educar desde derechos humanos se hace denunciando la prepotencia y los efectos negativos de la cultura patriarcal y machista, y planteando cuestiones de marginación social y laboral de las mujeres que hay que enfrentar desde el reconocimiento de la igual condición de género. En el aula, en el centro escolar, en el ámbito doméstico, en los medios de comunicación, etc. se presentan una serie de roles que se les adjudica a las personas según sean hombres o mujeres. Co-educarnos en derechos humanos de manera no sexista puede potenciar una actitud de respeto y tolerancia que sepa analizar y criticar cualquier manifestación excluyente.

No debemos ignorar el papel central de la sexualidad y de las relaciones sexuales en la vida de los seres humanos, que en todo momento y en todo lugar deben construirse, responsablemente, con lógicas de reconocimientos mutuos, amor, cariño y afectos, siendo, además, un asunto que nunca hay que tomárselo a la ligera.

- f) **El medio ambiente y el desarrollo sostenible:** la naturaleza es la principal fuente de riqueza y de la vida en nuestro planeta. Se incorporan contenidos relacionados con la interacción que

tiene el ser humano con el medio. Los impactos medioambientales se analizan desde las condiciones que hacen posible la vida en la Tierra y desde los riesgos que provocan su destrucción (desastres naturales, catástrofes, contaminación ambiental, uso de armas de destrucción masiva, etc.). La vida del planeta garantiza la supervivencia de la humanidad. Son muchos los colectivos y pueblos que tienen conciencia de la necesidad de proteger la biodiversidad y a la madre naturaleza. Saber qué modos de producción y económicos la destruyen, deforestando, contaminado y destruyendo las bases de la vida, y saber qué modos de vida y culturas miman, cuidan y respetan el medio ambiente, nos ayudaría a ser más sensibles por el presente y el futuro de la humanidad junto con y en la Tierra.

Referencias

BARTRA, Armando (2014). El hombre de hierro. Límites sociales y naturales del capitalismo en la perspectiva de la gran crisis. México D.F.: Itaca. 2ª edición.

BAUTISTA, Juan José (2014). ¿Qué significa pensar desde América Latina?. Madrid: Akal.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2014). Tradición iberoamericana de derechos humanos. México D.F.: Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho.

DUSSEL, Enrique (1998). Ética de la liberación. En la edad de la globalización y la exclusión. Madrid: Trotta.

ELLACURÍA, Ignacio (2012). “Hacia una conceptualización de los derechos humanos”. En SENENT, Juan Antonio (ed.). La lucha por la justicia social. Selección de textos en Ellacuría (1969-1989). Bilbao: Universidad de Deusto.

FEDERICI, Silvia (2016), 6ª edición. Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria. Madrid: Traficante de Sueños.

FORNET-BETANCOURT, Raúl (2001). Transformación intercultural de la filosofía. Bilbao: Desclée de Brouwer.

FREIRE, Paulo (1975). Pedagogía del oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

FREIRE, Paulo (1998). Pedagogía da esperança. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

- GALEANO, Eduardo (2008).
Espejos. Una historia casi universal.
Madrid: Siglo XXI.
- GALEANO, Eduardo (2015).
Mujeres. Madrid: Siglo XXI.
- GALEANO, Eduardo (2016). El
cazador de historias. Madrid: Siglo
XXI.
- GALLARDO, Helio (2000). Política
y transformación social. Discusión
sobre derechos humanos. Quito:
Editorial Tierra Nueva.
- GALLARDO, Helio (2005). Siglo
XXI: militar en la izquierda. San
José: Arlekin.
- GALLARDO, Helio (2006a). Siglo
XXI: producir un mundo. San José:
Arlekin.
- GALLARDO, Helio (2006b).
Derechos humanos como
movimiento social. Bogotá:
Ediciones desde abajo.
- GALLARDO, Helio (2007). Teoría
crítica: matriz y posibilidad de
derechos humanos. Murcia:
Francisco Gómez.
- GRÜNER, Eduardo (2010). La
oscuridad y las luces. Capitalismo,
cultura y revolución. Buenos Aires.
Edhasa.
- HERRERA FLORES, Joaquín (org.)
(2000). El vuelo de Anteo. Bilbao:
Desclée de Brouwer.
- HERRERA FLORES, Joaquín
(2005). Los derechos humanos como
productos culturales. Crítica del
humanismo abstracto. Madrid: Los
Libros de la Catarata.
- HINKELAMMERT, Franz (1995).
Cultura de la esperanza y sociedad
sin exclusión. San José: DEI.
- HINKELAMMERT, Franz (1996).
El mapa del emperador. San José:
DEI.
- HINKELAMMERT, Franz (1998a).
Sacrificios humanos y sociedad
occidental: Lucifer y la bestia. San
José: DEI.
- HINKELAMMERT, Franz (1998b).
El grito del sujeto. San José. DEI.
- HINKELAMMERT, Franz (2007).
Hacia una crítica de la razón mítica.
El laberinto de la modernidad.
Materiales para la discusión. San
José: Editorial Arlekin.

HINKELAMMERT, Franz y MORA, Henry (2006). *Hacia una economía para la vida*. San José: DEI.

LAVAL, Christian y DARDOT, Pierre (2013). *La nueva razón del mundo*. Barcelona: Gedisa.

LÖVY, Michael (2010). *Walter Benjamin: aviso de incendio*. Sao Paulo: Boitempo Editorial.

LUGONES, María (2008). "Colonialidad y género". *Bogotá: Tabula Rasa*, n° 9, julio-diciembre.

MARTÍNEZ PERIA, Juan Francisco (2013). *Libertad o muerte. Historia de la revolución haitiana*. Buenos Aires: Ediciones del CCC.

MATURANA, Alberto y VARELA, Francisco (1999). *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del conocimiento humano*. Madrid: Debate.

MÉDICI, Alejandro (2012). *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat; Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

MÉDICI, Alejandro (2016). *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat; Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

MONEREO PÉREZ, José Luis (2015). *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*. Madrid. El Viejo Topo.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1999). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos. 6ª edición.

PISARELLO, Gerardo (2011). *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo anti-democrático*. Madrid: Trotta.

POLANYI, Karl (1997). *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*. Madrid: Ediciones de La Piqueta.

QUIJANO, Aníbal Quijano (2014): "Colonialidad del poder y clasificación social". En SOUSA SANTOS, Boaventura y MENESES, Paula (edit.). *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*. Madrid: Akal.

ROSILLO, Alejandro (2008).

“Derechos humanos, liberación y filosofía de la realidad histórica”:

VV.AA. Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI. Porto Alegre: Editora PUCRS.

ROSILLO, Alejandro (2011). Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat; Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes y San Luis Potosí.

ROSILLO, Alejandro (2014).

Fundamentación de derechos humanos desde América latina.

Ciudad de México: Ítaca.

SÁNCHEZ RUBIO, David (2007a).

Repensar derechos humanos. Sevilla: Mad.

SÁNCHEZ RUBIO, David (coord.)

(2007b). Educación para la ciudadanía y los derechos humanos. Sevilla: Editorial Algaida.

SÁNCHEZ RUBIO, David (coord.)

(2007c). Educación para la ciudadanía y los derechos humanos. Propuesta didáctica. Sevilla: Editorial Algaida.

SÁNCHEZ RUBIO, David (coord.)

(2008a). Educación ético-cívica.

Sevilla: Editorial Algaida.

SÁNCHEZ RUBIO, David (coord.)

(2008b). Filosofía y ciudadanía.

Sevilla: Editorial Algaida.

SÁNCHEZ RUBIO, David (2011).

Encantos y desencantos de los derechos humanos. Barcelona: Icaria.

SÁNCHEZ RUBIO (2013). “Una

perspectiva crítica sobre democracia y derechos humanos”, en David

Sánchez Rubio y Juan Antonio

Antonio Senent de Frutos, Teoría

crítica del derecho, Nuevos

horizontes. San Luis-Aguascalientes:

Universidad Autónoma San Luis

Potosí, Centro de Estudios Jurídicos

y Sociales, Mispat.

SÁNCHEZ RUBIO, David (2015).

“Contra una cultura estática y

anestesiada de derechos humanos.

Por una recuperación de las

dimensiones constituyentes de la

lucha por los derechos”. Derechos y

libertades, n° 33.

SAXE-FERNÁNDEZ, Eduardo

Saxe-Fernández (2005). Colapso

mundial. San José: Amo al Sur

Editorial.

SEGUNDO, Juan Luis (2010). La historia perdida y recuperada de Jesús de Nazaret. Buenos Aires: Biblioteca Testimonial del Bicentenario. Editorial Docencia.

SOUSA SANTOS, Boaventura (org.) (2009). Una epistemología del sur. México D.F.-Madrid Buenos Aires: Siglo XXI.

WOLKMER, Antonio Carlos y PITTERS MELO, Milena (orgs.) (2013). Consitucionalismo Latino-Americano. Tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá Editora.

ZIBECHI, Raúl (2007). Dispersar el poder. Quito. Abya Yala.

ZIBECHI, Raúl (2014). Descolonizar la rebeldía. (Des)colonialismo del pensamiento crítico y de las prácticas emancipatorias. Valencia-Málaga: Baladre-Zambre.

ESTUDIAR DERECHO HOY: hermenéutica y didáctica

*TO STUDY LAW TODAY:
hermeneutics and didactics*

Agustin Modesto Grijalva Jiménez
Ph.D. Ciencia Política
Universidad Andina Simon Bolívar (UASB) Ecuador

Artigo recebido em: 01/08/2017 Artigo aprovado em: 05/09/2017

Resumen

El objetivo es plantear algunos problemas claves sobre el estudio del Derecho en Ecuador y varios países de Latinoamérica, la relación entre teoría y práctica en el estudio del Derecho, la actual diversificación y a su vez especialización de la profesión, y sus necesarias dimensiones interdisciplinarias; las especificidades del posgrado, y la necesidad de valores relativos a la Democracia y al Constitucionalismo. La pregunta que enlaza estos temas es ¿Cuáles son algunas competencias fundamentales de los abogados que queremos formar? Para el análisis se relacionan conceptos de los estudios interdisciplinarios sobre educación superior, Pedagogía y Hermenéutica.

Palavras-chave: Educación, Hermenéutica, Investigación, Posgrado, Didáctica



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Abstract

In this paper I analyze some basic problems in the study of Law in Ecuador and some Latin-American countries, including relationships between theory and practice in the study of Law, the current professional diversity and specialization, and their necessary interdisciplinary dimensions. I also address graduate study characteristics, and the need of democratic and constitutional values. The question linking all these topics is: Which are the basic skills of a lawyer today? The paper is based on related concepts on higher education studies, Education, and Hermeneutics.

Keywords: Education, Hermeneutics, Research, Graduate studies, Didactics

Los momentos de cambio pueden llevar a mejorar o retroceder, depende de cómo afrontemos el desafío. La actual coyuntura de la educación superior puede ser una oportunidad para avanzar hacia una mejor educación legal. Son varios los factores que integran esta coyuntura: acreditación de carreras, posibilidades abiertas por las nuevas tecnologías de la comunicación, procesos de internacionalización y movilidad académica, mayor desarrollo de los estudios de posgrado, entre otros¹.

Pero también más allá del Derecho, impactando directamente sobre el mismo, se han producido cambios vertiginosos como efecto de las nuevas tecnologías de la comunicación, los desarrollos de la Semiótica, la Lingüística, la Hermenéutica, la Teoría Literaria y la Pedagogía. En esa línea, nuestra comprensión de lo que es enseñar y lo que es aprender se ha transformado profundamente incidiendo en mayor o menor grado sobre los procesos educativos.

El giro lingüístico y hermenéutico en las Ciencias Sociales y las Humanidades confluye en nuestra época con la revalorización de la jurisprudencia como fuente de Derecho y recurso didáctico. En este texto avanzamos algunas reflexiones sobre el profundo impacto que ello debe tener en el estudio del Derecho, y en los cambios que ello exige.

El cambio para mejorar es especialmente importante en el caso de varias carreras de Derecho cuyo currículo resulta anacrónico. Hay carreras que no dan la adecuada importancia a la visión constitucionalizada del Derecho, o a sus relaciones interdisciplinarias, carecen de investigación, casi no incluyen el estudio de la jurisprudencia o lo hacen de forma

insuficiente, y requieren un número mucho mayor de profesores de planta.

En este artículo el objetivo es plantear algunos problemas claves sobre el estudio del Derecho. Se aborda la relación entre teoría y práctica en el estudio del Derecho, la actual diversificación y a su vez especialización de la profesión, y sus necesarias dimensiones interdisciplinarias. La pregunta que enlaza estos temas es ¿Cuáles son algunas competencias fundamentales de los abogados que queremos formar? Metodológicamente se recurre a conceptos de los estudios interdisciplinarios sobre educación superior, la Pedagogía y la Hermenéutica, poniéndolos en diálogo para analizar varias condiciones concretas de la educación jurídica.

1. ¿ LA TEORÍA ES LO OPUESTO A LA PRÁCTICA ?

Es ya casi un lugar común el de que hoy en día se pretende formar abogados críticos, imaginativos, capaces de solucionar los problemas jurídicos complejos que plantea la sociedad actual. Una pregunta central entonces es ¿cómo formar este tipo de profesional? ¿Cuál es el currículo y los modelos pedagógicos que conducen a tal objetivo?

Una primera respuesta es la de que es indispensable romper falsas dicotomías, comenzando por la de la teoría y la práctica. Muchos estudiantes de Derecho en Ecuador al preguntarles sobre este asunto expresan que la formación que reciben en la Facultad *es muy teórica*. Aunque este juicio es incorrecto constituye un claro síntoma de un grave problema. Es incorrecto porque en las Facultades de Derecho del país casi no se estudia ni se genera teoría, las clases de teoría del Derecho, de Filosofía del Derecho y la atención a la doctrina son escasas y a

¹ Claudia Rama, La Tercera Reforma de la Educación Superior en América Latina y el Caribe en IESALC, Informe sobre la Educación Superior

en América Latina y el Caribe, IESALC, Caracas, Editorial Metrópolis, 2006.

veces hasta inexistentes. Por tanto, no hay casi teorización.

Este juicio también es cuestionable porque presupone la inutilidad práctica de la teoría. Pero una buena teoría lo es justamente porque da cuenta adecuada de la práctica, la simplifica legítimamente, la analiza, sistematiza y recompone conceptualmente, incrementando nuestra comprensión y, por tanto, dominio sobre nuestras prácticas. Teorizar bien es comprender más y mejor, y quien omprende y conoce más, también puede actuar más y mejor, e incluso de forma distinta, creativa.

Esta confluencia de teoría y práctica es lo que desde teorías pedagógicas cognitivistas se ha denominado el *pensamiento práctico*, en el cual confluye además la racionalidad y emocionalidad. En palabras de Ángel Pérez:

La práctica no debe considerarse una mera aplicación directa de la teoría, sino un escenario complejo, incierto y cambiante donde se producen interacciones que merece la pena vivir y a la vez observar, relacionar, contrastar, cuestionar y reformular, al ser espacios y procesos generadores de nuevos conocimientos.... La interacción permanente de la práctica y la teoría conforma un bucle creativo y dinámico que expande el conocimiento y transforma la realidad²

En todo caso, cuando los estudiantes de Derecho dicen que las clases son *muy teóricas* podemos verificar que ellos perciben que lo que se les enseña es algo sin aplicación para el ejercicio profesional. En otras palabras: sienten y piensan que no se los está preparando adecuadamente para trabajar como abogados. Por esta razón buscan esa “práctica” trabajando, a veces

desde los primeros años de la carrera, en estudios jurídicos privados.

Si en muchas Facultades de Derecho no se enseña verdaderamente teoría ni se prepara tampoco efectivamente para la práctica profesional³, entonces ¿qué se está enseñando? El modelo pedagógico predominante tiene clara raíz en la visión del Derecho sostenida por el positivismo clásico⁴. El pensum reproduce la legislación, incluso los libros que integran los códigos. Lo que se busca es que el estudiante asimile la legislación vigente para coadyuvar a su aplicación en los términos de quien tiene el poder coactivo para imponerla.

Por esta razón no se favorece y a veces ni siquiera se tolera la crítica, la creatividad, la reflexión doctrinaria, el análisis comparado o histórico, la imaginación interpretativa o el despliegue argumentativo⁵. Se busca que las normas jurídicas se apliquen como si fueran auto-evidentes, de significado siempre unívoco, como si el sistema que forman fuere completo y coherente. No se educa para dilucidar la mejor interpretación entre las varias posibles, para colmar lagunas o resolver antinomias normativas, solo para aplicar la ley supuestamente “tal cual es”. De esta forma, se educa para servir al poder no a los derechos de los ciudadanos.

Este modelo pedagógico centrado en el estudio descriptivo de las normas jurídicas es también necesariamente formalista y por ello no atiende a la práctica, así por ejemplo metodologías fructíferas tendientes a la resolución crítica de problemas, como el estudio de caso, son ignoradas o marginadas. En efecto, el caso

² Ángel Pérez Gómez, Nuevas exigencias y escenarios para la profesión docente en la era de la información y de la incertidumbre, Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado, 68 (24,2) (2010), 17-36.

³ Un análisis concurrente en Pablo Estrella Vintimilla, La Educación Legal en Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, 2001. Págs. 22 – 23.

⁴ Alan Lud, Entrevista a Boaventura de Sousa

Santos, Abogacía y Educación Legal, accesible en www.sistemasjudiciales.org

⁵ Un buen libro que pueden leer nuestros estudiantes para desarrollar una actitud crítica en clase es Juan Ramón Capella. El Aprendizaje del Aprendizaje– una introducción al estudio del Derecho, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

con su riqueza y su complejidad empírica desafía la supuesta suficiencia abstracta y general de la norma. El caso, sobre todo el caso difícil, puede develar las contradicciones y lagunas del sistema normativo, los múltiples sentidos de un mismo texto normativo o simplemente su inaplicabilidad. Por ello el estudio de caso provoca ineludiblemente en el estudiante un ejercicio crítico que el modelo tradicional de enseñanza del Derecho no está interesado en propiciar.

En esa misma línea, hay que notar que el Derecho no puede continuar estudiándose de la misma forma cuando la jurisprudencia ha adquirido tanta importancia como fuente del mismo. Hoy el conocimiento de la norma jurídica, y más ampliamente de una institución jurídica, en un sistema legal específico resulta incompleto si no se estudia además la interpretación que de ella han hecho los tribunales con competencia para sentar precedentes obligatorios.

Por otra parte, estos precedentes constituyen una valiosa herramienta pedagógica por su carácter integral, complejo y narrativo. En una sentencia bien desarrollada confluyen la exposición y análisis detenido de la normativa pertinente, de la doctrina y de la propia jurisprudencia. También en una buena sentencia se sistematizan y valoran jurídicamente los hechos. Todo ello desplegando los mejores recursos interpretativos y argumentativos. Si se trata de un caso difícil resuelto por un órgano colegiado y hay división de votos, el contraste de las razones de la mayoría y la minoría ponen a pensar hasta al estudiante más pasivo.

Por otra parte, la jurisprudencia desde el punto de vista de las actuales teorías narrativas del conocimiento⁶ podría ser vista como una confluencia de relatos con claras ventajas didácticas. En efecto,

una sentencia es también una narración de hechos y valoraciones jurídicas que el juez o el tribunal construyen sobre la base de las narrativas presentadas ante ellos por las partes que concurren a un proceso. Es justamente porque la narración recrea de forma viva en el lector las perspectivas, emociones, experiencias e ideas de otro, que generalmente el estudio y el debate de casos interesa naturalmente a los estudiantes.

Por estas consideraciones hoy en día una malla curricular moderna de la carrera de Derecho debe incluir como componente transversal la jurisprudencia. Siempre que sea posible, en cada curso, en cada área del currículo, la jurisprudencia debería ser una fuente clave de conocimiento y reflexión.

Otra irrefutable evidencia de la fuerte desvinculación entre teoría y práctica en la formación de los abogados en Ecuador y otros países de América Latina tiene que ver con la frecuente marginalización en el currículo de las prácticas pre-profesionales. Estas han sido vistas como actividades secundarias, en el mejor de los casos actividades complementarias, que no ameritaban mayor planificación, seguimiento o evaluación académica. Estas prácticas, por tanto, no tenían mayor relación con el resto del currículo.

Las prácticas pre-profesionales son parte integrante del currículo y por consiguiente las universidades deben institucionalizarlas, darles seguimiento académico y evaluarlas constantemente. La idea es que estas prácticas constituyen un componente fundamental en la formación de un profesional y por tanto corresponde principalmente a las universidades asegurar la calidad académica de las mismas. Estas prácticas deberían vincularse a experiencias renovadas de consultorios jurídicos gratuitos y clínicas jurídicas, las cuales pueden incluso contribuir a desarrollar competencias de investigación⁷.

⁶ Carlos María Cárcova. Derecho, Literatura y Conocimiento, en Revista Jurídica de Buenos Aires Nro. 198, 2000.

⁷ Beatriz Londoño y Andrea Padilla, Competencias Científicas e Investigativas en la Formación del Futuro Abogado, en Beatriz Londoño et. al,

También los cambios procesos plantean generalmente un tránsito hacia el sistema oral que exige redefinir los modelos pedagógicos de las carreras de Derecho y en particular las prácticas pre--profesionales puesto que ellas deberían contribuir a formar un nuevo tipo de abogado, con gran capacidad de exposición oral, argumentación, interpretación y síntesis. Considerando el rol actual de la mediación en los nuevos procesos, también el perfil del abogado como el del juez deben redefinirse propiciando actitudes y habilidades de mediación que en la concepción anterior del proceso estaban desplazados por una orientación más contenciosa.

Por todas estas razones la alternativa no está entre formar abogados teóricos o prácticos, pues debe impartirse una formación teórica que prepare para las prácticas de los profesionales de hoy, pues sin tal formación estas prácticas no tendrán ni buen nivel ni generarán innovación.

En efecto, el abogado, y más ampliamente el jurista actual, requiere de un amplio instrumental conceptual integrado por capacidades cognitivas, argumentativas, de investigación, interpretación y expresión para poder dar solución adecuada a los problemas cada vez más complejos que hoy se le plantean.

Un ejercicio profesional sin estas capacidades conceptuales está destinada a enclaustrarse en la rutina y burocratización de la abogacía. Así, por ejemplo, las competencias para investigar no son exclusivas ni necesarias sólo para el académico legal. También el abogado requiere desarrollar una suerte de investigación aplicada para resolver casos que van más allá de los procesos estandarizados. Mientras mayor sea la complejidad del caso, más investigación requerirá. Mientras mejores sean sus capacidades de investigación mayor será su

imaginación interpretativa y estratégica para el litigio, desarrollará argumentos más sólidos y refinados, contruidos no solo sobre el estudio de la normativa sino sobre la doctrina, la jurisprudencia y la puntualización interdisciplinar.

El problema de la relación entre teoría y práctica está también vinculado al tipo de docente que prevalece en las Facultades de Derecho. Hasta ahora la gran mayoría de profesores de Derecho han sido fundamentalmente abogados en ejercicio que destinan un tiempo marginal a la docencia universitaria. En el caso de Ecuador, por ejemplo, la nueva legislación de educación superior, y en particular el nuevo Reglamento de Escalafón, se orientan a transformar esta realidad. Hoy por razones legales y de acreditación al menos parte de la planta docente de cada Facultad de Derecho debe ser a tiempo completo. De esta forma comienza a surgir en el país, tal cual existe en otras latitudes, un sector de *académicos legales*, profesionales cuya carrera es enseñar e investigar el Derecho, y de los cuales se espera más tutoría a los estudiantes, evaluaciones más cuidadosas del aprendizaje, más y mejor investigación, actualización y producción doctrinaria, mayor especialización, así como más dedicación a la gestión académica.

Por supuesto ello no implica que los abogados en ejercicio no puedan y no deban contribuir a la educación jurídica en calidad de docentes. De hecho, hay áreas completas del Derecho, como por ejemplo las de carácter procesal, en que el ejercicio profesional es una condición fundamental para la adecuada docencia. Por otra parte, abogados y jueces en pleno ejercicio acumulan experiencias, lógicas y perspectivas específicas⁸ que son esenciales para que los estudiantes reciban una adecuada formación jurídica. De hecho,

Tendencias de la Enseñanza y de la Investigación en Derecho, Medellín, Ediciones UNAULA, 2013.

⁸ Véase De Trazegnies, Fernando. El Rol Político del Abogado Litigante en Varios, Los Abogados y

la Democracia en América Latina, Quito, ILSA, 1986.

varios de los mejores docentes fueron abogados o jueces que progresivamente fueron dedicando mayor tiempo a la academia o que en algunos casos cerraron sus estudios jurídicos, luego de años de acumular experiencia, para dedicarse exclusivamente a la docencia.

2. ¿QUÉ FORMACIÓN REQUIEREN HOY LOS ABOGADOS?

Una segunda temática tiene que ver con el mito de que la carrera de Derecho solo forma abogados para el libre ejercicio profesional. Es cierto que probablemente el mayor grupo de nuestros graduados se dedican al patrocinio, pero también es cierto que muchos de ellos realizan tareas de asesoría o consultoría jurídica, gestión o dirección en el sector público o privado, varios trabajan en los organismos públicos u organismos no gubernamentales relacionados con la protección de derechos, otros son jueces, fiscales, defensores, mientras va aumentando el número de aquellos que se dedican exclusivamente o dedican significativo tiempo a la academia. Es más, estos “abogados” pueden transitar de unos trabajos a otros, según sus competencias, intereses y oportunidades, lo que se ha denominado *empleabilidad*.

En definitiva conforme se complejiza el Estado y en general la división social del trabajo profesional, las posibilidades laborales de nuestros graduados se diversifican, lo cual requiere por cierto ajustes curriculares que den lugar a un perfil de salida más amplio, más flexible y adaptable a estas múltiples opciones laborales. Se requiere entonces identificar competencias y actitudes transversales⁹ requeridas por estas diversas aplicaciones de la profesión.

⁹ Algunas de éstas son las competencias para interpretar y argumentar, el manejo de los lenguajes informáticos y el criterio para seleccionar información, el conocimiento de un segundo

Por otra parte, el propio abogado hoy en día requiere una cultura más allá del Derecho que le permita interactuar en grupos o actividades interdisciplinarias. La complejidad actual de los problemas es tal que con frecuencia estos son abordados por equipos multidisciplinarios o interdisciplinarios¹⁰. El estudiante encerrado en la Facultad de Derecho difícilmente va a desarrollar estas capacidades de diálogo multidisciplinar. Por esta razón el nuevo régimen académico incluye en la formación académica el diálogo de saberes y la movilidad estudiantil intra e interuniversitaria.

Tanto el aislamiento del Derecho como disciplina, como su dilución y dispersión en medio de otras disciplinas sociales son extremos que no corresponden a la formación profesional básica que el futuro abogado debería recibir en el grado. Es necesaria entonces una formación disciplinar sólida y por tanto articulada al acercamiento funcional a otras disciplinas sociales y saberes que pueden ayudar a consolidar la formación disciplinar tanto directa como indirectamente.

De esta forma el futuro abogado será capaz de dialogar con profesionales de otras disciplinas o en equipos interdisciplinarios en cuanto maneja conocimientos y lenguajes para desarrollar esta comunicación. Al mismo tiempo, será capaz hacia futuro de profundizar en la complejidad de lo normativo mediante su contextualización política, sociológica, cultural o económica.

En definitiva es desde y hacia un centro disciplinar que la formación interdisciplinaria puede contribuir a la cultura humanística y la actitud crítica que cuestione el formalismo jurídico como concepción aislacionista del Derecho.

idioma, y una comprensión y sensibilidad intercultural

¹⁰ Rogelio Pérez Perdomo, Educación Jurídica, Abogados y Globalización en América Latina. Accesible en www.sistemasjudiciales.org

Adicionalmente, la diversidad cultural tanto de cada país como del mundo exige que el abogado de hoy pueda desenvolverse en términos interculturales, es decir que tenga una comprensión y sensibilidad básica para dialogar con individuos, grupos e instituciones culturalmente diversas. Sin embargo, los currículos de las carreras de Derecho muy excepcionalmente incluyen cursos o talleres para aportar al desarrollo de esta competencia.

Este perfil de salida del abogado de hoy no es una opción sino una necesidad, puesto que la vida profesional exige cada vez más este trabajo interdisciplinar, intercultural y en equipo. De hecho, muchos estudios jurídicos en nuestro medio van evolucionando a la prestación de servicios integrados y múltiples.

3. EL DESARROLLO DEL POSGRADO EN DERECHO

Este es otro mito frente al cual hay que desplegar acciones innovadoras. La carrera de abogado, como la de un médico o un ingeniero genera una formación profesional general, aunque a veces con ciertos énfasis, lo que el nuevo Régimen Académico en Ecuador llama *itinerarios*. Estos énfasis, sin embargo, están muy lejos de lo que es una especialización o una maestría. En otras palabras: el grado o tercer nivel provee la formación profesional general, y el posgrado o cuarto nivel provee generalmente una especialización o, como en el caso del Doctorado, competencias para investigar.

La precisión es importante porque en el afán de lograr una identidad en su carrera de Derecho, o simplemente por razones mercantiles, había universidades en Ecuador que confundían grado y posgrado,

ofertando una formación supuestamente especializada en el grado.

Sin embargo, hay que aclarar que la diferenciación entre grado y posgrado no implica que el grado es puramente para la instrucción y el posgrado para la crítica y la investigación. El sentido crítico y la investigación son actitudes metodológicas y epistemológicas que deben marcar todos los niveles de la educación superior¹¹. Lo que cambian son la especificidad de los contenidos y la profundidad cognitiva con la que se abordan.

El desarrollo del posgrado es uno de los cambios más importantes en los estudios de Derecho en Ecuador y otros países latinoamericanos en los últimos años. Hoy el Derecho sin duda es un área profesional mucho más compleja y amplia, y justamente ello ha llevado a una mayor especialización que antes. Por tanto, la educación jurídica a nivel de posgrado requiere también estrategias pedagógicas específicas pues en este nivel los estudiantes son ya profesionales, muchos de ellos con experiencia laboral o formación de posgrado previa. Sin embargo, en la práctica, muchas veces el posgrado reproduce las limitaciones del pregrado, e incluso en ocasiones debe llenar los vacíos en formación que vienen de niveles educativos previos.

Los posgrados con orientación profesionalizante, es decir las maestrías profesionales y las especializaciones, no deben ser simplemente programas de actualización profesional, pues ello corresponde mas bien al nivel de la denominada *educación continua avanzada* (seminarios, talleres, etc. dirigidos a profesionales). En contraste, al *especializar a los abogados* se abre una oportunidad de profundización epistemológica, que puede inducir a una mejor comprensión de las relaciones interdisciplinarias de la

¹¹ Agustín Grijalva, Reflexiones sobre Pedagogía Universitaria, Lima, Boletín del Instituto Francés de Estudios Andinos, 1999, 28 (3): 451 – 460

respectiva rama del Derecho, un ejercicio crítico respecto al correspondiente Derecho positivo, jurisprudencia y corrientes doctrinarias, incluyendo el examen de sus bases constitucionales.

Por otra parte, no todos los posgrados en Derecho deben tener una finalidad de especialización profesional. El posgrado sirve también para formar docentes e investigadores en el área jurídica. Por ejemplo, según la Ley de Educación Superior vigente en Ecuador es indispensable poseer un título de maestría para ser docente universitario, y título de doctor, equivalente a PhD, para ascender al tope del escalafón. De esta manera, se ha producido un inicio de profesionalización de la docencia en Derecho.

Para formar estos docentes e investigadores en Derecho (el objetivo de las llamadas maestrías de investigación) se requiere desarrollar ciertas competencias específicas y distintas a las necesarias para el ejercicio profesional. Para la formación de un académico legal, la teoría, la epistemología y las capacidades pedagógicas e investigativas son fundamentales.

En realidad, la formación de posgrado tiene incidencia directa en el tipo de educación jurídica que se imparte en el pregrado, en las carreras de Derecho. Puesto que es el posgrado el que ahora forma a una parte de los profesores de Derecho, esta formación tiene un efecto multiplicador y trascendente en la educación jurídica. En consecuencia, es necesario iniciar en el país la formación intencionada y sistemática de docentes de Derecho.

Estos docentes de Derecho con perfil principalmente académico presentan también ventajas y limitaciones. Las limitaciones tienen que ver con el riesgo de su alejamiento de la vida jurídica del país, una potencial falta de experiencia en el funcionamiento real de las instituciones. Su principal ventaja hace relación a la mayor disponibilidad de tiempo para profundizar,

actualizarse y sobre todo investigar sobre dichas instituciones. En el caso de los docentes que son principalmente abogados en ejercicio, la relación se invierte: tienen más tiempo para conocer mediante la experiencia profesional que mediante la actividad académica.

En consecuencia, es indispensable una planta docente equilibrada de profesionales y académicos para superar estas desventajas y más bien aprovechar todas las ventajas. En todo caso, es claro que al cambiar el perfil de buena parte de los docentes de las Facultades de Derecho con el ingreso de académicos de carrera, la educación jurídica está experimentando necesariamente importantes transformaciones.

Los posgrados en Derecho, especialmente las maestrías de investigación y los doctorados (equivalentes a PhD), deben desempeñar también otras funciones importantes para la comunidad jurídica: constituirse en espacios de investigación y análisis de las instituciones y de la dogmática jurídica, contribuir a la recepción crítica de teorías y a la generación de otras nueva que respondan a nuestra realidad latinoamericana, desarrollar las capacidades metodológicas para comprender los fenómenos jurídicos en términos interdisciplinarios y contextuales, y actualizar permanentemente a los profesionales en ejercicio, entre otras.

4. EDUCACIÓN JURÍDICA, DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO

En un período histórico como el actual en que las instituciones del Estado Constitucional, el Estado de Derecho y la Democracia son cuestionadas por concepciones y prácticas autoritarias, la educación jurídica debe desarrollarse en resguardo y profundización de la democracia, los derechos y el constitucionalismo.

El positivismo clásico buscaba reducir al abogado, al juez, al fiscal, al defensor público y demás operadores jurídicos, a meros agentes de aplicación acrítica y mecánica de la ley y demás normas positivas. En la práctica, en una sociedad democrática, estos operadores no pueden ni deben ser neutrales y pasivos sino que deben siempre examinar de forma activa y crítica la constitucionalidad de la normativa, deben participar creativamente y con solidez técnica en la interpretación y regulación de las instituciones jurídicas.

En efecto, la educación jurídica es un componente central de la formación y reproducción de la cultura jurídica de un país. La cultura jurídica, a su vez, integra la cultura política y la institucionalidad pública. Es, por tanto, necesario convertirse en protagonista en la gestación de dicha cultura, evitar el quedar reducido a un mero reflejo, mera reproducción de las justificaciones y argumentaciones de quienes detentan poder.

En otro ensayo¹² hemos planteado que caracteriza a la democracia la interpretación y reinterpretación permanente de derechos y normas jurídicas por parte de múltiples actores institucionales y sociales, en un proceso de participación deliberativa permanente. Bajo este prisma, la democracia constitucional es una *discusión sin última palabra*, como resultado de la cual se va decantando un núcleo duro o contenido esencial de los derechos, que expresa por tanto un proceso de consenso tanto social como hermenéutico.

La visión constitucionalizada de cada una de las ramas del Derecho, en particular, puede proveer un punto de vista crítico pero comprometido con los derechos humanos y la democracia, que profundice en las bases de las instituciones jurídicas de cada área jurídica, examinando la

legislación y demás normativa, la jurisprudencia y doctrina. En este sentido el constitucionalismo latinoamericano provee además interesantes criterios específicos como la participación, la interculturalidad, la igualdad, y la garantía de los derechos.

Las facultades de Derecho tienen en todo este proceso una posición privilegiada. Al ser parte de las Universidades, las facultades de Derecho cuentan con los mejores recursos simbólicos, institucionales, tecnológicos y materiales para incidir significativamente en la cultura jurídica.

Es necesario entonces tomar conciencia de esta función de la educación legal a efectos de aportar a los procesos de constitucionalización del Derecho, de correspondencia con los derechos humanos, y el respeto a las diversidades étnicas, de género, sexuales, religiosas e ideológicas, entre otras.

5. INTERPRETACIÓN Y PEDAGOGÍA JURÍDICA

Una actividad ineludible de quien trabaja con el Derecho de cualquier forma que sea es la interpretación. Se trata justamente de una forma de pensamiento aplicado en que las fronteras entre teoría y práctica, ya de por sí con frecuencia porosas, se diluyen.

Como expusimos antes, el estudio de casos, la jurisprudencia, como recurso pedagógico nos ofrece la oportunidad de ir desarrollando competencias hermenéuticas con gran ventaja didáctica respecto a la descripción de la ley.

Pero el sentido necesariamente hermenéutico del estudio del Derecho debería llevarnos a aprovechar muchas otras posibilidades pedagógicas mediante la interpretación de otros discursos, otros

em Debate: soberanía, separação de poderes e sistema de direitos, Belo Horizonte, Autentica, 2017.

¹² Agustín Grijalva, *Novo Constitucionalismo, Ativismo e Independencia Judicial*, en Leonardo Avritzer, et al (coordinadores), *O Constitucionalismo Democrático latinoamericano*

textos, referidos directa o indirectamente a lo jurídico

En un texto ya clásico sobre Derecho y Literatura¹³, Dworkin compara la tarea del intérprete jurídico a la de la escritura colectiva de una novela¹⁴. Si imaginamos una novela en que alguien escribe el primer capítulo y luego otros autores van escribiendo los siguientes, es obvio que quienes continúan la novela a partir de este primer capítulo están condicionados por la narración, los hechos y personajes de ese primer capítulo. De igual forma, plantea Dworkin, los jueces y otros intérpretes van siendo condicionados o limitados por la ley (el primer capítulo) y sus subsecuentes interpretaciones y regulaciones, al tiempo que tienen un margen de creación de Derecho al aportar con su propia historia o interpretación.

Creo que la metáfora de Dworkin puede tener aplicaciones para el aprendizaje del Derecho. El modelo pedagógico tradicional prácticamente pide al estudiante de Derecho una lectura mecánica¹⁵, una reproducción memorística del primer capítulo (la Ley) o, a lo máximo, una aplicación o inferencia directa de sus principios. No se le pide al estudiante interpretar – o escribir – sino exclusivamente *aplicar* las normas preexistentes pues estas contendrían en esencia lo necesario para resolver todos los problemas jurídicos; de allí la importancia de memorizar y repetir dichas normas. En la metáfora de Dworkin, el primer capítulo para el positivismo clásico sería la novela completa y lo que cabe es ejecutarla o representarla.

Pero el modelo pedagógico es diverso si asumimos la condición activa del

intérprete en la construcción del sentido de los textos jurídicos, y que representa la metáfora de Dworkin. En esta caso el aprendizaje del Derecho implica el desarrollo de capacidades interpretativas y argumentativas que le permitan al estudiante generar justamente las mejores interpretaciones – condicionadas previamente por otros textos normativos y otras interpretaciones -- que como juez, abogado, fiscal, consultor o académico pueda construir en la comprensión de las diversas instituciones jurídicas.

En el modelo de enseñanza tradicional, construido sobre el positivismo clásico, el estudiante repite la ley para aplicarla, como si solo leyera cuando fuere oportuno el primer capítulo de la novela de Dworkin. En un aprendizaje basado en la moderna hermenéutica jurídica, se pide al estudiante un rol activo al propiciar que ensaye interpretaciones con los materiales normativos que lo condicionaran, y al tiempo proyectaran como operador jurídico, como coautor de la obra en constante creación que es el Derecho.

La Literatura y el Cine, en particular, son dos medios que pueden contribuir positivamente al estudio y la comprensión del Derecho, y que deberían ser incluidos en los cursos de Derecho, o como una materia específica en el pensum. Ya desde los años setenta y ochenta del siglo veinte en los Estados Unidos surgió el movimiento de Derecho y Literatura (Law and Literature) que posteriormente ha derivado en estudios sobre las relaciones entre Derecho y Cine. En tanto movimiento, hoy existen cursos, congresos, programas, revistas, redes, etc. que abordan esta temática.

¹³ Ronald Dworkin, Como el Derecho se Parece a la Literatura publicado en La Decisión Judicial– El Debate Hart – Dworkin, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.

¹⁴ No adscribo con el recurso a esta metáfora a la teoría de Dworkin en su totalidad, como se evidencia del propio uso que hago de su metáfora más adelante.

¹⁵ Aquí cabe la observación de Hans Gadamer en el sentido de que incluso simplemente leer un texto es interpretarlo, pues los énfasis, ritmo, volumen influyen en el sentido, como resultaba evidente en la Edad Media en que la lectura en público de textos era considerada todo un arte.

Las relaciones entre el Derecho y estas artes son numerosas e importantes¹⁶, solo por citar las más obvias, es claro que lo jurídico directa o indirectamente es parte del contenido de numerosas obras literarias y cinematográficas, algunas de ellas verdaderos símbolos culturales. Por otra parte, las normas mismas en el Derecho codificado son textos, son un discurso que comparte con la literatura los avatares del lenguaje, de la interpretación, de la retórica y que, al fin y al cabo son ambas expresiones culturales aunque con finalidades diversas.

En este último sentido, más profundo, la interpretación de una obra artística, puede afinar competencias hermenéuticas aplicables al Derecho. Y esto porque así como hay dimensiones específicas de la interpretación aplicables a determinado arte o área de conocimiento, hay también sustratos comunes que justamente han permitido esta influencia sobre la interpretación jurídica.

Y más allá de estos aspectos comunes, se puede también extraer ventajas de las relativas diferencias. Así, si bien, generalmente, la lectura de un obra literaria no aporta detalles técnicos sobre el Derecho, puede inmiscuirnos de una manera totalmente diferente en los contextos históricos y culturales de lo jurídico. Diferente porque la Literatura puede enriquecer nuestra comprensión incluyendo dimensiones de lo humano como lo emocional, lo existencial o lo histórico.

Pero no es mi intención indagar o peor teorizar aquí sobre estas relaciones las cuales son complejas y han dado lugar a una serie de estudios¹⁷. La idea presente es simplemente destacar la importancia de estas relaciones para valorar al Cine, Literatura y en general el arte, como

recursos didácticos en las Facultades de Derecho.

En mi opinión, la forma como en particular el Cine y la Literatura presentan los fenómenos jurídicos deriva necesariamente en algún grado de desformalización del Derecho que puede abrirnos a una suerte de imaginación crítica. Y esto porque Literatura y Cine proveen una comprensión humanista, histórica o existencial, de principios jurídicos y a su vez morales como la justicia, la igualdad o la libertad. Esta comprensión puede incidir en nuestra visión del Derecho y la forma como trabajamos con él. Dicho de otra forma: estas artes pueden constituirse en una rica fuente de intensa motivación para reflexionar críticamente sobre lo jurídico.

En efecto, como sabemos, las nuevas generaciones tienen una cultura basada predominantemente en la imagen, y el Cine y la Literatura comunican imágenes y narrativas que pueden por tanto motivar la atención y la reflexión sobre diversos problemas jurídicos. De hecho, hoy en día con una simple búsqueda de Internet podemos ubicar numerosas obras literarias o filmicas que en mayor o menor grado tienen relación con prácticamente todas las ramas del Derecho.

No debe dejar de advertirse, sin embargo, que el uso adecuado de estas obras como recurso didáctico no implica el reemplazo de la clase, del análisis técnico de las instituciones, del rigor académico en el estudio. Por el contrario, deberían ser usadas para profundizar en mayor grado y de una forma más integral en dicho estudio.

6. CONCLUSIONES

La dicotomía entre teoría y práctica debe ser superada en la educación jurídica mediante una permanente atención a los

¹⁶ Una excelente síntesis en Carlos María Cárcova, *Derecho, Literatura y Conocimiento*, op cit.

¹⁷ Véase por ejemplo, Diego Falconí Travez (editor), *A medio camino— intertextos entre la*

literatura y el derecho, Valencia, Tirant Humanidades, 2016.

procesos de interpretación y argumentación, aplicados a la jurisprudencia, no solo como fuente de Derecho sino como expresión de pensamiento práctico con claras ventajas como recurso didáctico.

Por otra parte los abogados de hoy deben responder a los sistemas jurídicos actuales, atravesados por el cambio permanente, la interculturalidad, y la complejidad. Para ello se requiere una formación más interdisciplinaria y menos basada en la memoria y más en la comprensión, menos en la descripción de las normas y más en el ejercicio de operaciones analíticas con las mismas, y en su articulación con los hechos.

El posgrado en particular, no debe ser visto como una mera especialización del grado, sino como una oportunidad de profundización epistemológica, ejercicio crítico e investigación. Por otra parte, puesto que el posgrado forma docentes e investigadores, tiene una clara capacidad de incidencia sobre los estudios de grado.

La educación jurídica debe también formar en valores democráticos y pluralistas, para ello contribuye una visión constitucionalizada de cada rama del Derecho, así como una comprensión de lo jurídico enriquecida por sus dimensiones culturales, sociales y en general humanas. El uso de otras narrativas como la Literatura y el Cine puede ser de indudable valor en dicha tarea.

Hoy las normas jurídicas están inmediatamente disponibles mediante las nuevas tecnologías de la información, pero son al mismo tiempo mucho más variables y complejas. A diferencia del pasado, el problema hoy para los estudiantes no es la falta de información sino su exceso. En este sentido, un rol clave del docente actual consiste en incentivar capacidades analíticas de selección, sistematización y crítica de esta información¹⁸. Sin estos criterios el estudiante puede sucumbir en un

mar de información, con el resultado de una gran confusión prácticamente opuesta al aprendizaje.

Referencias

- CAPELLA, Juan Ramón. El Aprendizaje del Aprendizaje – una introducción al estudio del Derecho, Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- CÁRCOVA, Carlos María Derecho. Literatura y Conocimiento, en Revista Jurídica de Buenos Aires Nro. 198, 2000.
- DE TRAZEGNIES, Fernando. El Rol Político del Abogado Litigante en Varios, Los Abogados y la Democracia en América Latina, Quito, ILSA, 1986.
- DWORKIN, Ronald. Como el Derecho se Parece a la Literatura publicado en La Decisión Judicial – El Debate Hart – Dworkin, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999
- ESTRELLA VINTIMILLA, Pablo. La Educación Legal en Ecuador,

¹⁸ Agustín Grijalva, Pedagogía Universitaria, op cit.

Quito, Corporación Editora Nacional, 2001.

FALCONÍ TRAVEZ, Diego (editor). A medio camino – intertextos entre la literatura y el derecho, Valencia, Tirant Humanidades, 2016.

GRIJALVA, Agustín. Reflexiones sobre Pedagogía Universitaria, Lima, Boletín del Instituto Francés de Estudios Andinos, 1999, 28 (3): 451 – 460.

GRIJALVA, Agustín. Novo Constitucionalismo, Ativismo e Independencia Judicial, en Leonardo Avritzer, et al (coordinadores), O Constitucionalismo Democrático latinoamericano em Debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos, Belo Horizonte, Autentica, 2017.

Londoño Beatriz y Padilla Andrea. Competencias Científicas e Investigativas en la Formación del Futuro Abogado, en Beatriz Londoño et. al, Tendencias de la Enseñanza y de la Investigación en Derecho, Medellín, Ediciones UNAULA, 2013.

LUD, Alan. Entrevista a Boaventura de Sousa Santos, Abogacía y

Educación Legal, accesible en www.sistemasjudiciales.org

PÉREZ GÓMEZ, Angel. Nuevas exigencias y escenarios para la profesión docente en la era de la información y de la incertidumbre, Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado, 68 (24,2) (2010), 17---36.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio. Educación Jurídica, Abogados y Globalización en América Latina. Accesible en www.sistemasjudiciales.org

RAMA, Claudio. La Tercera Reforma de la Educación Superior en América Latina y el Caribe en IESALC, Informe sobre la Educación Superior en América Latina y el Caribe, IESALC, Caracas, Editorial Trópicos, 2006.

DIVERSIDAD EN LOS MODOS DE GESTIONAR LA CONFLICTIVIDAD: profundizando el derecho al acceso a la justicia

DIVERSITY IN WAYS OF MANAGING CONFLICT: deepening the right to access to justice

Silvina Ramírez
Doctora en Derecho Constitucional
Miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU)
Miembro de la Asociación de Abogados en Derecho indígena (AADI)
Argentina

Artigo recibido em: 06/05/2017 Aprobado em: 16/09/2017

Resumen

El derecho al acceso a la justicia comprende un conjunto de tópicos que deben ser clarificados para comprender el mejor modo de garantizarlo. Entre éstos, la administración de justicia indígena es central, ya que contribuye con su reconocimiento a la profundización de este derecho. Por otra parte, la coordinación y articulación de todos los dispositivos de administración de justicia existentes se vuelven necesarias para gestar un estado de situación en que todos los ciudadanos obtengan respuestas a sus conflictos.

Palabras-clave: Acceso a la justicia. Justicia indígena. Articulación entre diferentes mecanismos de administración de justicia.



Abstract

The right to access to justice comprises a set of topics that must be clarified in order to understand the best way of guaranteeing it. Among these, the administration of indigenous justice is central, since it contributes with its recognition to the deepening of this right. On the other hand, the coordination and articulation of all the existing mechanisms of justice administration become necessary to create a state of situation in which all citizens obtain answers to their conflicts.

Keywords: Access to justice. Indigenous justice. Articulation between different mechanisms of administration of justice.

1. INTRODUCCIÓN

La gestión de la conflictividad es insoslayable en cualquier tipo de comunidad. Cuando éstas se complejizan, y se organizan jurídica y políticamente (construyendo el Estado), y cuando los conflictos van mutando y creciendo, se vuelve necesario coordinar y articular los diferentes modos de gestionarla, para garantizar una vida armónica en la sociedad y gestar un horizonte de paz comunitaria.

El párrafo precedente resume en pocas líneas las relaciones que se establecen entre la institucionalidad y la ciudadanía, frente a contextos de conflictividad creciente, y la consiguiente necesidad de dar respuestas para disminuir los índices de violencia. Así, la gestión de la conflictividad no se agota en las clásicas respuestas estatales traducidas en la creación del aparato de administración de justicia. Por el contrario, al interior de las comunidades se van gestando formas de convivencia que se convierten también en otros dispositivos de administrar justicia.

De este modo, se encuentran en las diferentes instancias políticas del Estado (a nivel nacional, regional, local) una diversidad de modos de encontrar respuestas a los conflictos, tanto estatales como no estatales, los que generan también algunos solapamientos que deben ser

dirimidos a fin de maximizar la eficiencia y minimizar el despilfarro de recursos.

En este artículo se profundizará sobre el derecho al acceso a la justicia a través del análisis de algunos de estos dispositivos, que se combinan, coexisten, comparten tanto un espacio territorial como destinatarios. En el análisis se privilegiarán los jueces de paz, aquellos jueces de cercanía que son la primera puerta de acceso a la justicia, y su relación con otros modos de resolución que o son más informales, o forman parte de los mecanismos institucionales de otros pueblos, como es el caso de la justicia indígena.

De esta manera, la idea de este artículo es presentar una suerte de “fotografía” de cómo se interrelacionan los diferentes servicios de justicia, explorar sus vínculos, analizar los tipos de articulaciones posibles para garantizar –desde cualquiera de ellos– una gestión de la conflictividad acorde con los principios democráticos.

Para ello, en primer lugar se clarificarán algunos aspectos conceptuales del acceso a la justicia (2), para a continuación presentar algunos de los diferentes dispositivos de gestión de la conflictividad existentes (3); se desarrollará la relación entre la justicia indígena y los jueces de paz, entendidos éstos como justicia de proximidad o cercanía (4), realizando un bosquejo de cómo podría

formularse una política estatal de reconocimiento de la justicia indígena como una vía privilegiada de acceso a la justicia (5 y 6).

Por último, las conclusiones apuntarán al horizonte de convivencia y articulación (7), en el entendido que en sociedades complejas como las actuales es necesario construir -con el conjunto de mecanismos de administración de justicia existente- un andamiaje que no superponga recursos, que respete las distintas formas comunitarias de resolución de conflictos existentes y que maximice las instancias de cooperación entre ellos.

En una sociedad democrática, se impone garantizar la administración de justicia pero a su vez se deben generar instrumentos que acerquen la justicia al ciudadano. Simultáneamente, se requiere el respeto de una institucionalidad ya existente, que difiere de la del Estado, y que está estrechamente vinculado a los principios de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas.

2. LA PROFUNDIZACIÓN CONCEPTUAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA

¹ Ver “Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia para América Latina y el Caribe”,

Atribuir un significado sustantivo al concepto “acceso a la justicia”, dotándolo de un contenido con consecuencias tangibles, es tal vez el desafío de las próximas décadas. Una vez que pueda superarse el lugar común que ha adquirido, y principalmente distinguiendo los múltiples problemas que representa, es preciso sustraerlo de su concepción clásica, que se reduce sólo a la posibilidad de alcanzar los tribunales de justicia.

Es posible distinguir, al menos, cinco significados¹ que no agotan el término “acceso a la justicia”, pero que son ilustrativos del punto que queremos plantear. Justicia local, exigibilidad de derechos, resolución alternativa de conflictos, protección administrativa del ciudadano y justicia indígena son todos modos de mejorar el acceso a la justicia, pero cada uno de estos subtemas representan a su vez problemas diferentes y ameritan también un tratamiento distinto.

La justicia local está conformada por diferentes instancias, estatales y no estatales, como por ejemplo los jueces de paz, juntas vecinales, casas de justicia, todas modalidades con características particulares, que forman parte de lo que se conoce como acceso y que no puede ser

PNUD, Ediciones del Instituto, Buenos Aires (en coautoría), Buenos Aires, 2005.

asociada o confundida con otros mecanismos.

La *exigibilidad de derechos* tiene que ver con ciertos mecanismos contemporáneos desarrollados en las últimas décadas, tales como el amparo colectivo, el habeas datas, etc., que permiten incrementar la calidad de protección de los derechos del ciudadano. Esta apertura hacia la exigibilidad de derechos conlleva un mayor protagonismo del sector justicia en la protección de derechos, y claramente también significa un mayor compromiso de las instituciones con el acceso.

La *resolución alternativa de conflictos* se presenta como una de las formas más eficaces y menos costosa de dar respuestas a los ciudadanos. También podríamos inferir que este modo de administrar justicia posee un rasgo predominantemente “pro-acceso a la justicia”, y sin lugar a dudas merece un análisis aparte. Pero tampoco es posible reducir el “acceso a la justicia” a la resolución alternativa de conflictos, por lo cual si le dejamos sólo el rol de componente del acceso también desdibujamos uno y otro concepto. Los mecanismos más habituales que se incluyen son la conciliación, la mediación, el arbitraje. Puede estar incluido dentro del Poder Judicial o ser extrajudicial.

La *protección administrativa al ciudadano* está relacionada con aquellas instancias establecidas en el ámbito del ejecutivo que le permiten al ciudadano canalizar un reclamo. Así, cualquier mecanismo establecido ya sea para garantizar un derecho o medidas pro-activas, tales como los programas de apoyo familiar y de desarrollo comunitario forman parte también de aquello que llamamos “protección administrativa”, que puede incluirse en lo que se denomina “acceso a la justicia” pero que merece también un párrafo aparte. En algunos países, como en Colombia, existen instancias que dependen del ejecutivo, las que utilizan asimismo la conciliación y mediación, y que forman parte del ámbito administrativo del Estado.

Por último, y agotando la lista de aquellos problemas que han sido colocados bajo el paraguas del concepto de acceso a la justicia, es destacable la *justicia indígena*, justicia que cada día adquiere mayor relevancia para la configuración de los Estados contemporáneos. Así, la administración de justicia para los Pueblos indígenas a través de sus propias autoridades, siguiendo sus propios procedimientos y aplicando su propio sistema de castigo constituye sin lugar a dudas un modo privilegiado de acceso a la justicia para los ciudadanos indígenas, pero no puede ser tratado sólo como un

dispositivo de acceso, sino -por el contrario- se ha convertido en uno de los mayores desafíos para un Estado construido alrededor del monopolio del uso de la violencia.

Si a los problemas de significado que apuntamos le sumamos las diferentes miradas desde las cuales suele abordarse “el acceso a la justicia”, la cuestión conceptual se complejiza. Las perspectivas normativas y sociológicas son dos vertientes que entienden el acceso a la justicia de modos diferentes. Desde aquellos que privilegian las concepciones que conciben la falta de herramientas jurídicas como el núcleo del problema –los normativistas- hasta aquellos otros que enfatizan los efectos que produce la exclusión y se concentran en los grupos vulnerables para desarrollar su análisis.

Por último, vale la pena hacer mención del impacto que produce en el desarrollo del acceso a la justicia los sistemas informales de administración de justicia. La complementariedad que debería producirse entre sistemas formales e informales muchas veces no se presenta, y existe mucha desconfianza de que el Estado abandone sus funciones si lo informal se impone, desplazando lo estatal. El vínculo entre los diferentes sistemas aún no ha sido lo suficientemente explorado, y en la práctica muchas veces éstos se superponen,

generando despilfarro de recursos y en definitiva falta de respuestas.

3. DIFERENTES DISPOSITIVOS DE GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD

Justicia municipal

La gestión local ocupa cada vez más espacio en los escenarios políticos, y en la reflexión jurídica y sociológica. En sociedades complejas como las nuestras, la necesidad de descentralizar los diferentes mecanismos de administración de lo público, ha jerarquizado las dimensiones más pequeñas, y ha colocado a los municipios en el centro del debate, dotándolos de un protagonismo que no tuvo en el siglo pasado.

Por ello, los municipios están llamados a organizar sistemas de respuestas al ciudadano que tengan como eje una gestión de la conflictividad eficiente, protectora de derechos, sin costos, y con una alta cuota de legitimidad. La justicia municipal, entonces, se vuelve una alternativa interesante para cumplir con estos requisitos. Sin embargo, corre el riesgo de distorsionarse volviéndose una copia del resto de juzgados que conforman la administración de justicia, algo que debe

ser advertido y evitado en cualquier construcción de la justicia municipal.

Vale la pena hacer notar que los municipios son muy diversos entre sí, su tamaño (extensión y población), características del contexto, tipo de conflictividad, configuran una demanda que es muy variable, por lo cual no es posible realizar sólo un tipo de diagnóstico, o pensar en sólo un tipo de justicia de cercanía o de proximidad o un modelo que sea funcional para todos los municipios en general.

La idea de la conformación de una justicia municipal está ligada a la revalorización de la justicia local como una forma más expedita de dar respuestas. Esto también se vincula con la cuestión presupuestaria, y con el control a la que debe ser sometida. Ambos extremos pueden manejarse de mejor manera si las estructuras se construyen en una escala menor, más cercanas a los usuarios a los que sirven, y con un nivel menor de burocracias.

En otras palabras, la justicia vecinal, la justicia rural, la justicia indígena, la justicia de paz comparten rasgos definitorios (cercanía, inmediatez, celeridad, desformalización). Queda abierto el debate acerca de cómo articular modos

diferenciados de administrar la justicia. En el ejercicio del poder local, y como una forma de garantizar un servicio de justicia, puede organizarse una justicia municipal en sintonía con las prioridades del municipio.

Existen proyectos² que apuntan a estos objetivos, pero que no reemplazan la justicia primaria. Muchas veces se vuelve necesario por los requerimientos propios del contexto pensar en una organización que genere una nueva estructura judicial, con nuevos procedimientos y asentadas también en principios específicos, muchos de ellos “prestados” de lo que se conoce como justicia de paz.

Casas de Justicia

En términos generales, las casas de justicia son servicios multipuertas, en donde en un mismo espacio se “ofrece” una diversidad de modos de gestionar los conflictos. Algunos autores distinguen, al menos, tres modelos de casas de justicia: “[...] Al inicio de este estudio presentamos tres modelos posibles de casas de justicia, según el tipo de objetivos que persiguen: la descongestión (eficientista), la reducción de la conflictividad (comunitarista) y el fortalecimiento de las instituciones locales (de consolidación)³.”

² Por ejemplo, el proyecto de Código de justicia municipal, para el Municipio del Partido de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, República Argentina, junio de 2015.

³ García Villegas, Mauricio y otros. “Casas de justicia: una idea mal administrada”, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2015.

Más allá de la organización interna y del modelo al que respondan, un rasgo relevante tiene que ver la relación que se establece entre diferentes instancias estatales y comunitarias con los jueces de paz. Las casas de justicia reúnen en su espacio físico –no siempre, pero puede suceder así- un conjunto de servicios, entre ellos a los jueces de paz. Si bien se ofrecen, entre otros mecanismos, conciliación o mediación (que también puede ser mediación judicial), los jueces de paz también utilizan como herramienta estas formas de resolución. La diferencia más notable es la función jurisdiccional de los jueces de paz, quienes también resuelven “en equidad” a través de una sentencia.

La confusión que puede producirse es evidente. Los usuarios pueden no estar al tanto de estas diferencias –algo que tampoco está muy claro para los estudiosos del tema- y las delimitaciones entre servicios pueden no estar tan claras. No obstante, y para la organización interna, las casas de justicia configuran un nuevo modelo para la justicia de paz, dado que su propia estructura impacta en la de ellos, y sin lugar a dudas reconfigura todo el escenario de la justicia de cercanía. Esto último pudo apreciarse en la provincia de Río Negro, Argentina, donde son evidentes las bondades de la coexistencia de la justicia de paz con las casas de justicia.

La justicia de paz y las casas de justicia generan una sinergia que potencia las respuestas que se brindan a los ciudadanos que acuden en búsqueda de ayuda. Sin embargo, debe advertirse que si no es gestionada adecuadamente, puede provocar confusiones y solapamientos.

En otras palabras, la justicia vecinal o municipal, justicia de paz, casas de justicia, la justicia indígena, comparten algunos aspectos (cercanía, inmediatez, celeridad, desformalización). En este punto, debe quedar abierto el debate acerca de cómo articular modos diferenciados de administrar la justicia.

4. JUSTICIA INDÍGENA Y JUECES DE PAZ COMO JUSTICIA DE CERCANÍA

A pesar de los notables avances normativos en el reconocimiento de la administración de justicia indígena tanto a nivel internacional (Convenio 169 de la OIT, Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas, Declaración Americana sobre Derechos de los pueblos indígenas) como a nivel constitucional, al carecer la mayoría de países de una ley de coordinación de la jurisdicción indígena con los sistemas judiciales nacionales (y la justicia de paz como el eslabón más cercano al ciudadano),

los mecanismos de articulación se vuelven imprecisos, y en la mayoría de los casos la justicia ordinaria –y sus actores- desconoce las decisiones a las que llegan las autoridades indígenas.

Esta constatación, y la imposibilidad de llegar a plasmar una ley de coordinación por diversos factores, hace necesario sensibilizar tanto a los operadores judiciales como a las autoridades indígenas en mecanismos de coordinación que puedan llevar a la práctica y de manera efectiva la coordinación.

Este proceso de sensibilización debe incluir necesariamente algunas etapas que hagan posible un respeto recíproco de los modos de gestionar la conflictividad. A continuación, se destacan algunas cuestiones preliminares.

- Los Derechos Humanos Fundamentales deben servir como límite a cualquier ejercicio jurisdiccional, ya sea indígena como no indígena. No obstante, debe llevarse adelante una interpretación intercultural de estos derechos, para no caer en un nuevo proceso de colonización de los pueblos indígenas al imponerles derechos humanos entendidos “occidentalmente”⁴.
- Los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria deben transitar un proceso de sensibilización – capacitación –

investigación, que desarrolle diferentes concepciones frente al derecho y que alcance un genuino proceso de intercambio.

- El fortalecimiento de la institucionalidad indígena, en algunos pueblos indígenas, se vuelve imprescindible. La coordinación exige contar con dos modos de administrar justicia, ambos sólidos y consistentes. No pueden desarrollarse mecanismos de coordinación si no se cuenta con sistemas de justicia indígena que estén lo suficientemente arraigados en la comunidad.
- El desconocimiento o rechazo por parte de las autoridades “ordinarias” (en las que se incluye la justicia de paz) de la jurisdicción indígena. Existen cierto menoscabo de las decisiones de las autoridades indígenas sumado a relaciones ambiguas que se generan entre las autoridades de las diferentes comunidades, y las diferentes autoridades que representan al Estado, así por jueces, fiscales, policías, ejército, y diferentes instancias que no poseen la misma perspectiva a la hora de respetar la jurisdicción especial indígena.
- La construcción de una metodología de coordinación entre justicia de paz y justicia indígena que tenga presente las diferencias entre los diferentes pueblos indígenas y sus rasgos específicos. No es posible desarrollar los mismos procesos de sensibilización y capacitación en pueblos que han mantenido sus instituciones y autoridades, que en aquellos pueblos que están inmersos en un proceso de

⁴ La Corte Constitucional estableció los así llamados mínimos constitucionales, los que deben ser respetados y que resuelven en gran medida las

tensiones que produce al interior del sistema de justicia indígena la existencia de ciertos derechos fundamentales.

recuperación y reconstrucción de su derecho propio.

Resumiendo, los avances normativos aunque destacables son insuficientes para plasmar en nuestras cotidianidades un respeto irrestricto por la administración de justicia indígena. Si bien es relevante la incorporación en la Constitución de reglas claras que expresen la inclusión de los Pueblos indígenas en las políticas del Estado, es preciso –y sin lugar a dudas es una obligación del mismo Estado- construir procesos que tiendan a volver realidad la dimensión normativa.

La justicia de paz debe articularse, en países con fuerte presencia indígena, con la justicia indígena. Esto obliga a una delimitación de sus ámbitos de competencia, precisamente para evitar confusiones (la justicia de paz es parte de la justicia ordinaria, aunque utilice también mecanismos propios de la justicia indígena, como lo es la decisión con equidad). La necesidad de articulación y/o coordinación también obedece a que la justicia indígena no quede subordinada equivocadamente a la justicia de paz.

Para coordinar entonces sistemas de justicia diferentes, es un presupuesto ineludible partir del conocimiento del funcionamiento de esos sistemas. Por ello, en el desarrollo de los mecanismos de coordinación, es necesario diagnosticar los

requerimientos y las necesidades de las comunidades en donde coexisten diversos sistemas de justicia, para armonizar su funcionamiento.

En cuanto a la justicia de paz, una vez que se identifica cuál es su organización interna y su competencia, debe analizarse en terreno cómo se gestiona la conflictividad, qué lugar ocupa la aplicación de derecho propio en las comunidades indígenas, y en su caso cómo interrelacionan.

Esta tarea, simple en apariencia, puede generar complicaciones a la hora de definir el contenido de la coordinación, si debe realizarse a través de una normativa específica, si es preciso llevar adelante un proceso extendido de capacitación a los operadores judiciales, y cómo respetar los diferentes modos de gestionar la conflictividad que compatibilice los diferentes derechos en juego.

Asimismo, pensando un diseño concreto en el terreno, las distancias que existen, por ejemplo, entre la capital del distrito judicial y las ciudades asiento de los jueces municipales o los jueces de paz, con respecto a los resguardos o territorios en donde habitan los pueblos indígenas (según cuál sea el país de que se trate), es un dato de relevancia a tener en cuenta.

Por todo lo cual es importante destacar:

- Para llevar adelante la coordinación entre los jueces de paz y la justicia indígena, deben definirse cuál es la competencia territorial, definir cuáles son las materias en las que intervienen (no se debe olvidar que la justicia de paz tiene competencia tanto en conflictos civiles como en conflictos penales), para así poder analizar los espacios en los que efectivamente se da la interacción.
- En Colombia y Perú, por ejemplo, a la complejidad que representa la jurisdicción especial indígena, se le suma (y a veces superpone) la justicia de paz y la justicia en equidad que provocan algunas confusiones en el terreno.
- A lo anteriormente expresado, en Colombia es preciso contemplar la existencia de justicia “ilegal” –la de los guerrilleros y la de los paramilitares- que en algunos casos coexisten con la justicia indígena y la justicia de paz, y en otros se convierten en la única justicia existente en la zona.

La coordinación entre sistemas de justicia indígena / ordinario sigue representando para los Estados un enorme desafío. A la fecha, en toda América Latina existe una sola ley de coordinación, la así llamada “ley de deslinde jurisdiccional” en Bolivia. Esta ley es notablemente deficitaria y ha sido objeto de innumerables críticas.

En un país con un presidente indígena, la promulgación de una ley tan objetable sólo es una muestra de las complicaciones que existen, en la práctica, para reconocer sistemas de administración de justicia

indígena en el mismo estatus que la justicia ordinaria.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA

Formular políticas públicas de acceso a la justicia está irremediamente vinculado a una dimensión política, que estructura básicamente el tipo de Estado y que también perfila cómo están pergeñados los sistemas de administración de justicia. Por ello, el acceso a la justicia como tema y problema es eminentemente político. No podemos diseñar políticas de acceso sin analizar las causas de la ausencia de acceso a la justicia, que no se reduce a carencias de leyes o fallas en las burocracias, sino por el contrario estas situaciones también se han vuelto funcionales a la construcción de Estados cuyos dispositivos no se vuelcan a servir a los ciudadanos.

Es importante destacar en este apartado que la protección de los derechos de los ciudadanos, la garantía de un acceso a la justicia efectivo por parte de ellos y la construcción genuina de sistemas de justicia que se ocupen de que así sea, no tienen que ver –al menos no tiene que ver sólo con ello- con cuestiones legislativas, jurídicas o meramente técnicas. Si bien estos aspectos

forman parte del “problema”, constituyen también el entramado político que define el tipo de Estado que se conforma en un determinado tiempo y lugar. De este modo, la dimensión política tiene que ver con cuánta protección cuenta el ciudadano frente a la vulneración de sus derechos, está ligada a los mecanismos que habilita el Estado para facilitarle el resguardo de sus garantías y tiene una fuerte vinculación con lo que el Estado reconoce o deja de reconocer cuando existen, dentro del Estado, otros sistemas de gestión de la conflictividad.

Un Estado que da la espalda, por ejemplo, a los Pueblos indígenas que habitan en él o desconoce su derecho indígena como una legítima herramienta de resolución de los conflictos, que no arbitra los mecanismos pertinentes para brindar protección a los migrantes, que deja olvidadas o carentes de protección a las mujeres, es un Estado que no le atribuye importancia al acceso a la justicia. De ese modo, se construyen Estados que no consideran como una política pública relevante posibilitar el acceso a la justicia, antes bien profundizan el estado de situación –poco satisfactorio- reforzando el statu quo y en definitiva concentrando el poder. Sin embargo, lo que genera tal vez más perplejidad es que discursivamente la mayoría de los Estados reconoce ciertos

derechos inalienables, y todos ellos gozan normativamente de protección. Pero ciertamente estos derechos se convierten en declaraciones falaces, cuando no pueden hacerse efectivos ante los tribunales. Esta tensión entre tener discursivamente y no tener prácticamente también forma parte de una dimensión política que por lo general es ignorada.

La dimensión política es relevante en la medida en que se convierte en el esqueleto en donde los sistemas de administración de justicia se asientan. Existe una relación directa entre el perfil que asumen los sistemas de administración de justicia y el perfil de Estado en donde se desarrollan. No es casual que los sistemas políticos más sólidos y democráticos dispongan de un sistema judicial más creíble y consistente.

Dentro de los modelos de Estado -y su relación con el acceso a la justicia- los procesos de descentralización que se llevan adelante, y que también presentan como uno de sus objetivos brindar un servicio de justicia de mayor calidad. Estos procesos tienen un enorme potencial si son complementados con los dispositivos ya existentes en las comunidades. Sin embargo, si no se monitorean adecuadamente pueden replicar los vicios ya existentes en los servicios centralizados.

Por todo lo expresado, se debe tener presente, en primer lugar, la dificultad que significa la formulación de políticas públicas generales -con ciertos toques de universalidad- que no contemple las particularidades del contexto, y las específicas demandas del usuario que no necesariamente son coincidentes; antes bien se caracterizan por su diversidad y están teñidas también de determinadas pautas culturales. Por ello, la formulación de políticas públicas siempre debe responder a las necesidades de aquellos que demandan protección de sus derechos.

En segundo lugar, no debe olvidarse lo imprescindible que es contar con información de primera mano de los dispositivos ya existentes en el lugar sobre el cual se va a desarrollar una política determinada sobre el acceso a la justicia. Caso contrario, los riesgos de duplicar herramientas, sobreponer esfuerzos, generar confusiones en el usuario, se incrementan considerablemente.

En tercer lugar, no debe subestimarse la multiplicidad de formas de resolver conflictos y dar respuestas ya instaladas en la comunidad y que no tienen que ver con los sistemas estatales. Cuando desde el Estado se pretende mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos, se tiende a institucionalizar -con la consiguiente burocratización- todas las

acciones, volviéndolas rígidas y carentes de matices. Esto no mejora el estado de situación sino, por el contrario, desincentiva al ciudadano, volviéndolo reticente frente a cualquier oferta estatal.

Por último, la articulación de diferentes organismos sociales (ongs, organizaciones campesinas e indígenas, organizaciones de la sociedad civil en general, sindicatos, etc.), que puedan generar concientización y un saber práctico en los miembros de las comunidades; en otras palabras, que lleven adelante una suerte de educación popular que permita resolver los problemas más urgentes, al capacitar a los propios ciudadanos en algunos rudimentos jurídicos necesarios para obtener la resolución de los conflictos.

En cuanto a la etapa subsiguiente a la formulación de políticas tendientes a mejorar el acceso, esto es la implementación, el monitoreo y la evaluación de las acciones que se lleven adelante, uno de los errores más comunes es pensar que esta segunda etapa es secundaria y que no precisa de mayores esfuerzos cuando la realidad ha demostrado exactamente lo contrario: que si no se le presta la debida atención cualquier política pública, por más afinada y consistente que sea, corre el riesgo de naufragar.

Ahora bien, prestar atención a la implementación es una tarea que requiere

de planificación, que debe contemplar resultados fácilmente evaluables, que precisa de un cronograma en donde conste el cumplimiento de metas y objetivos intermedios, y que pueda prever los obstáculos para poder llegar a cumplir las finalidades previstas satisfactoriamente.

Por ello, formular, implementar, monitorear y evaluar las políticas públicas es una sola tarea y como tal debe ser entendida. En la medida en que se comprenda que cada etapa debe contemplar la siguiente y de ninguna manera puede limitarse a sí misma, se avanzará en el camino y se obtendrán mejores resultados.

En definitiva, la formulación de políticas públicas de acceso a la justicia debería ser tan relevante como la formulación de políticas públicas sobre economía, salud, educación, etc. El Estado debe garantizar este derecho medular, proveyendo los medios necesarios para que el acceso a la justicia no sea sólo una aspiración para buena parte de la población.

6. POLÍTICAS ESTATALES DE RECONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA INDÍGENA

En América Latina, y a pesar de la normativa internacional vigente y de un

reconocimiento constitucional de la preexistente de los pueblos indígenas y de la vigencia de sus derechos ya extendido en todo el continente, lo cierto es que el Estado ha mantenido políticas ambiguas y ambivalentes –al menos- con respecto al tema indígena. Discursiva y normativamente los reconoce, pero en la práctica sigue sosteniendo un modelo de “Estado asistencialista” frente a todos los grupos vulnerables y desaventajados (entre los que se incluyen a los indígenas), y finalmente ha sedimentado y consolidado un paradigma integracionista, que no recepta la diferencia.

Esto tiene que ver con las dificultades del propio Estado de auto-imprimirse un perfil distinto, que lo lleve a interactuar con un sujeto político colectivo, los pueblos indígenas, en un marco en que las reglas del juego deberían ser formuladas sobre la base del respeto a la diferencia.

Todo lo cual se verifica en la problemática actual que presentan los pueblos indígenas en Argentina, a sus demandas insatisfechas, y a las dificultades que encuentran para que el Estado de respuestas a sus reclamos. Los conflictos de tierras están cada vez más extendidos, la situación de extrema pobreza ha llevado a

algunos de los pueblos a la inanición⁵ y finalmente la participación real de sus autoridades en las instancias estatales es por demás cuestionable⁶.

Partiendo de uno de los orígenes de las tensiones existentes entre las distintas cosmovisiones, las diferentes interpretaciones del principio de igualdad han dominado los debates en el campo “ius-filosófico” de los últimos siglos. Sin embargo, teóricamente, no se termina de digerir que existan visiones del mundo que no responden a un solo paradigma, y que no colocan “lo individual” en el centro de su cosmovisión. Este pecado capital ha desatado una verdadera “caza de brujas” contra cualquier reclamo colectivo, sólo atemperada por algunas posturas liberales⁷ que han intentado –e intentan- generar puentes entre las diferentes miradas alrededor de la cláusula igualitaria.

Lo cierto es que a pesar de estos intentos, existen voces que reclaman un tratamiento igualitario y no discriminatorio que involucre no sólo la libre elección de otros planes de vida sino un desarrollo de otros derechos que posibiliten su consecución. El tratamiento igualitario, que

a la vez respete la diversidad, debe entonces entenderse como aquel que requiere de tres cuestiones básicas. Por una parte la no obstaculización del despliegue del plan de vida elegido, y en ese sentido la garantía de no discriminación. Por otra parte, la realización de acciones positivas que aseguren el desarrollo y la protección de algunos derechos imprescindibles para llevar adelante el plan de vida elegido. En tercer lugar, una particular preocupación por situar históricamente a personas y colectivos.

El reconocimiento de la administración de justicia indígena recorre estos andariveles, que tiene como telón de fondo, finalmente, el debate alrededor del principio de igualdad. La resistencia que existe actualmente –y a pesar de que es una discusión instalada en el continente hace más de dos décadas- para admitir que las propias comunidades indígenas pueden gestionar su propia conflictividad, hace que la coordinación con otros dispositivos de justicia existentes sea muy difícil de alcanzar.

Dicha resistencia es contraproducente en varios sentidos:

presidente indígena), o Colombia (país que cuenta con cupo obligatorio en el Parlamento para indígenas) esta situación es diferente.

⁷ Kymlicka, Will, *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, C. Castells Auleda (trad.), Paidós, Barcelona, 1996.

⁵ En Argentina, en el norte, no es extraño que niños wichís mueran por desnutrición.

⁶ Esto debe ser matizado, y depende del país en que se trate. Pero por lo general, la estrategia de los Estados es cooptar referentes indígenas, generando mucha fragmentación al interior del movimiento indígena. Sin embargo, en países como Bolivia (un

desconoce la institucionalidad indígena, socava el respeto a sus autoridades, subordina la justicia indígena a la justicia ordinaria, y, finalmente, debilita la posibilidad cierta del acceso a la justicia. Por ello es tan relevante desarrollar políticas de reconocimiento de la justicia indígena, que vayan más allá de lo contemplado normativamente, asegurando en las prácticas de los operadores de justicia su respeto hacia otras formas de resolver los conflictos.

Una política estatal de reconocimiento de la justicia indígena debe tomar para sí todos estos desafíos: respetarla cuando decide gestionar su conflictividad, brindarle ayuda frente a determinado conflicto cuando así lo solicitan las autoridades indígenas, construir puentes de articulación entre sistemas de justicia diversos. Queda aún mucho camino por recorrer para que el Estado se construya como uno intercultural y plurinacional, y en donde la administración de justicia indígena sea un modo más de profundizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos.

7. CONCLUSIONES: horizonte de la convivencia y articulación

Garantizar y maximizar el ejercicio del derecho al acceso a la justicia es central para un Estado de derecho y requiere de una política pública decidida que apunte a generar las condiciones para hacerlo efectivo. No es posible que todos los ciudadanos puedan obtener una respuesta cierta a sus conflictos si no cuentan con un conjunto de dispositivos, que se adapten a sus necesidades, y que se encuentren a su alcance.

Pero no se trata sólo de que los dispositivos de administración de justicia tengan una ubicación más cercana –lo que es muy relevante- o de brindar un servicio más amable, menos burocrático y sin costos, ágil y expedito –aspectos también centrales- sino que el panorama se complejiza aún más cuando las demandas también se plantean alrededor de contar con una justicia que respete la cosmovisión, y que responda a los propios parámetros culturales.

La coexistencia armónica de dispositivos diferentes y de justicias diversas es la respuesta con mayores posibilidades para alcanzar los objetivos. Por ello, la articulación se vuelve una de las tareas a privilegiar, lo que significa –entre otras cosas- respetar que las autoridades indígenas administren justicia, evitar que se den solapamientos entre diferentes servicios de justicia que dependen del propio Estado,

racionalizar los recursos y generar una trama que, a modo de red, asegure que cualquier conflicto puede encontrar un cauce para su solución.

El horizonte de convivencia, entonces, es posible. Sin embargo, los Estados avanzan espasmódicamente para concretar este escenario. Las políticas de reconocimiento de la justicia indígena a veces se vuelven políticas de desconocimiento, la planificación de los servicios de justicia (incluidos jueces de paz, casas de justicia, tribunales administrativos) muchas veces no cubren la demanda por justicia, sino más bien se inclinan por aumentar la oferta sin prever una adaptación racional a las necesidades de los ciudadanos (afectando sensiblemente su desempeño), y la ausencia de control o monitoreo no contribuye a garantizar el derecho al acceso a la justicia, esencial para la vida cotidiana.

Claro está que cada contexto configura “estados de situación” diferentes. Cada uno de los Estados debe manejar sus propias realidades (en países federales como Argentina, Brasil o México, cada uno de los Estados provinciales configura asimismo una realidad distinta) y debe dar respuestas de acuerdo a las demandas particulares y específicas de sus ciudadanos. No es posible elaborar recetas

que den cuenta de escenarios tan variados como los que presenta América Latina.

Sin embargo, sí es posible advertir que cualquiera sea el país, sus características poblacionales, la situación particular de su administración de justicia, etc., las demandas por acceso a la justicia encuentran denominadores comunes. Se encuentran en todos ellos las mismas dificultades y los mismos desafíos.

Este trabajo sólo reúne un conjunto de reflexiones que intentan demostrar hasta qué punto es posible satisfacer necesidades, elaborar propuestas y políticas, y garantizar derechos (entre ellos, el derecho al acceso a la justicia). De la claridad conceptual, teórica y práctica depende la obtención de justicia para una buena parte de los ciudadanos, y con ésta, el afianzamiento y profundización de nuestras democracias.

Referencias

ANAYA CAPONE, Rosana. “Justicia de Paz y justicia comunitaria” en Justicia, No. 24 - pp. 25-35 - Diciembre 2013 - Universidad Simón Bolívar - Barranquilla, Colombia - ISSN: 0124-7441. Disponible en:

<<http://portal.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/justicia/index.php/justicia>>.

BINDER, Alberto, “De las Repúblicas áreas al Estado de Derecho”, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000

BRANDT, Hans – Jürgen. En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú. Fundación Friedrich Naumann, Lima, diciembre de 1990.

CIPPEC. ANDHES. “Casas de justicia. Una respuesta efectiva para el acceso a la justicia”. Buenos Aires.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, “Descifrando la Justicia de Paz en Bogotá, Bogotá, 2006.

CUNARC, “Estatuto Rondas Campesinas, Urbanas e Indígenas del Perú”, Trujillo, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar la democracia, reinventar el Estado. CLACSO, Buenos Aires, 2005.

DÍAZ POLANCO, Héctor (comp.). Etnia y Nación en América Latina. Claves de América Latina, México, 1995.

GARCÍA VILLEGAS Mauricio y otros, “Casas de Justicia. Una buena idea mal administrada”, De Justicia, Bogotá, 2015.

GARCÍA VILLEGAS, M; Espinosa R., J., “El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional, De Justicia, Bogotá, 2013.

GARRO, Alejandro M., “Acceso a la Justicia y el derecho de interés público”, en Justicia y Sociedad. Hacia un mejor servicio público de justicia, PNUD, N° 2, abril de 1999.

GUERRA CERRÓN, María Elena. “Justicia de Paz en el Perú: un servicio de justicia eficiente”. Perú, 2005.

MARTÍNEZ LAVID, Isabel Cristina. Jueces de Paz. Gestores de convivencia y justicia comunitaria. Instituto Popular de Capacitación (IPC), Medellín, Colombia, 2003.

MOVIMIENTO MANUELA RAMOS, “Diagnóstico situacional del servicio de Justicia de Paz Letrada y de Justicia de Paz”, Lima, 2008.

RAMÍREZ, Luis. “Justicia Penal y Diversidad Cultural” en

Administración de Justicia y Pueblos indígenas, Ed. Serviprensa, Guatemala, 2001.

RIVERA WOLTKE y otros. “Justicia de pequeñas causas en Guatemala” en Sistemas Judiciales, CEJA.

SIEDER, Rachel (ILAS) y Witchell Jessica (AFRAS, Universidad de Sussex). Advancing Indigenous Claims Through the Law: Reflections on the Guatemalan Peace Process, Culture and Rights, editado por Jane Cowan, Marie Dembour and Richard Wilson, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Sistemas Judiciales, “Otras Justicias”, Revista nro 12, INECIP – CEJA, 2007.

UPRIMNY Rodrigo, “Jueces de Paz y Justicia informal: una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones”. Bogotá, Colombia, 2001.

UPRIMNY Rodrigo y otros, “Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia”, De Justicia, Bogotá, 2014.

VILLADIEGO, Carolina. “Estudio comparativo Justicia civil de pequeñas causas en las Américas”.

ZUBILLAGA GABALDÓN María Teresa. La Justicia de Paz y su evolución, Cuadernos Unimetanos, Venezuela, Septiembre de 2007.

**ECOLOGICA DE LIBERACIÓN:
sobre el reconocimiento y la fundamentación de los derechos de la naturaleza en
el nuevo constitucionalismo transformador.**

*ECOLOGICAL LIBERATION:
on the recognition and foundation of the rights of nature in the new
transformational constitutionalism.*

Alejandro Medici
Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo
Universidad Nacional de La Plata
Argentina
medici.alejandro@gmail.com

Artigo recebido em: 22/07/2017 Artigo aprovado em: 16/09/2017

Resumen

En este texto comenzamos a explorar, teniendo en cuenta los debates recientes sobre el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza, madre tierra, o *paccha mama* en términos de los pueblos quechuas y aymaras andinos, una fundamentación de dichos derechos desde la alteridad radical de los vivientes no humanos y las generaciones futuras en el marco de la producción y reproducción de la vida en su circuito natural. Para ello recurrimos al diálogo entre filosofía de la liberación, giro descolonizador y ecología política. En los procesos de lucha por los derechos de la naturaleza y en las formas de su concretización constitucional, se juega la declarada voluntad descolonizadora de las constituciones de Ecuador y Bolivia. Se trata de una interpelación desde las alteridades radicales hacia el post extractivismo.

Palabras clave: derechos de la naturaleza, alteridades radicales, filosofía de la liberación.



Abstract

In this text we begin to explore, taking into account the recent debates on the constitutional recognition of the rights of nature, mother earth, or *paccha mama* in terms of Quechua and Andean Aymara peoples, a foundation of these rights from otherness radical of non-human living and future generations in the framework of the production and reproduction of life in its natural circuit. To do this we turn to the dialogue between philosophy of liberation, decolonization and political ecology. In the processes of struggle for the rights of nature and in the forms of its constitutional concretization, the declared decolonizing will of the constitutions of Ecuador and Bolivia is played. It is an interpellation from the radical alterities towards post extractivism.

Keywords: rights of nature, radical alterities, philosophy of liberation.

1. INTRODUCCIÓN

La constitución de la República de Ecuador presenta la novedad, en materia de constitucionalismo ecológico, de reconocer los derechos de la *paccha mama*, por otra parte, en el estado plurinacional de Bolivia, dichos derechos han sido incluidos en sendas leyes. En ambos casos este reconocimiento va en sintonía con textos constitucionales que reconocen el pluralismo de naciones que componen los respectivos estados, un conjunto de principios y reglas constitucionales que asumen el pluralismo cultural incorporando elementos de las cosmovisiones de los pueblos originarios y campesinos, desarrollando en consecuencia un marco institucional y nuevos derechos constitucionales, además de los de la *paccha mama*, por ejemplo, a la seguridad y soberanía alimentaria, al agua potable y al saneamiento, a la autoidentificación cultural, entre otros.

Estos cambios en el constitucionalismo andino, tienen como antecedentes varios conflictos socioambientales que involucraron luchas populares frente, tanto a la (in)justicia ambiental, como frente a la (in)justicia ecológica, por seguir la distinción de Gudynas (2015).

Esto más allá que luego el sesgo político desarrollista extractivista de los gobiernos de Correa y de Morales han sido y son parcial o relativamente inconsistentes con los nuevos marcos constitucionales. Lo cierto es que los conflictos ecopolíticos o socioambientales exhibieron poder de incidencia en los procesos constituyentes, es decir una dimensión constituyente que alcanzó a dejar su huella en el campo jurídico. En consecuencia, en la defensa y profundización de esos derechos los actores de los conflictos socioambientales o ecopolíticos tienen una herramienta más: los nuevos derechos constitucionales ecológicos, para usar dentro de su estrategia de lucha.

El objeto de este trabajo es reflexionar sobre esta novedad, ya que entraña una relación entre conflictos socioambientales y normatividad (ética y jurídica constitucional). De qué forma se produce esa relación no es algo por supuesto que se vaya a agotar, ni mucho menos, en la breve extensión de este trabajo, pero al menos intentaremos un esbozo de fundamentación de la formulación plasmada por ese momento instituyente de los conflictos ecopolíticos: el reconocimiento jurídico constitucional de los derechos de la naturaleza o *paccha mama*. Para acercarnos a ese objetivo, intentaremos respaldar nuestra fundamentación en el pensamiento

crítico latinoamericano, más específicamente en la filosofía de la liberación, especialmente en la versión analéctica de la misma, cuyo exponente más conocido es Enrique Dussel. También en términos generales, adoptando la actitud del giro descolonizador. Como hemos argumentado extensamente en otros lugares, las novedades de este constitucionalismo transformador sudamericano no se dejan comprender plenamente si nos limitamos a reiterar las categorías y lugares comunes de la teoría constitucional de cuño “eurousamericano”, por utilizar un barbarismo inspirado por David Sánchez Rubio.

2. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA DESDE LA FILOSOFÍA DE LA LIBERACIÓN.

El desafío de la fundamentación desde la teoría del nuevo constitucionalismo andino es doble: a) producirse como retaguardia de los movimientos del ecologismo popular, b) lograr una comprensión de la experiencia histórica de nuestra región desde un pensamiento crítico y descolonizador.

Se trata de una fundamentación a partir del diálogo entre saberes prácticos

populares y pluriculturales, con la ecología política latinoamericana, la teoría constitucional tradicional, el giro descolonizador y el pensamiento de liberación.

Nos interesa explorar en este texto algunas vías de relación del pensamiento liberacionista que nos parecen especialmente sugerentes para terciar en la fundamentación de estos aspectos normativos que suponen los conflictos ecopolíticos y su incidencia en los marcos constitucionales de Ecuador y Bolivia, para hacerlo, especialmente, en la disputa entre antropocentrismo y biocentrismo al respecto.

El nuevo constitucionalismo transformador ha institucionalizado los derechos de la *paccha mama* y el *sumak kawsay* o *suma qamaña* como normas y principios constitucionales expresando una razón alternativa a la dominante o hegemónica. Se trata de una racionalidad reproductiva de la vida humana y no humana en su circuito natural que se puede comprender desde una ecológica de liberación que apele a los principios de alteridad, praxis sociohistórica, y producción, reproducción y desarrollo de la vida en su circuito natural. (Dussel, 2011; Hinkelammert, 2002; Rosillo Martínez, 2013)

Empezando por este último, la vida y los conceptos que hacen a su campo semántico, no valen, sino que tienen dignidad: son el criterio que permite toda valorización, el fundamento de toda distinción y clasificación valorizadora. (Dussel, 2015; Dussel, 2010, 145-154, Dussel, 1998)

La alteridad ampliada a los vivientes no humanos y a la naturaleza integra desde siempre la cosmovisión de los pueblos latinoamericanos y de muchos otros del mundo. Actualmente, la corrosividad ecológica y cultural del sistema mundo moderno colonial hegemónico los actualiza a través de las resistencias y luchas ecológicas de los pueblos originarios, de los campesinos y de la ciudadanía en general.

La cuestión de la alteridad frente a la totalidad fue planteada ética y filosóficamente por Emanuel Levinas, pero concretada en el pensamiento latinoamericano por un conjunto de filósofos vinculados al pensamiento liberacionista en las distintas figuras de la subjetividad oprimida latinoamericana: los trabajadores, los excluidos, los pobres, las mujeres, los pueblos originarios, los jóvenes, los afroamericanos. Se trata, en la propuesta analéctica del pensamiento liberacionista de afirmar la positividad, productividad y proyectividad de dichas figuras de la alteridad más allá de la dialéctica negativa en la mismidad de la

totalidad fetichizada y autorreferente de la sociedad capitalista dependiente. Las ontologías relacionales con la naturaleza o *paccha*, y con los vivientes no humanos, darían pie a ensayar una nueva y radical concreción y expansión de la alteridad que por otra parte tiene raíces en los saberes prácticos y populares de las culturas originarias y campesinas regionales.

Ahora bien, relacionando esta idea con las discusiones de ética ecológica, el reconocimiento de esta forma de alteridad radical plantea una comunidad moral ampliada, donde todos los vivientes y su circuito natural reproductivo, tienen dignidad. La tecnociencia ha ampliado el alcance espacial y temporal de la acción humana, pero en forma desvinculada del pensamiento práctico moral, la hiperespecialización de saberes, con la consecuente pérdida de referencia a la totalidad tiene un efecto fetichizador en un contexto de dominio de la relación social del valor que se valoriza como principal estímulo de las acciones y de las estructuras (Reichmann, 2005).

La especie humana se ha transformado en una fuerza geológica global, con capacidad destructiva y autodestructiva y con capacidades tecnológicas sin control de las consecuencias en términos de riesgos: biotecnología, degradación ecológica, etc.

El ser humano sapiens-demens (Morin, 2003) es el único agente moral, las consecuencias de cuyas acciones y omisiones son sufridas por los pacientes morales, los vivientes no humanos y la naturaleza. Ellos son sometidos a una racionalidad instrumental, sacrificial y en último término suicida (Hinkelammert, 1999, 202.)

Se trata de distinguir entre antropocentrismo moral y antropocentrismo epistémico. Mientras el primero debe ser cuestionado y descentrado en sus aspectos desmesurados y depredadores por instrumentalizar al resto de los vivientes y a la naturaleza, el segundo es en cierta medida inevitable dada nuestra composición neurofisiológica. No trazar esta distinción sería considerar que el homo oeconomicus, el ego conquiro constituyen la naturaleza de la especie humana, siendo que en toda la historia de la humanidad la pluralidad de formas de culturas y de coevolución con los hábitats y ciclos de la naturaleza nunca se había presentado una relación de depredación y objetualización tan extensa ni tan intensa como con el predominio de la razón instrumental occidental.

Por lo tanto, el sujeto humano es también el único viviente que al mismo tiempo es sujeto moral, ya que debe hacerse responsable de su vida, que es su forma de realidad (Dussel; 2015, 86).

Pero al mismo tiempo su vida se integra en un circuito natural, bio socio metabólico con los vivientes no humanos y con la naturaleza de los que depende. A su vez tiene un vínculo de responsabilidad que demanda un igualitarismo diacrónico con las generaciones futuras. Forma con todas estas figuras radicales de alteridad una comunidad moral y su vida es también naturaleza. Pero los vivientes no humanos, las generaciones futuras y la naturaleza son pacientes de la agencia humana actual.

La racionalidad reproductiva incorporada a los principios y derechos del nuevo constitucionalismo transformador marca límites y alternativas al antropocentrismo moral. Sumak Kawsay/ Suma Qamaña no es mera vuelta al pasado, mero romanticismo, sino imaginación anticipatoria, ya que no es posible pensar que el futuro sea una mera prolongación de las tendencias ecocidas del presente.

Esta racionalidad reproductiva no es mera teoría, se apoya en la experiencia y saberes prácticos de la inmensa mayoría de la humanidad de coevolución y biomiméisis entre comunidades humanas y naturaleza desde hace 50000 años, pero también desde aprendizajes recientes como el ejemplo de la florestanía, o prácticas de ciudadanía ecológica de los siringueiros del Acre y de la Amazonía, que se hicieran conocidas después del asesinato de Chico Mendes, en

tanto metaciudadanías ambientales (Gudynas, 2015,206-224).

La nueva constitución ecológica (conjunto de reglas y principios vinculados al bio socio metabolismo entre seres humanos, vivientes no humanos y naturaleza, como a la relación entre generaciones presentes y futuras), cuyo concepto se puede reconstruir comprensivamente desde la experiencia y proyecciones de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia, plantean la exigencia de distinguir, para articular reciprocidad e interdependencia.

Reciprocidad es un principio antropológico entre agentes morales y enlaza derechos con deberes, interdependencia es un principio holístico, biocéntrico que enlaza a agentes y pacientes de una comunidad moral ampliada inclusiva de la alteridad más radical: generaciones futuras, vivientes no humanos y naturaleza. Éstos no tienen agencia moral, por lo tanto no se les puede exigir responsabilidad, pero tienen dignidad ya que su reproducción es fundamento de los valores y de toda valoración económica o extraeconómica (Reichmann, 2005).

3. (IN) CONCLUSIONES: procesos abiertos

Además de innovar con la forma de estado, de gobierno, la voluntad descolonizadora de las nuevas constituciones andinas se extiende, y se juega en la arena, de los modelos de desarrollo o mejor, yendo más allá de la idea misma de desarrollo en tanto éste supone una relación instrumentalizadora con la naturaleza, de raíces coloniales, en la capacidad de articular el pluralismo de saberes prácticos de coevolución con natura y proyectarlos en el despliegue del buen vivir o sumak kawsay que ha devenido, un significativo ambiguo y disputado en la retórica política.

Sin embargo, en sentido amplio, estas potencialidades del nuevo constitucionalismo, que, entendemos se comprenden mejor desde esta propuesta de fundamentación que estamos esbozando, se juegan en parte, en los procesos de concretización constitucional. Sus principios y reglas deben aplicarse en un contexto donde coexisten diferentes proyectos desarrollistas, progresistas postneoliberales, mientras que el neoliberalismo está agazapado para seguir instrumentalizando la vida, ahora bajo el rótulo de la “economía verde”. (Ver, entre otros, Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo, 2011, 2013 y Gudynas, 2015).

Se trata, por lo tanto, de un nuevo marco donde el método crítico de historización de los conceptos, discernimiento de las instituciones y normas, en síntesis: la praxis sociohistórica crítica desde el ecologismo popular que levanta la dignidad y los derechos desde una alteridad ampliada, da mucho de sí.

La constitución, en tanto producto cultural y como todo producto cultural, es vida en forma y forma que nace de la vida. Es una mediación entre derecho, política, cultura, ecología y economía que nos devuelve una imagen sesgada ideológicamente e idealizada de la comunidad que deberíamos ser. Pero justamente por eso es un punto necesario para la crítica y su uso estratégico por los movimientos sociales del ecologismo popular regional es una herramienta más. Mantener ese circuito vida/forma abierto exige aprender de los saberes prácticos en conexión con una alteridad radicalmente ampliada, para evitar los peligros de la abstracción, el formalismo y la descontextualización, que fetichizan la constitución y la hacen patrimonio encriptado de los “estamentos especializados” y no herramienta popular en una sociedad democrática. Concluyendo, podría decirse que el tan repetido giro descolonizador del nuevo constitucionalismo, se juega en el límite en

la dimensión del test de reconocimiento de las alteridades radicales que nos interpelan desde la crisis ecológica y las injusticias generadas por el extractivismo en sus diversas versiones.

La naturaleza, los vivientes no humanos, las generaciones futuras y los saberes prácticos plurales de los diversos pueblos para relacionarse con ellas, conforman un test de alteridad radical, desde donde comenzar a juzgar la racionalidad reproductiva y a demandar las estrategias de transición post extractivistas, que concreten las innovaciones de las constituciones de Ecuador y Bolivia.

Referencias

- DUSSEL, Enrique (2015) 14 tesis de ética. Docencia. Buenos Aires.
- DUSSEL, Enrique (2011) (1977 1ed.) Filosofía de la liberación. F.C.E. México D.F
- DUSSEL, Enrique (1998) Ética de la liberación. En la era de la globalización y de la exclusión. Trotta. Madrid.
- GRUPO PERMANENTE DE TRABAJO SOBRE ALTERNATIVAS AL DESARROLLO (2011) Más allá del

desarrollo. Abya Yala-Fundación Rosa
Luxemburgo-América Libre. Quito.

GRUPO PERMANENTE DE TRABAJO
SOBRE ALTERNATIVAS AL
DESARROLLO (2013) Alternativas al
Capitalismo/Colonialismo del siglo XXI.
Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburgo-
América Libre. Quito.

GUDYNAS, Eduardo (2015) Derechos de la
naturaleza. Ética biocéntrica y políticas
ambientales. Tinta Limón. Buenos Aires.

HINKELAMMERT, Franz (2002) El
retorno del sujeto reprimido. Universidad
Nacional de Colombia. Bogotá.

HINKELAMMERT, Franz (1999)
Ensayos. Caminos. La Habana.

MORIN, Edgar (2003) El Método V. La
humanidad de la humanidad. La identidad
humana. Cátedra. Barcelona.

RIECHMANN, Jorge (2005) (2000 1ra.
Ed.) Un mundo vulnerable. Ensayos sobre
ecología, ética y tecnociencia. Catarata.
Madrid.

ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (2013)
Fundamentación de derechos humanos
desde América Latina. Itaca. Mexico.

TRANSFORMANDO EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: lecciones desde la experiencia político-jurídica de Cherán, México*.

ECOLOGICAL LIBERATION: on the recognition and foundation of the rights of nature in the new transformational constitutionalism.

Orlando Aragón Andrade

Doctor en Ciencias Antropológicas
Escuela Nacional de Estudios Superiores, unidad Morelia
Universidad Autónoma Nacional
México
orlando_aragon@enesmorelia.unam.mx

Artigo recebido em: 22/07/2017 Artigo aprovado em: 16/0/2017

Resumen

En la presente contribución discuto la propuesta del constitucionalismo transformador, pensada originalmente a partir de las constituciones de Bolivia y Ecuador, desde la experiencia de lucha político-jurídica de la comunidad purépecha de San Francisco Cherán, México. A partir de un contexto muy diferente al de los Estados sudamericanos, realizo un análisis crítico desde las epistemologías del sur a la idea de la constitución para argumentar, desde mi acompañamiento y asesoría legal por más de cinco años en el movimiento de Cherán, la posibilidad de concebir otro tipo de constitucionalismo transformador, uno basado en el conocimiento lego e impulsado desde abajo a partir de una serie de alianzas con otros sectores sociales y conocimientos jurídicos.

Palabras-clave: constitucionalismo transformador. Cherán. justicias indígenas. ecología de saberes. uso contra-hegemónico del derecho.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Abstract

In this contribution I discuss the transformative constitutionalism proposal, originally brought forward in the Bolivia and Ecuador constitutions, but from the legal-political struggle of the indigenous community of San Francisco Cherán, México. From a very different context than that of the South American states and from the postulates of the epistemologies of the south, I make a critical analysis of the notion of constitution. Drawing from my experience of accompanying and as legal advisor of the Cherán movement for over five years, I argue that there is a possibility to conceive a different kind of transformative constitutionalism; one based on lay knowledge and driven from below parting from a series of alliances with other social sectors and legal knowledge.

Keywords: transformational constitutionalism. Cherán. indigenous justices. ecology of knowledge. counter-hegemonic use of the law.

1. INTRODUCCIÓN

La presente contribución busca enriquecer la discusión sobre el constitucionalismo transformador desde una de las experiencias más luminosas de lucha político-jurídica producida recientemente en México. A partir del movimiento de la comunidad purépecha de San Francisco Cherán¹, y especialmente desde mi acompañamiento a esta lucha en tanto abogado de la comunidad², definiendo la existencia de otro tipo de constitucionalismo transformador diferente al construido en las experiencias sudamericanas (especialmente la boliviana y ecuatoriana); uno que parte de conocimiento lego y que desde una comunidad indígena ha sido capaz de transformar al Estado mexicano desde su propia base para abrir nuevos caminos a la autonomía indígena en México.

Es importante advertir que el análisis de este trabajo es el resultado de mi doble inserción, cómo académico militante y cómo abogado en los procesos legales y políticos aquí estudiados. Por tal motivo, las

líneas que siguen se fundan en la tensión que va del estudio, la participación, la aplicación, la observación y la reformulación de la propuesta teórico-política de la legalidad cosmopolita subalterna (Santos y Rodríguez, 2007) en la lucha político-jurídica de Cherán.

Dicho lo anterior, planteo a continuación la ruta que sigo para el desarrollo de mis argumentos. En primer lugar analizo, a la luz del pluralismo jurídico y de las epistemologías del sur, qué elementos caracteriza a una constitución. En un segundo momento, reviso algunos de los principales puntos que dotan de características emancipadoras al constitucionalismo transformador, para posteriormente problematizar, a partir de la experiencia de Cherán, si es posible la existencia de otro tipo de constitucionalismo transformador. En tercer lugar, expongo cuáles son las condiciones para que un constitucionalismo transformador de escala local o desde abajo pueda convertirse en transformador en la escala nacional. Finalmente, cierro esta contribución reflexionando en torno a las

¹ La comunidad de San Francisco Cherán se ubica en el corazón de la región del Estado de Michoacán conocida como la meseta purépecha. Es una de las comunidades más grandes de ese pueblo indígena en cuanto a extensión territorial (20,826 hectáreas), característica que le permite ser al mismo tiempo comunidad y cabecera municipal del municipio conocido sólo con el nombre de Cherán. El municipio de Cherán fue creado en 1861.

Actualmente su población asciende, según el censo del 2010, a 18,141 habitantes que se dividen principalmente entre las dos comunidades que componen el municipio: San Francisco Cherán con 14,245 habitantes y Santa Cruz Tanaco con 2,947.

² Los procesos judiciales aquí analizados fueron realizados en trabajo colaborativo con otros abogados del Colectivo Emancipaciones al cual pertenezco.

limitaciones y potencialidades del constitucionalismo transformador desde abajo que aquí planteo.

2. LA CONSTITUCIÓN DE LOS PUEBLOS SIN CONSTITUCIÓN: una mirada al constitucionalismo desde las epistemologías del sur

El 15 de abril de 2011 la historia reciente de la comunidad purépecha de San Francisco Cherán, perteneciente al municipio de Cherán en México, cambió radicalmente. Ese día los cheranenses enfrentaron a los talamontes y a los integrantes del crimen organizado que durante varios años los despojaron de sus bosques y los sometieron a una realidad dominada por la violencia y el miedo. Ese mismo día inició el movimiento por “la seguridad, la paz, la justicia y la reconstitución del territorio” que tuvo como principales motores la doble indignación para decir basta a los partidos políticos que los dividieron y que se aliaron con el crimen organizado, y para rechazar el modelo y las instituciones de seguridad del Estado

³ En especial el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano que resolvió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en 2011 con número SUP-JDC 9167/2011 y el Juicio de Controversia Constitucional 32/2012 resuelto en

mexicano por su ineptitud y colusión con las bandas del crimen organizado. Frente a este doble agravio, los cheranenses, en plena insurrección popular, tomaron como acuerdo en sus asambleas: no más partidos políticos, ni policía del Estado; sí a un sistema de gobierno municipal basado en sus “usos y costumbres” y sí a una ronda comunitaria formada por los mismos cheranenses.

A partir de ese nuevo consenso político se ha desarrollado por más de 5 años uno de los procesos de lucha indígena en México más luminoso, el cual ha sido acompañado de una serie de victorias judiciales en los tribunales más importantes del Estado mexicano³ y de reformas textuales constitucionales y a leyes secundarias. El impacto de este movimiento político en el campo jurídico ha sido tan significativo que condujo al reconocimiento legal del primer municipio indígena en México que elige a sus autoridades municipales y a la conformación de éstas mediante un sistema basado en los “usos y costumbres”.

¿Qué tiene que ver este nuevo pacto político de Cherán con la idea de la constitución? A primera vista nada. Generalmente se concibe a la constitución

2014 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ambos precedentes judiciales son considerados de primer orden de relevancia para la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas en México.

como un cuerpo de normas jurídicas fundamentales que estructura y da forma a la organización política por excelencia de la modernidad: el Estado-nación. En este sentido, las constituciones pueden tener distintas características (por ejemplo, pueden tener un carácter escrito u oral, y diferentes órganos de defensa, etcétera), pero todas ellas se circunscriben a la figura del Estado-nación y se basan en un saber erudito como es el derecho estatal. Por esta razón, es fácil entender que aún en muchos espacios de estudios jurídicos se considere que sólo la unidad del Estado-nación puede llamar constitución a su pacto político formalizado en un conjunto de normas jurídicas. No obstante, esta idea se ha debilitado desde hace algunos años debido a la emergencia de nuevas unidades políticas de carácter global. El proyecto de la realización de una constitución para la Unión Europea fue quizás el ejemplo más elocuente de que este conjunto de normas jurídicas fundamentales podía cambiar para adaptarse a las escalas globales del capitalismo posmoderno.

Otro elemento fundamental de la comprensión moderna de la constitución que se ha modificado dramáticamente en los últimos años es el de la soberanía popular.

⁴ Boaventura de Sousa Santos (2010: 37) ha definido a ésta como “la investigación que tiene como objetivo mostrar que lo que no existe es, de hecho, activamente producido como no-existente, o sea, como una alternativa no creíble a lo que existe.

En efecto, esta idea anclada a la constitución, y más particularmente al poder constituyente, se encuentra en entredicho por la hegemonía de distintas expresiones de legalidad global y por la presión, cada vez mayor, que los organismos financieros internacionales ejercen sobre los Estados nacionales (Negri, 2015 y Santos, 2012). En consecuencia, se puede observar claramente que en la práctica la soberanía ya no la detenta la voluntad popular de los ciudadanos de un determinado Estado nacional, sino, principalmente, los centros hegemónicos del poder financiero del capitalismo.

No sólo mediante un análisis de la situación actual se puede advertir que la idea dominante de la constitución no guarda correspondencia absoluta con la medida política de la modernidad, basta una somera revisión de la historia occidental para advertir a lo largo de los siglos importantes cambios en las formas de concebir a las constituciones (Fioravanti, 2001). Si a estas consideraciones, conjuntadas a modo de *sociología de las ausencias*⁴, se suma una crítica poscolonial se puede advertir la invisibilización de constituciones en distintas escalas, tiempos y culturas, que a pesar de articular sus propios derechos y

Su objeto empírico es imposible desde el punto de vista de las ciencias sociales convencionales. Se trata de transformar objetos imposibles en objetos posibles, objetos ausentes en objetos presentes.”

derivar de pactos políticos, aparecen, bajo un *pensamiento abismal*⁵ de índole jurídico, como carentes de éstas por no revestir las formalidades de la tradición occidental hegemónica.

En consecuencia, una noción sobre la constitución o sobre las constituciones pensada desde las epistemologías del sur tendría que tomar en consideración estas limitaciones de las formulaciones del pensamiento jurídico hegemónico. Ahora bien, en esta tarea se ha avanzado bajo la idea del constitucionalismo transformador, a partir principalmente de las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador. Estas dos cartas magnas han traído una serie de innovaciones sustantivas, al grado de marcar una diferencia en la tradición eurocéntrica del constitucionalismo. Entre estas innovaciones se pueden contar su medida plurinacional, la creación de nuevos sujetos de derecho como la naturaleza, la representatividad popular del proceso constituyente, la transgresión del multiculturalismo neoliberal por un apuesta intercultural, entre otras (Clavero, 2008, Gargarella, 2011 y Santos, 2012).

⁵ Esta noción es entendida por la propuesta de las epistemologías del sur como “un sistema de distinciones visibles e invisibles, las invisibles constituyen el fundamento de las visibles. Las distinciones invisibles son establecidas a través de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos, el universo de „este lado de la línea“

A pesar de estos incuestionables méritos de la idea del constitucionalismo transformador, me parece necesario preguntarse si son suficientes para una comprensión de las constituciones desde las epistemologías del sur. A final de cuentas el constitucionalismo transformador, entendido de esta manera, mantiene varios elementos excluyentes de la modernidad occidental: es Estado-céntrico, está construido alrededor de un saber jurídico profesional que excluye a la mayoría de los ciudadanos de su construcción y aplicación, conserva las características formales de la tradición occidental de una constitución, etcétera. Una formulación sobre la constitución desde las epistemologías del sur, considero, debe ir más allá. Debe repensar, al igual que en otros campos del conocimiento, más radicalmente el derecho y la constitución.

Los planteamientos sobre el derecho de las teorías del pluralismo jurídico aportan una buena base para iniciar esta tarea. Como es conocido, en la década de los ochenta del siglo XX comenzó con mayor fuerza esta corriente de la antropología jurídica a cuestionar la idea naturalizada de que el

y el universo del „otro lado de la línea“. La división es tal que „el otro lado de la línea“ desaparece como realidad, se convierte en no existente, y de hecho es producido como no- existente. No-existente significa no existir en ninguna forma relevante o comprensible de ser. (Santos, 2009: 160)”

derecho fuera un atributo exclusivo del Estado, más particularmente del Estado-nación. A partir de esta crítica al “centralismo jurídico” (Griffiths, 1986) se comenzó a estudiar con trabajo empírico y con mayor interés otros derechos practicados por diversos colectivos humanos que no correspondan con el derecho estatal, que desde el sentido común hegemónico regulaba toda la vida social de un Estado-nación.

En el caso de América Latina, y más específicamente en México, el interés se centró en las formas de justicia practicadas en las comunidades indígenas por la propia historia de la región y del país. A pesar de las grandes aportaciones que estas investigaciones realizaron en el campo académico y político a los pueblos y comunidades indígenas, prosperaron con un problema fundamental en su interior que, desde mi perspectiva, se puede superar con la propuesta de las epistemologías del sur.

En efecto, a pesar de que las investigaciones en el campo de la antropología jurídica en México han mostrado la diversidad de derechos existentes dentro del Estado mexicano y su compleja y a veces paradójica interacción con el derecho estatal, han reproducido la misma debilidad epistemológica que acompaña a la mayoría de las investigaciones de pluralismo jurídico en el

mundo, a la hora de intentar delimitar claramente su objeto de estudio. De tal manera que, desde un marco pluralista no se ha logrado definir el derecho, ya no como un fenómeno exclusivo del Estado, sino mucho más amplio y diverso (Tamanaha, 1993).

En el intento de superar este escollo se han producido importantes debates, el más celebre en la antropología jurídica es el del normativismo contra el procesualismo (Sierra y Chenaut, 2002). Se han, también, ideado distintas estrategias para rodear este desafío, que han permitido avanzar en el análisis de estos otros derechos, pero que también han dibujado sus limitaciones.

En el caso de la antropología jurídica mexicana el énfasis se ha enfocado en el conflicto como unidad de análisis. Esta perspectiva combinada con el procesualismo se centra en cómo los actores movilizan el derecho en situaciones concretas y en distintos niveles de justicia. La limitación de esta perspectiva ya ha sido señalada y consiste en que es en exceso instrumentalista, y por extensión aparece como desconectada de referentes y principios que condicionan y limitan esas decisiones y prácticas (Martínez, 2007).

Así, aunque muchas de estas investigaciones hicieron importantes aportes al conocimiento de las justicias indígenas de México, también dejaron

importantes deudas. Justamente en el rodeo a la noción de derecho limitaron a las justicias indígenas a prácticas estratégicas que movilizan según su conveniencia. Este planteamiento si bien muestra la existencia de “otros derechos” no ayuda para articularlos en algunos principios básicos que los doten de coherencia.

Otros autores, por su parte, enfatizaron sobre que las justicias indígenas tienen principios filosóficos y éticos generales que los articulan normativamente y les dan coherencia (López, 2014). A diferencia de la otra perspectiva sobre las justicias indígenas, estos enfoques suelen reivindicar principios que muchas veces parecen atemporales y esenciales, y que también pueden ser cuestionados por las prácticas cotidianas de los actores en las comunidades⁶.

Más allá de estos dos planteamientos ¿Será posible concebir que las justicias indígenas no se tratan únicamente de prácticas estratégicas que usan los actores a su conveniencia o que están regidas por principios normativos atemporales y esencializados? ¿Será posible, por tanto, considerar que las justicias indígenas

pueden articularse sobre principios más contingentes y políticos? ¿Será posible afirmar, como ya lo ha sugerido Boaventura de Sousa Santos (2015), que las justicias indígenas tienen sus propias constituciones? Dejando de lado el interés que las luchas indígenas de México puedan tener en que a sus consensos y pactos políticos se les dé el calificativo de constituciones, me parece que para el análisis jurídico propuesto por las epistemologías del sur estas interrogantes tienen total pertinencia. Este desafío, sin embargo, sólo se puede afrontar recurriendo a una sociología de las emergencias.⁷

Antes de ir al punto vale la pena aclarar que no intento negar las dos dimensiones ya problematizadas en la literatura sobre las justicias indígenas, ni desechar la necesidad de trabajar con estos dos niveles para la comprensión de las justicias indígenas, sino advertir que, así como pueden expresarse en prácticas estratégicas o en principios normativos generales, existe un nivel intermedio que rearticula y jerarquiza los principios normativos generales en determinadas coyunturas históricas de acuerdo a los pactos y consensos políticos

⁶ María Teresa Sierra (2011) comprendió desde hace varios años este dilema de la antropología jurídica, y retomando la propuesta teórica de Benda-Beckman ha destacado la necesidad de combinar el análisis de las prácticas jurídicas con el estudio de las ideologías de los órdenes jurídicos para dar cuenta de manera más completa de la interlegalidad presentada en las regiones indígenas.

⁷ Este procedimiento “consiste en sustituir el vacío del futuro según el tiempo lineal (un vacío que tanto como es todo es nada) por un futuro de posibilidades plurales y concretas, simultáneamente utópicas y realistas, que se van construyendo en el presente a partir de actividades de cuidado (Santos, 2010: 40).”

tomados en las comunidades. Estos pactos políticos dependen claramente de los desafíos que enfrentan, y en consecuencia ordenan y jerarquizan, a su vez, a las prácticas jurídicas⁸.

Por tal motivo, sustento el sentido afirmativo a la interrogante de si ¿se puede considerar que las justicias indígenas cuentan con constituciones? a partir de considerar tres elementos de las constituciones que están presentes en casi todas las etapas de su historia: (I) constituye el pacto político más importante de una colectividad, (II) construye instituciones consecuentes con ese pacto político y (III) cuenta con mecanismos jurídicos y políticos para defender ese pacto.

Ya adelanté los elementos fundamentales del pacto político que tomó la comunidad de San Francisco Cherán en 2011. Establecí que éste se estructuró en dos pilares: un gobierno municipal por “usos y costumbres” y un sistema de seguridad basado en su ronda comunitaria. Las preguntas que seguirían son ¿ha construido instituciones que desarrollen y fortalezcan ese pacto? Y ¿cuenta con mecanismos para proteger ese pacto? Desde mi experiencia

de trabajo con ellos puedo responder nuevamente de manera afirmativa.

Durante los meses que duró la insurrección del pueblo, en 2011, hasta la instalación del nuevo gobierno municipal por “usos y costumbres” el 5 de febrero de 2012, los purépechas de Cherán trabajaron a partir de los cuatro barrios que componen su comunidad en un nuevo modelo político basado en sus viejas formas organizativas. De esta manera, se conformaron una serie de comisiones que tuvieron como encargo atender las necesidades que la comunidad requirió ante la ausencia del gobierno municipal que prácticamente fue disuelto a días del inicio del movimiento. Así se llegaron a establecer 16 comisiones, entre las que destacaron la general, la de honor y justicia, la de educación, la de los bosques, la de prensa y propaganda, la de alimentos, etcétera. La lógica que siguió la conformación de estas comisiones fue que su integración dependió de las asambleas de cada uno de los cuatro barrios de Cherán. Por tal motivo, todas las comisiones estuvieron integradas de manera equitativa por integrantes de cada uno de los barrios. Además el trabajo por los integrantes de

Cárdenas del Río eran la realidad imperante (Castile, 1974; Beals, 1992 y Calderón, 2004). A pesar de esto no se puede hablar de que los principios normativos generales de las justicias indígenas en Cherán fueran necesariamente otros a los vigentes hoy, pero lo que sí se puede decir es que con el movimiento de 2011 se recalibraron y adaptaron a un nuevo pacto político.

⁸En el caso de Cherán, por ejemplo, la literatura sobre la historia del siglo XX de la comunidad muestra un pacto político muy distinto al tomado en 2011. En los trabajos académicos previos a esta etapa, los antropólogos e historiadores habían concebido a Cherán como una comunidad donde la fuerza de los caciques, los partidos políticos, las disputas faccionales y el culto a la figura de Lázaro

ésta se realizó de manera honoraria, como parte de un servicio a la comunidad.

Bajo una lógica muy similar, el 5 de febrero de 2012, ya bajo un gobierno reconocido judicialmente, se encargó la representación del municipio a una serie de concejos, encabezados por el Concejo Mayor de Gobierno Comunal (CMGC), que fueron nombrados equitativamente al interior de las fogatas (la célula de organización de esta estructura) de cada uno de los cuatro barrios de Cherán. Por ejemplo, el CMGC, que suplió la figura del presidente municipal, está integrado por 12 personas. Cada barrio eligió en su asamblea, sin la mediación de un partido político, sin presentar la credencial de elector, en voto público y sin proselitismo, a sus tres representantes que ocuparían el cargo los próximos tres años.

Durante el periodo de la insurrección, en 2011, la comunidad recuperó la vieja figura de la ronda comunitaria e inventó una nueva expresión de justicia, sin precedente alguno en otra comunidad purépecha, que fue conocida por la Comisión de Honor y de Justicia. Mediante la articulación de estas dos instituciones logró construir un sistema de seguridad comunitaria en donde la ronda se encarga de las funciones del orden y seguridad de la comunidad, y la Comisión de Honor y de Justicia de la labor judicial del municipio. Ambas instituciones, al igual

que todos los consejos de la nueva estructura municipal de Cherán, están subordinadas a las asambleas de los barrios y a la asamblea general que desde 2011 y hasta la fecha son la autoridad máxima del municipio.

Justamente a las asambleas de barrio les corresponde la función, principal, de defender o alterar el pacto político al que Cherán llegó en 2011. En 2014, por ejemplo, integrantes de los partidos políticos intentaron promover una consulta para regresar al sistema de elección de partidos políticos y de ayuntamiento municipal. Dicha propuesta fue sometida a consideración de las asambleas de barrio y fue rechazada, ratificando de esa forma el pacto de 2011 de regirse por “usos y costumbres”. No obstante, sólo unos meses después, las asambleas de barrio determinaron que la composición original de los consejos que integran la estructura de gobierno municipal de Cherán debía modificarse, para dar mayor peso a dos sectores de la población que fueron determinantes durante la insurrección en 2011. De esta forma, a los consejos existentes se le sumaron desde el 2015 el Consejo de las Mujeres y el Consejo de los Jóvenes.

Recientemente, en 2016, el gobierno de la provincia de Michoacán a la que pertenece Cherán inició una ofensiva para

recuperar el control de las policías de todos los municipios. Ante esta situación, el gobierno de la provincia inició una campaña de presión en la que logró vencer la resistencia de municipios y algunas comunidades que durante varios años habían intentado generar esquemas alternativos de seguridad. Cuando intentó hacer lo mismo con el municipio de Cherán, las asambleas de los cuatro barrios deliberaron al respecto y ratificaron el modelo de seguridad comunitaria iniciado en 2011. Por tal motivo, el municipio de Cherán no entró al esquema denominado como “mando único policiaco” y el gobierno provincial no tuvo más remedio que aceptar la decisión de las asambleas.

A partir del caso de Cherán se puede advertir que no sólo para comprender el derecho debe considerarse las distintas escalas (local, nacional, global) en que se presenta, sino que también el análisis de las constituciones requiere de este enfoque multiescalas.

**3. ¿QUÉ HACE
TRANSFORMADOR AL
CONSTITUCIONALISMO
TRANSFORMADOR?
Plurinacionalidad, libre
determinación y descolonización**

Aún si se admite la idea que aquí sostengo de considerar que la lucha de Cherán ha logrado conformar una constitución alrededor de la cual se articulan sus prácticas legales e instituciones políticas, no significa necesariamente que ésta tenga un carácter transformador. Por este motivo, conviene recordar el sentido de lo transformador en el género del constitucionalismo que se está analizado.

Como se ha argumentado, la principal potencia del constitucionalismo transformador, emanado de la experiencia boliviana y ecuatoriana, proviene del carácter de las demandas de las luchas indígenas que por su precedencia histórica y su autonomía cultural son capaces de cuestionar desde la raíz al Estado moderno y colonial dominante en América Latina (Santos, 2012). En consecuencia el reconocimiento de la justicia indígena que da sentido a este tipo constitucionalismo:

No se trata del reconocimiento de la diversidad cultural del país o de un expediente para que las comunidades locales y remotas resuelvan pequeños conflictos en su interior, garantizando la paz social que el Estado en ningún caso podría garantizar por falta de recursos materiales y humanos. Se trata, por el contrario, de concebir la justicia indígena como parte importante de un proyecto político de vocación descolonizadora y anticapitalista, una segunda independencia

que finalmente rompa con los vínculos eurocéntricos que han condicionado los procesos de desarrollo en los últimos doscientos años (Santos, 2012: 15).

¿La constitución de Cherán contiene esta potencia del constitucionalismo transformador? Mi respuesta es afirmativa, al menos en un sentido importante. A partir de la reivindicación del derecho a la libre determinación, justamente sustentada en un carácter anterior al Estado mexicano y a una autonomía sostenida, Cherán ha logrado abrir una grieta en la base del Estado mexicano, el municipio, que supera claramente el orden del multiculturalismo neoliberal.

La experiencia de Cherán, al igual que el constitucionalismo transformador en su formulación boliviana y ecuatoriana, se trata de un reconocimiento y planteamiento robusto de pluralismo jurídico y político. No se está ante el modelo oaxaqueño de “usos y costumbres”, que en el mejor de los casos es procedimental en la forma de elección de las autoridades municipales⁹, sino que la experiencia Cherán significa una transformación en la estructura, lógica y relaciones del gobierno municipal con reglas, mecanismos, prácticas y lógicas diferentes basadas en sus “usos y costumbres.” Esta misma diferencia se ha

⁹ Los dos textos más importantes sobre las elecciones por “usos y costumbres” en los municipios de Oaxaca (Anaya, 2006 y Recondo, 2007) advierten que en términos

abierto con el resto de los niveles de gobierno del Estado mexicano.

Se puede argumentar, sin embargo, que la constitución de Cherán adolece de la dimensión de la plurinacionalidad del constitucionalismo transformador en sus versiones boliviana y ecuatoriana, y que por consecuencia carece del potencial que éste elemento otorga. No obstante, considero que la reivindicación amplia del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas esgrimida en la lucha político-jurídica de Cherán ha funcionado como un equivalente a la demanda de la plurinacionalidad, a tal grado que pueblos y comunidades indígenas de otras regiones de México han seguido sus pasos, como los dos municipios interétnicos de San Luis Acatlán y de Ayutla de los Libres pertenecientes a la provincia de Guerrero o los cuatro nuevos municipios indígenas de Xoxocotla, Hueyapan, Coatetelco y Tetelcingo de la provincia de Morelos.

Además de estos elementos compartidos considero muy importante advertir que la lucha político-jurídica de Cherán coincide con la máxima señalada por Boaventura de Sousa Santos sobre el carácter emancipador del derecho estatal.

generales este reconocimiento a los pueblos y comunidades indígenas se tradujo en la continuación del viejo régimen autoritario priista en aquella provincia.

Pues, como lo advierte el profesor Santos, el derecho (y quizás valga decir que también una constitución) no es en sí mismo emancipador o no, lo es el grupo social o el movimiento que lo impulsa, promueve y defiende (Santos, 2003).

En este punto, la movilización legal en defensa del pacto político de Cherán, y por extensión de su constitución, es otro elemento que me parece la dota de un carácter emancipador. La lucha de Cherán en el campo judicial y político se realizó para salvaguardar el pacto político social al que se llegó con el inicio del movimiento de 2011, pero éste fue producto en un contexto más amplio. El movimiento de Cherán no fue causado sólo por factores locales o que afectaran exclusivamente a una comunidad indígena o una serie de éstas, se produjo en un contexto de problemas generalizados para los indígenas de otras regiones de México y para la población mestiza en general. El despojo de los recursos naturales, la violencia, los estados de excepción, la colusión de la clase gobernante con las bandas del crimen organizado y la crisis de las instituciones electorales fueron parte del contexto nacional en el que emergió la lucha de Cherán (Aragón, 2016), y que en buena medida explican la simpatía y solidaridad de amplios sectores de la sociedad mexicana con su movimiento.

Tomando en consideración este contexto, las batallas legales y políticas emprendidas por Cherán desde 2011 se encuentran enmarcadas del lado de una serie esfuerzos de diferentes colectivos y sectores sociales que buscan generar transformaciones en las condiciones de injusticia y opresión que actualmente padece la sociedad mexicana en general. De hecho, en estas luchas se articularon de forma solidaria cheranenes con organizaciones indígenas, colectivos artísticos, medios de información, sindicatos, académicos comprometidos, entre otros tantos (Aragón, 2013 y 2015). Por esta razón, una lectura de las luchas y las aportaciones que ha hecho Cherán desde la movilización contra-hegemónica del derecho supera la ecuación étnica y se inscribe como parte de los esfuerzos generales que apelan la construcción de una sociedad más justa.

Un último punto que quiero plantear en este apartado tiene que ver con las dos fortalezas mayores que tiene esta constitución de Cherán y que contrasta directamente con las experiencias sudamericanas. Me refiero, por una parte, al carácter dinámico que mantiene el poder constituyente y al lugar para producir prácticas y principios políticos y legales diferentes a los del derecho estatal.

Como es bien conocido, las constituciones de la primera década del siglo XXI de Bolivia y Ecuador fueron producto de importantes movilizaciones sociales que lograron conquistar el poder en los dos Estados después de varios de años de lucha. La consecuencia más relevante de esos triunfos de las fuerzas progresistas fue justamente la formulación de nuevas constituciones que trataron de condensar sus aspiraciones y demandas en nuevos pactos políticos formalizados a través de constituciones.

Esta sucesión de hechos dotaron de una relevancia y novedad poco vista a estas dos nuevas constituciones. Sin embargo, los primeros resultados de este nuevo proceso no han sido tan favorables como se esperaban. Tanto en Bolivia, como en Ecuador se ha profundizado una ruptura entre los gobiernos y varios de los movimientos sociales que los llevaron al poder. Esta situación ha ocasionado que las viejas inercias vuelvan y los nuevos procesos que parecían abrir las nuevas constituciones se entrapen. A final de cuentas habría que recordar justamente que las constituciones de Bolivia y Ecuador no suponían un punto de culminación en donde por arte de magia con la sola promulgación de las constituciones las realidades sociales se modificaban, sino un punto de partida

que abría nuevas posibilidades de transformación (Santos, 2012).

Este inesperado rumbo que han tomado las relaciones entre los gobiernos de ambos países y varios de los movimientos sociales que los llevaron al poder y que alguna manera lograron inscribir sus aspiraciones en la constitución, puede ser interpretada en términos teóricos sobre la siempre compleja relación en el poder constituyente (de carácter transformador y hasta revolucionario) con el poder instituido (de índole generalmente conservadora). En las experiencias sudamericanas a las que me vengo refiriendo, el poder constituyente que trajo esa energía renovadora y transformadora parece haberse cristalizado frente a un poder instituido que por distintas razones contiene las conquistas obtenidas en el texto constitucional.

Contrario a esta lógica, di algunos ejemplos de cómo la constitución de Cherán presenta una dinámica muy diferente en donde el poder constituyente, permanentemente depositado en las asambleas, cuenta con la suficiente potencia para modificar el proyecto político o para frenar a sus representantes cuando consideren que se están desviando en su función o actuación.

Por otra parte, las experiencias sudamericanas del constitucionalismo transformador se han construido en un

espacio (la asamblea constituyente) performado por una lógica y bajo principios del derecho estatal y no de las comunidades. Esta situación ha ocasionado que esta zona de contacto favorezca un equilibrio eurocéntrico y colonial.

La constitución de Cherán en cambio mantiene un espacio propio, no por esto ajeno a la legalidad estatal, que le permite desde ahí y con su propia lógica reproducir y reinventar prácticas y principios políticos y jurídicos que después son movilizados en coyunturas de lucha para hibridarse en otros espacios judiciales, legislativos y políticos con derecho estatal e internacional.

Esta lógica de articulación pareciera construir zonas de contacto más ventajosas para la constitución de Cherán, en donde no se encapsula o cristaliza su potencial destabilizador y donde por el contrario va creando fracturas y contradicciones en la legalidad y constitucionalismo hegemónico en México.

4. ¿PUEDE UNA CONSTITUCIÓN DE ESCALA LOCAL DESAFIAR EL MODELO HEGEMÓNICO DEL ESTADO NACIÓN EN MÉXICO? La ecología de saberes como instrumento transescala

Aun cuando se admita que Cherán estableció una constitución a partir del movimiento de 2011 y que ésta pueda tener contenidos equivalentes a los del constitucionalismo transformador, podría argumentarse, como suele ocurrir desde la racionalidad indolente (Santos, 2002), que por su carácter local simplemente resulta irrelevante frente al orden constitucional y político hegemónico en México.

Lo primero que quisiera decir, para comenzar mi argumento, es que en mi experiencia una precondition para que eventualmente una constitución como la de Cherán pueda trascender lo local es un estado de necesidad apremiante que no puede ser resuelto por la legalidad y la política hegemónica. Esta condición vale para la lucha jurídico-política de Cherán, pero también para las múltiples comunidades, colectivos, organizaciones, movimientos sociales de México y del mundo que se le han acercado para aprender de Cherán.

Justamente ante una institucionalidad corrompida y ante la inseguridad fue necesario para los cheranenses buscar nuevas formas instrumentos y aliados para conseguir restablecer un gobierno legítimo y la seguridad perdida. Cherán caminó, sobre dos piernas, primero recurrió a su pasado y lo adaptó a las necesidades de su presente mediante el pacto político jurídico

del que ya hablé, pero también recurrió al uso contra-hegemónico del derecho estatal mediante una alianza con los abogados mestizos del Colectivo Emancipaciones para dar holgura al movimiento y después para afianzar legalmente el nuevo consenso político establecido a partir de 2011.

Así, en septiembre de 2011, durante el periodo de insurrección, Cherán acudió a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), máximo tribunal del Estado mexicano en materia de derechos políticos, para pedir que le fuera reconocido su derecho a elegir autoridades municipales por un procedimiento basado en “usos y costumbres” y no mediante partidos políticos. Además, solicitó que se le permitiera reconfigurar la estructura de la autoridad municipal fuera del canon del ayuntamiento heredado de la época colonial en todo México, para conformarla de acuerdo a su lógica organizativa y con las autoridades colectivas brevemente descritas en el primer apartado de esta contribución (Aragón, 2013).

Después de ganar ese litigio, Cherán se vio nuevamente en la necesidad de acudir a los tribunales ante la aprobación de una reforma al artículo 3° de la constitución de la provincia de Michoacán. Dicha adecuación, aunque mejoraba el reconocimiento jurídico de los pueblos y

comunidades indígenas de Michoacán, omitía el derecho relacionado al gobierno municipal por “usos y costumbres” que unas semanas atrás había conseguido Cherán en el TEPJF. La lógica política de esa reforma constitucional justamente era la de contener mediante un reconocimiento legal aparentemente bueno, pero claramente enmarcado dentro de los contornos del multiculturalismo neoliberal, el potencial transformador que había conseguido Cherán en relación a toda la estructura del Estado mexicano mediante el fallo obtenido en el TEPJF.

De forma tal, que fue necesario realizar un segundo litigio, resuelto en esta ocasión en 2014 por, el máximo tribunal constitucional del Estado mexicano, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los objetivos de este nuevo juicio fueron múltiples. Primero se buscó tener una carta política fuerte mediante la cual se pudiera mantener una relación con mayor visibilidad y de menos desventaja con un nuevo gobierno provincial abiertamente hostil con el proceso de Cherán. En segundo lugar, y al mismo tiempo de la ventaja política, se buscó dar certeza legal al pacto político iniciado en 2011, y por otro lado incrementar el reconocimiento obtenido en la sentencia del TEPJF y por extensión su potencial transformador. Este segundo litigio fue resuelto a favor del municipio

purépecha de Cherán y consiguió marcar el primer precedente en México, y quizás en América Latina, en donde se anuló una reforma constitucional por violar el derecho a la consulta previa, libre e informada de una comunidad indígena.

Más allá de la interposición de los juicios ante los dos máximos tribunales del Estado mexicano y de los precedentes judiciales que han sido fundamentales para otros pueblos y comunidades indígenas, lo que es importante consignar de este recuento es que todo fue posible gracias a una ecología de saberes¹⁰ jurídicos en la que la constitución de Cherán y sus prácticas de justicia indígena jugaron un papel central para que hoy Cherán sea reconocido, por primera vez en la historia del Estado mexicano, como un municipio indígena y que otros tantos municipios y comunidades indígenas estén siguiendo sus pasos hacia la libre determinación¹¹.

¹⁰ Para Boaventura de Sousa Santos (2009: 189) “La ecología de saberes está basada en la idea pragmática de que es necesario revalorizar las intervenciones concretas en la sociedad y en la naturaleza que los diferentes conocimientos pueden ofrecer. Ésta se centra en las relaciones entre conocimientos y en las jerarquías que son generadas entre ellos, desde el punto de vista en que las prácticas concretas no serían posibles sin tales jerarquías. Sin embargo, más que suscribirse a una jerarquía única, universal y abstracta entre conocimientos, la ecología de saberes favorece jerarquías dependientes del contexto, a la luz de los resultados concretos pretendidos o alcanzados por diferentes prácticas de conocimiento.”

¹¹ En el segundo apartado de este trabajo mencioné el caso de dos municipios de Guerrero y cuatro de Morelos que han intentado seguir los pasos de Cherán. Sin embargo, sería un error

En otros lugares me he ocupado en explicar detenidamente la estrategia legal utilizada en estos dos juicios que son considerados como paradigmáticos en la historia judicial de México; así como en destacar que la formulación de ambos se realizó sobre la hibridación progresista de las prácticas de justicia indígena con conocimiento jurídico profesional o técnico del derecho estatal y del derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas (Aragón, 2013 y 2015).

En el primero de los juicios la ecología de saberes jurídicos, por ejemplo, fue necesaria para explicar al TEPJF la existencia de un municipio que se regulaba en la práctica por sus “usos y costumbres”, pero que por los derechos reconocidos en la constitución política de México y principalmente en los tratados internacionales tenía el derecho, además de

pensar que son los únicos, de hecho, el caso de Cherán ha representado un parteaguas en el TEPJF que desde entonces ha venido produciendo una rica jurisprudencia en materia de libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas. Los casos que han generado esta nueva jurisprudencia se extienden prácticamente por todo el territorio del Estado mexicano y van desde el reconocimiento de autoridades tradicionales de las comunidades indígenas no prevista en las leyes del Estado, hasta el reconocimiento del ejercicio de la autonomía de las comunidades para ejercer y disponer de sus recursos que del presupuesto público les corresponden.

que el Estado le permitiera elegir a sus autoridades municipales de una forma diferenciada a los principios de representación política fundados en partidos políticos y a que reconociera legalmente una estructura de gobierno de acuerdo también a sus “usos y costumbres”.

En el juicio llevado ante la SCJN fue necesaria esta combinación progresistas de las escala del derecho para argumentar que el Congreso del Estado de Michoacán no había consultado la reforma constitucional impugnada de acuerdo a los “usos y costumbres” de Cherán (mediante su nueva institucionalidad) y que en consecuencia había violado sus derechos humanos garantizados, tanto en la constitución mexicana, como en los tratados internacionales.

Además de estos dos planteamientos generales, considero pertinente llamar la atención que en estos dos procesos legales se formaron distintas zonas de contacto, dependiendo de su desarrollo, que permitieron equilibrios y balances diferentes en la ecología de saberes jurídicos. Mientras que en ambos casos el momento de la formulación de la demanda y de la resolución del litigio fue dominado por el conocimiento técnico del derecho estatal, la ejecución de la sentencia (muy claramente en el juicio de 2011) fue definitorio el conocimiento de la justicia

indígena para que toda la lucha judicial concluyera lo más favorable posible a lo establecido en la constitución de 2011 de Cherán.

La primera situación no requiere mayor explicación, puesto que el acudir a un tribunal del Estado implica aceptar y asumir de antemano la lógica formal que lo gobierna y por lo tanto sus reglas. En cambio, en la situación de ejecución de la sentencia, particularmente del juicio de 2011, se abrió una etapa relativamente larga en donde se ordenó hacer una consulta a la población de Cherán para saber si, en efecto, la mayoría de la población estaba de acuerdo con el cambio de régimen político. La interpretación que la comunidad dio en la mesa de la ejecución de la sentencia frente a otras autoridades estatales que estuvieron obligadas a llevar este proceso fue, ante la falta de reglamentación de este derecho a nivel federal y provincial, los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Saramaka vs. Surinam*) en los cuales se disponía que la consulta debía hacerse conforme a los “usos y costumbres” de la comunidad. Una vez posicionado este punto con las autoridades involucradas en la ejecución de la sentencia fue de suma importancia el conocimiento de los cheranenses sobre su justicia indígena para escoger estratégicamente las prácticas que

aseguraran una ejecución rápida y segura para lucha política que se había emprendido y que al final de cuentas buscaba proteger el pacto político establecido meses atrás.

De tal manera que, en lugar de realizar una consulta como en el sistema electoral de partidos políticos con urnas, voto secreto, credenciales de elector, etcétera, se optó por prácticas de justicia indígena y organización política acordes al pacto político de 2011, como una consulta efectuada en asambleas de cada uno de los cuatro barrios, con voto público y a mano alzada, con mecanismos de identificación tradicionales como el pase de lista y el reconocimiento de los vecinos, el nombramiento de una mesa de debates para las asambleas, etcétera¹².

Un último ejemplo que me gustaría exponer para mostrar cómo la constitución de Cherán es capaz de desafiar el orden jurídico y político dominante del Estado colonial en México, es la iniciativa de reforma al artículo 115 de la constitución de México que presentó el CMGC en abril de 2016 ante el Senado de la República.

Esta labor consistió en una iniciativa legislativa trabajada en varias asambleas por los cheranenses, sus autoridades y sus abogados. La propuesta respondió a la

inactividad de los legisladores de la provincia de Michoacán y del propio Estado mexicano para armonizar la constitución a lo dispuesto por los dos máximos tribunales constitucionales en relación a las victorias judiciales de Cherán. Esta iniciativa se construyó en base al pacto político tomado por la comunidad en 2011, al conocimiento técnico del derecho estatal y de los derechos humanos de los pueblos indígenas, con el objetivo de establecer en la constitución del Estado mexicano la existencia de los municipios indígenas; así como sus atribuciones y obligaciones.

Sólo en el día de su presentación cinco de los seis senadores de Michoacán, de todos los partidos políticos, hicieron suya la iniciativa y se les sumaron otros seis senadores de Oaxaca, Guerrero y Chiapas. La discusión de la iniciativa en el Senado está por realizarse en el segundo semestre de 2016, no se sabe cuál será su destino; sin embargo, no puede dejar de llamar la atención que Cherán sea la primera comunidad en presentar una iniciativa de reforma constitucional ante el senado y que sólo en un día, el último de los trabajos legislativos, haya conseguido el apoyo del 10 % del Senado de los tres principales partidos políticos de México.

¹² Es claro que varias de estas formas no son indígenas en un sentido esencial, pero de diferentes experiencias y procesos históricos las comunidades

indígenas las han adoptado y modificado para hacerlas compatibles con sus formas de organización.

5. LOS LÍMITES Y EL POTENCIAL DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR DESDE ABAJO

En relación al constitucionalismo transformador basado en las experiencias sudamericanas, la versión, que puede denominarse desde abajo, que he intentado fundamentar en este artículo a partir de la lucha político-jurídica de Cherán presenta claros límites. El más obvio es que mientras que la primera se ha convertido en el referente general de interpretación del derecho de los Estados de Ecuador y Bolivia, con todo y su vaciamiento y desconstitucionalización, el contexto general en el que se mueve la segunda es mucho más colonial y capitalista. Esto hace que la lucha que se puede dar desde el constitucionalismo transformador desde abajo sea sólo subversiva, es decir, que esté destinada a incrementar las grietas y contradicciones en la constitución del Estado mexicano y en el derecho hegemónico con el fin de que los pueblos y comunidades indígenas puedan apoyarse en ellas en sus luchas por la autonomía.

Otra limitación evidente es la ausencia en la experiencia de Cherán de un planteamiento robusto de alternativa al desarrollo como sí lo presenta el

constitucionalismo transformador de Ecuador y Bolivia. Aunque en Cherán hay iniciativas de una gestión comunitaria de desarrollo, aun no se ha logrado consolidar una propuesta lo suficientemente sólida que pueda anteponerse al modelo neoliberal de desarrollo.

Pero así como este constitucionalismo transformador desde abajo tiene límites, tiene también potencialidades. La primera es el reverso de una limitación. Este tipo de constitucionalismo transformador desde abajo demuestra que no se requiere tener un contexto constitucional ideal en la escala nacional para que los pueblos indígenas puedan ejercer su derecho a la libre determinación y al tiempo transformar las viejas estructuras de los Estados nación coloniales.

En segundo lugar, este constitucionalismo transformador, a diferencias del sudamericano, es impulsado desde abajo por un movimiento social vivo que al tiempo que lucha, construye permanente mediante el poder constituyente depositado permanentemente en sus asambleas un proyecto político anticolonial y transformador frente al sistema constitucional y político hegemónico en México.

El constitucionalismo transformador pensado desde la experiencia de Cherán, en tercer lugar, se mueve en zonas de contacto

en donde los equilibrios entre el conocimiento del derecho estatal y el derecho internacional frente a la justicia indígena son menos desventajosos. Como mostré los distintos momentos de los procesos de lucha político-jurídica referidos permitieron balances y equilibrios distintos en los que en muchos casos el papel protagónico en la ecología de saberes jurídicos era precisamente el de las justicias indígenas.

Finalmente, este constitucionalismo transformador desde abajo que he presentado constituye un verdadero laboratorio de utopías en el campo del derecho. De ese trabajo real, cotidiano, concreto y práctico que por más de cinco años se ha venido realizando entre cheranenses, abogados mestizos, académicos comprometidos, organizaciones de derechos humanos y todos los actores indígenas o no que han aportado (más o menos) a este proceso y a la construcción de este derecho híbrido, afirmo la posibilidad de construir el nuevo México que necesitamos a partir de la interculturalidad y de la solidaridad entre diversas luchas y conocimientos progresistas.

Referencias

ANAYA MUÑOZ, Alejandro (2006), *Autonomía indígena, gobernabilidad y legitimidad en México. La legalización de usos y costumbres electorales en Oaxaca*. México DF: Universidad Iberoamericana, Plaza y Valdes.

ARAGÓN ANDRADE, Orlando (2013), “El derecho en insurrección. El uso contra-hegemónico del derecho en el movimiento purépecha de Cherán”, *Revista de Estudios e Pesquisas sobre as Américas*, 7 (2): 37-69.

ARAGÓN ANDRADE, Orlando (2015), “El derecho después de la insurrección. Cherán y el uso contra-hegemónico del derecho en la Suprema Corte de Justicia de México”, *Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, 7 (2): 71-87.

ARAGÓN ANDRADE, Orlando (2016), “Otra democracia es posible. Aprendizajes para una democracia radical en México desde la experiencia política de Cherán” Conferencia presentada en la Universidad de Berkeley el 4 de

noviembre de 2015 dentro del ciclo
“Mexico at the acrossroads”

Beals, Ralph Larson (1992), Cherán:
un pueblo de la sierra, Zamora: El
Colegio de Michoacán.

CALDERÓN MÓLGORA, Marco
Antonio (2004), Historia, procesos
políticos y cardenismos, Zamora: El
Colegio de Michoacán.

CASTILE, George Pierre (1974),
Cherán: la adaptación de una
comunidad tradicional, México DF:
Instituto Nacional Indigenista.

CLAVERO, Bartolomé (2008),
Geografía jurídica de América
Latina. Pueblos indígenas entre
constituciones mestizas, México DF:
Siglo XXI.

FIORAVANTI, Maurizio (2001)
Constitución. De la antigüedad a
nuestros días, Madrid: Trotta.

GARGARELLA, Roberto (2011)
“Pensando sobre la reforma
constitucional en América latina”, en
César Rodríguez Garavito (Coord.),
El derecho en América Latina. Un
mapa para el pensamiento jurídico
del siglo XXI, Buenos Aires: Siglo
XXI: 87-108.

GRIFFITHS, John (1986) “What is a
legal pluralism?”, *Journal of legal
pluralism*, 1: 1-55.

LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco
(2014) “Normas y principios
jurídicos entre los ñuú savi”, *Diarios
de campo*, 4-5: 42-47.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Juan
Carlos (2007), “La crisis interna de
Santiago Amoltepec. Reflexiones
sobre la relaciones de poder y la
formalidad en el campo jurídico en
una localidad oaxaqueña”, en Jorge
Hernández- DÍAZ (Coord.),
Ciudadanías diferenciadas en un
estado multicultural: los usos y
costumbres en Oaxaca, México:
Universidad Autónoma Benito Juárez
de Oaxaca / Siglo XXI.

NEGRI, Antonio (2015) *El poder
constituyente*, Madrid: Traficantes de
sueños.

RECONDO, David (2007), *La
política del gatopardo.
Multiculturalismo y democracia en
Oaxaca*. México DF: Centro de
Investigaciones y Estudios
Superiores en Antropología Social.

SANTOS, Boaventura de Sousa
(2002) *A crítica da razão indolente*.

Contra o desperdício da experiência,
Porto: Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa y
César Rodríguez Garavito (2007) “El
derecho, la política y lo subalterno en
la globalización contrahegemónica”
en Boaventura de Sousa Santos y
César Rodríguez Garavito (Coords.)
El derecho y la globalización desde
abajo. Hacia una legalidad
cosmopolita, Barcelona: Anthropos:
7-28.

SANTOS, Boaventura de Sousa
(2009) Una epistemología del Sur. La
reinención del conocimiento y la
emancipación social, México: Siglo
XXI.

SANTOS, Boaventura de Sousa
(2010) Refundación del Estado en
América Latina. Perspectiva desde
una epistemología del sur, Lima:
Instituto Internacional de Derecho y
Sociedad.

SANTOS, Boaventura de Sousa
(2012), “Cuando los excluidos tienen
Derecho: justicia indígena,
plurinacionalidad e interculturalidad”
en Boaventura de Sousa Santos y
Agustín Grijalva Jiménez (Eds.)
Justicia indígena, plurinacionalidad e

interculturalidad en Ecuador, Quito:
Abya Yala: 13 -50.

SANTOS, Boaventura de Sousa
(2015) “Para que servem as
constituições?” Clase Magistral en la
Facultad de Economía de la
Universidad de Coimbra, 10 de abril
de 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa,
(2003), “Poderá o direito ser
emancipatório?” Revista Crítica de
Ciências Sociais, 62: 3-76.

SIERRA , María Teresa (2011),
Pluralismo jurídico e interlegalidad.
Debates antropológicos en torno al
derecho indígena y las políticas de
reconocimiento, en Victoria Chenaut,
Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y
María Teresa Sierra (Coords.)
Justicia y diversidad en América
Latina. Pueblos indígenas ante la
constitución, México DF:
CIESAS/FLACSO: 385-406.

SIERRA, María Teresa y Victoria
Chenaut (2002), “Debates recientes y
actuales en la antropología jurídica:
Las corrientes anglosajonas”, en
Esteban Krotz (Ed.), Antropología
jurídica: perspectivas socioculturales
en el estudio del derecho, Barcelona:

Anthropos / Universidad Autónoma
Metropolitana – Iztapalapa.

TAMANAHA, Brian (1993), “The
Folly of the 'Social Scientific'
Concept of Legal Pluralism”, en:
Journal of law and society, 20 (2):
192-217.

DISPUTA POR LA DEMOCRACIA EN LOS VALLES CENTRALES DE OAXACA :

la consulta previa libre e informada a 16 comunidades zapotecas*

*DEMOCRATIC SHOWDOWN IN THE CENTRAL VALLEY OF OAXACA:
the popular referendum to 16 indigenous communities.*

Efrén Orozco López

Posdoctorante

Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS),

Unidad Pacífico Sur

Mexico

lopez_efren@hotmail.com

Juan Carlos Martínez Martínez

Doctor

Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS),

Unidad Pacífico Sur

Mexico

i68tlacatl@hotmail.com

Artigo recebido em: 10/07/2017 Aprobado em: 16/09/2017

Resumen

El presente ensayo problematiza el fenómeno de la democracia latinoamericana, en donde los pueblos originarios, desde hace varias décadas, luchan por consagrar sus derechos a la autonomía y libre determinación, muchas veces a contra corriente de lo que determinan los gobiernos nacionales (Aparicio, 2009). Se toma como punto de análisis el proceso de consulta previa libre e informada que actualmente se realiza a comunidades localizadas en la región Valles Centrales de Oaxaca y que conforman un movimiento zapoteco llamado Coordinadora de Pueblos Unidos en Defensa y Cuidado del Agua copuda.

Palabras clave: Lucha indígena. autonomía democracia. derechos. Oaxaca.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Abstract

It has been shown that the phenomenon of the Latin American democratic processes has not been ever smooth. In this context, Amerindian original nations have played a relevant role into striving to consecrate their rights to autonomy and self-determination, commonly clashing against national government policies (Aparicio, 2009). Hence, this article presents some of the social indigenous organization demands for these purposes. It focuses on the analysis of the data provided by the consultation made to the inhabitants of the Central Valley region in Oaxaca, whose autonomy and self-determination demands are manifested through the Civil Zapotec Group known as Coordinator of United People in Defense and Water Care (COPUDA in Spanish), whom have created specific demands that represent some of the various movements in the region.

Keywords: indigenous fight. autonomy. democracy. rights. Oaxaca.

En las últimas décadas la democracia se ha ido consolidando a lo largo y ancho del mundo como el sistema político a seguir para lograr dejar atrás procesos políticos autoritarios. La consolidación de la democracia no ha sido fácil debido a que su adaptación a contextos históricamente desiguales se ha enfrentado a obstáculos estructurales muy puntuales. En Latinoamérica ha sido particularmente complicada la implementación de procesos democráticos. El presente artículo analiza la manera en que las complejidades de la aplicación de la democracia se pueden observar en casos específicos como es la consulta libre previa e informada a 16 comunidades zapotecas de los Valles Centrales de Oaxaca, México que se ha llevado a cabo desde hace más dos años.

Las consultas libres previas e informadas a comunidades indígenas emanan precisamente de los flujos democráticos que demandan se respeten los derechos culturales y territoriales de los pueblos originarios. Esta demanda que se realiza desde instancias internacionales se enfrenta a prácticas autoritarias y reformas estructurales que no se ajustan con los procesos de lucha por la autonomía y la libre determinación. En este desfase, Estados nacionales que pugnan por

impulsar procesos democráticos funcionales al sistema de mercado y a los flujos del neoliberalismo, se encuentran con posturas que apelan a una democracia participativa en donde se apuesta al respeto de voces disidentes y formas distintas de hacer política.

En este sentido, el presente artículo se divide en cinco apartados. En el primero se problematiza el origen de la democracia liberal y su posicionamiento como el tipo de democracia a seguir. En el segundo se analiza la manera en la que se introdujo la democracia en Latinoamérica y algunos de los problemas a los que se ha enfrentado. En el tercer apartado se da cuenta de la manera en como en Latinoamérica han existido procesos de formación para la democracia generados desde las luchas populares y que se relacionan directamente con la creación de la pedagogía de la liberación del brasileño Paulo Freire. En el cuarto apartado se analiza puntualmente cómo es que se presenta esta disputa por visiones distintas de la democracia en el contexto de la consulta libre previa e informada a 16 comunidades zapotecas de los Valles Centrales de Oaxaca. Una democracia que se entiende a partir de la aplicación de fórmulas legales abstractas y otra que se concibe como la oportunidad histórica de cambiar las relaciones desiguales entre

Estado y pueblos originarios. En el quinto y último apartado se ofrecen algunas reflexiones finales.

1. CAMPESINADO Y DEMOCRACIA

Para efectos del presente ensayo circunscribimos los fenómenos de la formación política a la participación y la defensa del territorio por parte de los pueblos originarios en el contexto de los Estados nacionales latinoamericanos que comenzaron a consolidarse durante la segunda mitad del siglo XX, y que durante el siglo XXI han adoptado como modelo político hegemónico la democracia liberal, a la par de un modelo económico neoliberal, mismo que en más de un sentido restringe los atributos del ciudadano libre que está en la base del ideal democrático (Brown 2015). En el marco de los Estados nacionales destacamos la presencia, emergencia, lucha y resistencia de los pueblos originarios que pugnan por visualizar, hacer valer y defender sus derechos consagrados tanto nacional como internacionalmente, particularmente sus derechos a la autonomía y a la libre determinación (López y García, 2016)

Un mecanismo central para hacer efectiva la autonomía y la libre determinación son los procesos de consulta libre, previa e informada a comunidades indígenas. No obstante, esta medida obligatoria para el gobierno en virtud del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (oit), muchas veces parece contradictoria con los afanes de los gobiernos contemporáneos en los Estados nacionales, que entregan sus contenidos básicos (soberanía y territorio) a grandes capitales en su intento por explotar recursos naturales en espacios habitados por pueblos originarios. Esto lleva a la problemática de definir ¿qué? o ¿quién? Es el Estado.

Definir al Estado nacional es complejo y sería de poca utilidad para el propósito de este artículo. Por ello, más que en los procesos de génesis del Estado, nos centramos en la forma en la que se construye y reconstruye cotidianamente a partir de acciones colectivas que le dan sentido (Flores, 2009). Lo que sí vale la pena destacar, es que vamos a entender al Estado no como un “super sujeto” con voluntad unitaria (Radcliffe Brown, 1940; Trouillot, 2001) y lo entendemos más como un proceso relacional de ciertas élites (gobierno), un territorio nacional, hecho de cientos de territorios locales, la población

de un país y la noción clave de soberanía, entendida como la capacidad de tomar decisiones sobre la población y el territorio. La complejidad que surge tanto de las definiciones formales del Estado, las múltiples facetas e identidades de los funcionarios de gobierno y la implicación de éstos con procesos sociales y económicos, hace más ininteligible para las disciplinas con base empírica entender al Estado por sus efectos, que por las definiciones o ideas que tenemos de él (Mitchel, 1999).

Desde esta perspectiva, encuadramos los procesos de Estado, en el terreno de la disputa por el uso y control de las aguas subterráneas de los Valles Centrales de Oaxaca, enfocándonos en las prácticas de la política emergentes a partir de la interacción social, las relaciones entre procesos centrales y locales – regionales –, el diseño e implementación de las políticas gubernamentales desde las instancias correspondientes y la manera en que, desde la cotidianidad ciertos grupos sociales resisten, rechazan, redefinen o se sitúan en estas (Sequera y Mateos, 2014).

En esta misma lógica se plantean a la democracia y a la ciudadanía, es decir, no a manera de ideales a alcanzar o categorías

abstractas con atributos predeterminados a las que se debe adecuar la realidad, sino como procesos y prácticas que adquieren significados que se encuentran en constante disputa entre diversos grupos situados en sociedades fragmentadas, idealmente resguardadas por la ley, pero en la práctica, aplicada desigualmente (Tamayo, 2006).

A primera vista, y desde nuestro contexto actual se podría pensar en la democracia como atributo natural de los Estados nacionales, que no tiene mayor explicación y no necesita más justificación que la que, de por sí involucra, pero existen diversas teorías sobre el origen de ésta. La democracia en el contexto de los Estados modernos tiene su origen en la Europa de los siglos XVII y XVIII, y se ha planteado que tiene cuatro circunstancias que le dieron fundamento; “la conquista, la confrontación, la colonización y la revolución” (Tilly, 2005:44).

Desde tal perspectiva se plantea que la confrontación es la fórmula que, históricamente le ha dado mejores resultados a las oligarquías nacionales para la “democratización” de los Estados. Mediante la confrontación, las oligarquías han considerado algunas exigencias de los excluidos, lo que ha decantado en la

generación de mecanismos de confianza entre las partes en conflicto, atenuando acciones coercitivas de las clases dominantes sobre las clases menos favorecidas política, económica y culturalmente, y moderando con esto las posturas de los excluidos.

En nuestro contexto, un ejemplo que puede evidenciar estas estrategias de persuasión, son precisamente las consultas libres previas e informadas que se aplican a comunidades en donde radican pueblos originarios (DPLF y Oxfam, 2015). Las consultas no necesariamente se presentan en condiciones de igualdad entre las partes, lo que puede llegar a incidir, e incluso determinar los resultados. Más aún, como veremos, los funcionarios gubernamentales suelen entender la consulta como un mecanismo de presión de los pueblos para obtener “beneficios” económicos, por lo que el proceso se vuelve una especie de regateo entre lo que las comunidades quieren y lo que el gobierno quiere dar.

Sin embargo, la consulta de acuerdo a los estándares internacionales implica un proceso de diálogo intercultural que da a una sociedad diversa la oportunidad de preguntarse si el modelo de desarrollo definido por las élites gubernamentales es

realmente el que tienen en mente las comunidades, o una discusión de fondo respecto al uso, administración y cuidado de un bien como el agua en este caso, que para estas élites es entendido con un recurso a explotar, mientras para mucha gente en los pueblos se trata de un elemento básico, de enormes significados culturales que manifiestan un proceso únicos de relación entre las personas y su medio.

Vemos entonces que el paradigma de la confrontación como modelo para la construcción de la democracia en América Latina tiene un fuerte sesgo cultural que no necesariamente está en la lógica cultural de los pueblos originarios. Muchas de las premisas que sostiene el modelo democrático en América Latina vienen de Inglaterra, país en el que, paradójicamente se construyó un sistema político que no necesariamente fue del todo democrático. A decir de Tilly; “algunas veces las demandas para superar o reemplazar privilegios políticos hereditarios, terminaron convirtiéndose en programas de representación directa o soberanía popular” (Tilly, 2005: 47).

El parlamento es un espacio fundamental para la democracia inglesa y éste se basa en la representación política

que se cristaliza a través del sufragio ciudadano. El surgimiento, establecimiento y consolidación de este mecanismo de participación política representativa no fue cosa menor, implicó el desmantelamiento de otras formas de ejercer la vida política, social y cultural con un carácter de participación mucho más directo. Ellen Meiksins lo plantea de la siguiente manera:

...la creación del individuo soberano fue el precio pagado por la “multitud trabajadora” para entrar a la comunidad política; o, para ser más exactos, el proceso histórico que dio origen al capitalismo y al asalariado moderno, “libre e igual”, fue el mismo en el cual el campesino fue desposeído y desarraigado, disociado tanto de su propiedad como de su comunidad junto con sus derechos comunes y tradicionales (Meiksins, 2000 :6).

El costo de la instauración de la democracia fue alto, en especial para los campesinos que, paulatinamente fueron perdiendo su capacidad de organización política propia, su dependencia con el sistema económico fue cada vez mayor, y su resistencia a la explotación se fue extinguiendo, esto, a cambio de la igualdad en derechos y la ciudadanía efectiva. Se comenzó a presentar una dislocación entre campesino y comunidad, y de campesino con sus formas tradicionales de trabajar la

tierra, el paradigma de modernidad fue el arrendamiento económico del territorio. La gran masa campesina propietaria, paulatinamente fue sustituida por terratenientes acaparadores y por jornaleros sin propiedad, muchos otros se convirtieron en ciudadanos asalariados de la metrópoli, sin identidad personal o social:

Cuando la “multitud trabajadora” ingresó finalmente a la comunidad de ciudadanos fue como agregado de esos individuos aislados, sin propiedad y asbtraidos de las solidaridades comunales. Desde luego, la disolución de las identidades prescriptivas tradicionales y de las desigualdades jurídicas representó un avance para esos individuos, ahora “libres e iguales”, y la adquisición de la ciudadanía les confirió nuevos poderes, derechos y facultades (Meiksins, 2000: 8).

La adquisición de “igualdad y libertad”, del derecho al sufragio, de garantías individuales y de la libertad de expresión, se obtuvieron gracias a la cesión del derecho a “hacer política”, o por lo menos, no hacerla fuera de los márgenes ahora permitidos. Para los campesinos esto se tradujo directamente en pérdida de autonomía, no sólo política, sino económica, cultural y educativa, y sobre todo fueron despojados de sus identidades colectivas para pasar a ser individuos cuya

única identidad política sería ahora la nacional. Para las clases más desfavorecidas, incluido el campesinado, este intercambio también se tradujo en la coexistencia pacífica, y sobre todo legal, de la igualdad política formal con la desigualdad económica permanente y sistémica, de ahí también el surgimiento de instancias filantrópicas y de asistencia, que, a la vez que mitigan los efectos más extremos de la pobreza, desarticulan a los sujetos inconformes, y acaban reforzando la estructura socio-política imperante.

Con lo planteado hasta ahora se puede establecer que la democracia de carácter liberal que surgió en Inglaterra y Francia y se perfeccionó en Estados Unidos, ahora se extiende y penetra a prácticamente todos los sistemas políticos formales de Latinoamérica. También podemos afirmar que este sistema político tiene en esencia la exigencia de la enajenación del poder a partir de la figura de la representatividad, que fundamentalmente legitima a ciertos sujetos sociales, dándoles el carácter de gobernantes que portan la voluntad de las mayorías. Algunos de los principales instrumentos de la enajenación del poder son el llamado “bien público” o “bien de la nación”, también se encuentra la figura retórica de la soberanía popular o cuando desde las cúpulas del poder se hace

referencia al “pueblo”. Mas recientemente se han introducido formulas como “utilidad pública” “interes social”, “orden público” o “actividad económica preferente”. Estas formas discursivas tienen como objetivo precisamente alejar al pueblo de la política para dejarla en manos de los especialistas en el tema, los expertos de la “politeia.”

2. LA DEMOCRACIA EN LATINOAMERICA

La democracia en latinoamerica, y más específicamente en México, es relativamente nueva, la convulsión de las dictaduras centro y sudamericanas durante el siglo XX (Labastida, 1986) y el porfiriato mexicano, así como la incursión al poder, después de variadas metamorfosis, del Partido Revolucionario Institucional (PRI) (Anguiano, 2010) dan cuenta de un pasado lleno de violencia, cooptación e imposición ideológica, política y cultural; y legan al presente resabios de un pasado autoritario, lo que configura un escenario político contradictorio (Cuevas, 2014).

El orden autoritario al cual “se acostumbró” a las sociedades latinoamericanas por casi un siglo, en pocos años fue sustituido por democracias emergentes, sin perder el carácter de lo que

Zavaleta Mercado definió como sociedad abigarrada (Zavaleta ; Tapia 2009), es decir un conjunto de pueblos con culturas y formas políticas diversas yuxtapuestas entre sí, que generan un ambiente enrarecido para el modelo ascético de la democracia liberal.

La noción de sociedad abigarrada, nos debe llevar a discutir cómo los Estados nacionales en América Latina tiene una definición jurídico-formal que siempre resulta ajena a la realidad plural de los países (Martínez, 2004). En tal sentido, lo nacional más que servir para ordenar la sociedad y definir los mecanismos de representación democrática, va servir para producir una ficción de “unidad política,” justamente donde la construcción confrontativa de la democracia produjo una ruptura y profunda separación entre los campesinos, con sus culturas y sus territorios y del gobierno con una sociedad civil que en teoría representa. Vemos desde esta perspectiva, que el modelo de reconocimiento de derechos indígenas como minorías que reciben trato especial, pero se sujetan a un orden constitucional que da preminencia a los valores culturales de las mayorías occidentalizadas (Tapia, 2009), no puede entenderse como en México, donde su orden democrático liberal tiene una vida tan corta. Aunque

formalmente el sello de democracia liberal tiene más de dos siglos, la disputa por la definición de los contenidos estatales es reciente, así el cambio de un modelo autoritario a otro de una supuesta mayor apertura, está asociado a la reforma neoliberal de los años ochenta.

El cambio de paradigma, es decir, el paso de oligarquias, dictaduras o regímenes dominantes, al modelo de “democracias” basadas en pueblos sin atributos (Brown 2015), en donde la participación popular y el respeto a los derechos humanos son en teoría fundamentales, se encuentra cimentado en piso demasiado frágil. La fragilidad obedece a que, muchas veces:

la gigantesca empresa de instaurar la democracia se reduce a la creación e institucionalización de un puro orden político – es decir, un sistema de reglas del juego que hace abstracción de sus contenidos éticos y de la naturaleza profunda de los antagonismos sociales – y que sólo plantea problemas de gobernabilidad y eficacia administrativa (Boron, 2003: 228).

Las consecuencias del hueco entre una democracia de orden político abstracto, sin referentes éticos e históricos, ni contenidos sociales, culturales, políticos y

educativos apegados a las realidades complejas y diversas de las sociedades latinoamericanas, y una sociedad históricamente empobrecida, excluida y violentada, se traducen en la generación de brechas estructurales entre el Estado y la ciudadanía (OEA, PNUD, 2011).

En este sentido, los pueblos originarios se encuentran atrapados entre la exigencia de autonomía, derecho consagrado en la Constitución y los convenios internacionales ratificados por el gobierno mexicano¹, y la concesión de políticas públicas apegadas al asistencialismo, transferencias condicionadas y programas compensatorios, otorgados por las instituciones oficiales, lo que representa un serio problema en la implementación de derechos (Martínez, 2011). Este tipo de apoyos no atienden la especificidad de la población indígena, y no abonan, en todo caso obstaculizan la implementación de sus propias instituciones, la administración de los recursos que se encuentran en sus territorios y la generación de propuestas alternativas tanto políticas como educativas que atiendan a sus necesidades particulares

y a su forma especial de entender la realidad.

Si bien hay luchas que, mediante arduo trabajo y un penoso caminar han logrado la legitimación legal de sus “formas de hacer”, esto no significa que sus procesos sean respetados, y sobre todo respaldados por las autoridades gubernamentales. Un caso paradigmático es el de la comunidad Purepecha de Cheran Michoacan, que poco a poco ha ido construyendo su autonomía frente al desdén de autoridades tanto locales, como estatales y federales, el acoso de grupos del crimen organizado y la tentativa de despojo de su territorio en aras del “desarrollo,” fundamentado en grandes megaproyectos impulsados por monopolios económicos tanto nacionales como internacionales (Gledhill, 2013), otras menos visibles se sirven de un Estado ausente y sumen a la organización comunitaria otros medios como la creación de redes y alianzas, el uso del derecho en instancias internacionales y los medios alternos de comunicación, es el caso de las comunidades chinantecas aledañas a Tuxtepec que han resistido la construcción de una hidroeléctrica en la presa Cerro de Oro (Martínez 2016).

¹ Un ejemplo de ello es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT

En este sentido, los pueblos originarios se han convertido en un actor muy incomodo, que exige y propone formas de consolidar la democracia, pero paradójicamente atentan contra los intereses que le dan sentido a la democracia liberal, que son la propiedad privada, la enajenación del poder y la subordinación de lo político ante lo económico. En México se han pronunciado movimientos indígenas como el Ejército Zapatista de Liberación nacional ezln (Martínez, 2007) y la Organización Sociedad Civil Las Abejas (Orozco, 2015) que cuestionan los procesos democráticos de nuestro país y han instaurado autonomías de facto al no ver posibilidades de dialogo con el Estado.

Esto se deriva de indicadores tales como la decadencia de las instituciones del Estado, la creciente desigualdad social, política, económica y cultural, la influencia cada vez mayor del mercado en los Estados nacionales, y el conocimiento, cada vez más explícito de que...nuestras democracias...deben ser “funcionales” a las políticas de ajuste estructural y a la recomposición salvaje del capitalismo (Boron, 2003 :248).

Bajo las condiciones descritas, muchos movimientos indígenas saben que, cualquier intento de diálogo con el gobierno terminará siendo asimétrico y tendrá pocas posibilidades de concreción. En este sentido, un caso paradigmático en México fue la firma de los acuerdos de San Andrés en la región Altos de Chiapas en donde líderes del ezln y representantes de distintos pueblos originarios, así como sus contrapartes gubernamentales negociaron mediante el diálogo público la expansión de derechos de los pueblos indígenas, acuerdos que finalmente fueron desconocidos por los representantes del Estado mexicano, lo cual sepultó una oportunidad histórica de modificar las relaciones desiguales entre gobierno y pueblos originarios.

3. FORMACIÓN PARA UNA AUTENTICA DEMOCRACIA

Durante la segunda mitad del siglo XX latinoamericana se caracterizó por ser un territorio estremecido por guerrillas y movilizaciones sociales masivas en búsqueda de mejores condiciones de vida y de concreción de derechos. También de generación de procesos de organización social y política. Un personaje de vital importancia para este escenario de

resistencias ante dictaduras militares, oligarquias liberales y/o autoridades despóticas que dominaban el panorama fue el brasileño Paulo Freire.

Freire fue un conocedor profundo de su contexto y de lo que acontecía en él. Detectó que en la transición de regimenes autoritarios a la aplicación de procesos democráticos, la población no necesariamente estaba preparada para la democracia, de hecho, identificó la introyección de procesos de dominación en los oprimidos. Ante tal situación generó todo un proyecto educativo para preparar al individuo para la democratización, armandolo de conciencia crítica y de capacidad política para generar alternativas desde su realidad, además de que exaltó las propias formas de aprendizaje y conocimiento que existían ya en las personas que se pretendía concientizar (Freire, 1969, 2002).

En este sentido, desde los años 70's Freire sembró una semilla liberadora que germinó en múltiples procesos de educación popular a lo largo de toda Latinoamérica, que inicialmente se centraron en la alfabetización, la concientización de la población sobre su entorno y las relaciones de poder que lo

cruzan, así como las posibilidades y bondades de la organización y la valorización de los conocimientos propios. Paulatinamente estas líneas de acción se expandieron a temas como la ecología, el género, los derechos humanos y la autonomía.

Del trabajo coordinado entre distintas organizaciones sociales de diversas partes de latinoamerica surgió el Consejo de Educación de Adultos de América Latina (ceaal), fundamentado en los postulados freireanos. A través del ceaal se fortalecen procesos basados en la educación popular y mediante medios de comunicación como la revista "La Piragua" se exhorta y exponen experiencias contemporáneas de educación popular y de prácticas alternativas a las impuestas por las élites dominantes.

Desde esta perspectiva la educación popular es entendida como una corriente de práctica y pensamiento vinculada con movimientos sociales, sus demandas y luchas. Su propósito es contribuir a la construcción de sociedades más justas desde una opción de los sectores populares (Torres, 2009). Algunos de los aportes que ha generado tienen que ver con la construcción de metodologías y pedagogías

desde prácticas sociales alternativas, la sistematización de experiencias, la incidencia en políticas públicas, la democracia participativa local y la alfabetización, tales productos se concretan en espacios de debate y construcción de pensamiento propio y desde los sectores excluidos de corte alternativo al hegemónico (Mejía, 1990; Van Dijk y Durón, 1986; La Belle, 1980).

También se puede interpretar como una educación política y ética que forma parte de una tradición latinoamericana de resistencia y construcción de alternativas a las estructuras y estrategias de dominación. Es una educación que se fundamenta en prácticas sociales individuales y colectivas orientadas a la transformación de la realidad, por lo que se puede considerar como un paradigma emancipador que involucra un conjunto de planteamientos políticos, teóricos y éticos alternativos al pensamiento y modelo único imperante y que apunta a la creación de una democracia participativa en donde se politice a los individuos para generar herramientas de interacción con las instituciones del Estado (Joseph, 2014; Van de Velde, 2008; Bustos, 1996)

Para la educación popular es necesario e importante explorar, reconocer y potenciar los saberes y realidades emergentes con potencial emancipador que puedan contribuir en la generación y fortalecimiento de los paradigmas liberadores que exige el presente contexto (Torres, 2009: 18). Por su carácter de ruptura con procesos de dominación, ha sido una herramienta que ha fortalecido a los movimientos sociales articulados con demandas de lucha y resistencia indígena, por lo que ha contribuido a la consolidación de procesos de construcción de autonomía y libre determinación.

De igual forma ha sido utilizada por movimientos que se enfrentan al modelo económico neoliberal y sus consencencias, a los regímenes políticos autoritarios y a las múltiples formas de exclusión y subordinación que caracterizan a los países pobres de Latinoamérica, en un contexto en el que mantienen y ponderan un discurso democrático, conciliador, abierto al diálogo y pregonador de derechos universales donde imperan las desigualdades económicas, políticas sociales y culturales (Burchardt, 2008; Adelantado y Scherer, 2008).

Cabe mencionar que la educación popular no es estática, sino que se adapta a los nuevos escenarios, temas y actores, esto tanto en sus aspectos teóricos como en la formulación de estrategias y propuestas de intervención. Si bien la educación popular es dinámica, mantiene cuatro pilares que le dan solidez e identidad frente a otros posicionamientos educativos. A partir de la experiencia acumulada de varias décadas de trabajo, Carlos Nuñez identificó cuatro ejes que articulan todo proceso fundamentado en la educación popular, un eje ético, uno epistemológico, otro pedagógico, y finalmente uno socio-político (Nuñez, 2004).

El eje ético implica un compromiso con la transformación social y la lucha en contra del sistema injusto, depredador y excluyente, el eje epistemológico entiende a la educación y al conocimiento, no como un instrumento de dominación o de control, sino como una herramienta de construcción de sujetos liberados, conscientes, críticos y creadores, esto partiendo de la premisa de entender a la realidad del educando como fuente de conocimiento.

El eje pedagógico plantea que la educación popular no puede limitarse al uso de técnicas participativas sin un contenido

político que incite a los educandos a incidir en su realidad, en todo caso la educación popular debe entenderse como un hecho democrático en donde el diálogo y la participación con sentido político son fundamentales para la transformación de la realidad. El eje socio-político implica asumir una posición frente al grupo con el que se trabaja y efectuar una práctica consecuente. Es una cuestión de opción que confronta la aparente neutralidad en los procesos educativos. El asumir una posición frente a una realidad determinada y ser consecuente entre lo que se dice y lo que se hace, no es otra cosa que tener coherencia y la coherencia implica, entre otras cosas:

...asumir la capacidad crítica y de denuncia frente a las aberraciones que la ideología neoliberal nos presenta como “normales”...denunciar los crímenes sistemáticos, la falta de compromiso, la cómoda y cómplice actitud de muchos intelectuales que se han instalado en la mera especulación teórica (Nuñez, 2004: 16).

Como se puede observar, la educación popular puede ser considerada como una formación para la democracia, en donde se prepara a los individuos en el análisis de su realidad, pero no de manera individual sino colectiva, una vez que entienden su realidad, es decir, su situación

en el mundo, su mundo, lo capacita para poder generar estrategias de incidencia, de transformación de la realidad, lo cual le devuelve su capacidad de “hacer política”, que, sin darse cuenta, le fue despojada en nombre de la propia democracia.

4. DISPUTA POR EL TERRITORIO EN EL CONTEXTO DE LA DEMOCRACIA NEOLIBERAL

De lo planteado hasta ahora se pueden destacar dos elementos. En primera instancia la forma en la que la democracia liberal se instituyó como orden político-económico dominante en detrimento de formas comunitarias de organización socio-política, que a pesar de todo han subsistido, pero sufriendo una paulatina desterritorialización de un sector del campesinado, con lo que pasó de ser poseedor de territorio a convertirse en ciudadano-asalariado, sin una identidad territorial colectiva que lo contenga. El otro elemento a destacar es la forma en la que, en nombre de la democracia se despolitiza a la ciudadanía a partir de la enajenación del poder y se reduce a su dimensión de homo economicus.

Ambos elementos son centrales para analizar la situación de muchos pueblos originarios en México y sus luchas por la defensa de sus territorios y formas de organización social, política, económica, cultural y educativa (Bartra y Otero, 2008, Smeke de Zonana, 2000). En las últimas décadas nuestro país se ha convertido en un paradigma de las luchas indígenas, paradójicamente también en un ejemplo de aplicación de la democracia liberal a partir de marcos legales abstraídos de la realidad del país, que intentan, a toda costa, despolitizar los esfuerzos por la consolidación de procesos de construcción de autonomía y libre determinación indígena (Martínez, 2011; Vera, 2014; Hudlet, 2016).

Se apuntó, de manera general, como en Cherán Michoacán, a pesar de que se lograron incrementar sus márgenes de autonomía usando entre otros recursos la vía legal, ésta comunidad sufre de la indiferencia y el acoso, no solo de las autoridades, sino del crimen organizado y la presión de sectores económicos nacionales y transnacionales que han puesto sus ojos en los recursos de la comunidad. También la manera en la que, organizaciones como el ezln o la Organización Sociedad Civil Las Abejas han perdido la esperanza de poder concretizar un verdadero diálogo con las

autoridades, debido a la falta de voluntad política de los representantes gubernamentales, y su tendencia a favorecer el posicionamiento del neoliberalismo a partir de ajustes estructurales que favorecen a los grandes capitales nacionales y transnacionales.

Ahora bien, el caso de Oaxaca presenta ciertas particularidades que lo distinguen de otras regiones indígenas del país. Como diversos estudios han señalado (Hernández, 2011; Juan Martínez, 2016 ; Recondo, 2007), las circunstancias geográficas e históricas de la entidad permitieron que las identidades comunitarias indígenas resistieran distintos momentos de penetración de la lógica estatal moderna. Esta fuerza de lo colectivo en la entidad permitió que muchas comunidades, a lo largo y ancho de territorio estatal, conservaran el control de sus territorios y sus instituciones políticas apropiándose de las estructuras estatales como el municipio, y ya en el siglo XX la comunidad agraria.

Esta circunstancia, hace que en Oaxaca, históricamente, los pueblos hayan desarrollado estrategias para oponer sus intereses a las pretensiones hegemónicas, conservar patrones de vida y formas

culturales que difieren del ciudadano unidimensional que pretenden los gobiernos nacionales y una base organizativa que ha permitido a muchos pueblos y comunidades oaxaqueñas negociar permanentemente sus intereses con los del Estado nacional moderno, sin renunciar a sus identidades territorializadas, regulando los niveles de violencia abierta contra el gobierno, pero manteniendo una permanente efervescencia y conflictividad que se refleja en tomas carreteras, bloqueos, marchas, plantones, etc.

El caso que abordamos nos muestra la experiencia de un grupo de comunidades en la región de los Valles Centrales de Oaxaca, que pretenden mantener su lógica de uso, aprovechamiento y cuidado de los recursos hídricos, disputando la lógica economicista e ineficiente de la CONAGUA. En este espacio geográfico 16 comunidades de origen zapoteco han conformado la Coordinadora de Pueblos Unidos en Defensa y Cuidado del Agua copuda y han iniciado un proceso de lucha, que incluye la dimensión jurídica para alcanzar el fin mencionado.

Las comunidades agrupadas en el proceso de la COPUDA son: Asunción

Ocotlán, San Martín Tilcajete, San Pedro Mártir, San Antonino Castillo Velasco, San Pedro Apóstol, Santa Ana Zegache, San Isidro Zegache, Santiago Apóstol, San Sebastián Ocotlán, Tejas de Morelos, San Jacinto Ocotlán, San Felipe Apóstol, El Porvenir, y Maguey Largo, todas pertenecientes al distrito judicial y rentístico de Ocotlán, además de la comunidad de la Barda Paso de Piedra, que se localiza en el Distrito de Zimatlán de Álvarez.

Los pueblos de los Valles Centrales de Oaxaca iniciaron su lucha por el agua aproximadamente en el año 2000. En ese momento la Comisión Nacional del Agua conagua inició políticas de endurecimiento para lograr que los campesinos regularizaran sus pozos a partir de la expedición y otorgamiento de concesiones. En el año 2005, coincidió que los niveles del agua en el acuífero comenzaron a bajar y algunos campesinos recibieron cartas-multas en las que se les pedía que finiquitaran adeudos por uso excesivo del agua.

En este contexto los campesinos iniciaron con acciones para la concientización de la población con respecto al uso del agua, y la necesidad de

organizarse para impedir que se les hicieran cobros excesivos por su uso, así fue como surgió el primer foro sobre el cuidado y mantenimiento del agua en la comunidad de San Antonino. En aquél momento y como una acción derivada de la organización popular, se formalizó el comité de la Coordinadora de los Pueblos Unidos en Defensa y Cuidado del Agua copuda.

Para el año 2007 la copuda comenzó a tomar medidas para la recuperación del agua, en el año 2008 comenzaron a realizarse obras de captación que permitieron subir su nivel, esto con el apoyo de las autoridades del municipio de San Antonino. Ya para el año 2009 se vieron los primeros resultados del trabajo de las comunidades, reflejado en la recuperación del manto acuífero. En su proceso de lucha, la copuda pidió la asesoría del Centro de Derechos Indígenas Flor y Canto A.C. En su trabajo coordinado, la copuda y Flor y Canto se encontraron con un decreto de veda para el alumbramiento de aguas subterráneas de databa del año de 1967.

Una vez conocido el decreto de veda, se decidió que fuera impugnado por la vía legal, primero solicitando una modificación a los términos de la veda argumentando derechos territoriales y de

libre determinación, la CONAGUA se negó a solicitar ésta modificación de decreto a la presidencia de la república y entonces las comunidades, representadas por la copuda, interpusieron un amparo en contra de la negativa a modificar el decreto de veda ante el Tribunal Fiscal y Administrativo de la Federación. A la par de la demanda, la copuda siguió con el proceso de construcción de obras de captación y en el año 2013 se realizaron 59 pozos de absorción en la comunidad de Santiago Apostol.

En el mes de abril de ese mismo año el Tribunal resolvió a favor de los campesinos integrantes de la copuda, y se exigió a conagua que realizara una consulta para lograr la modificación del decreto de veda. Mientras se formalizó la consulta el trabajo de los campesinos zapotecos continuó y en el año 2014 se realizaron más pozos de absorción con el apoyo de las autoridades municipales de San Antonino Castillo Velasco, una de las comunidades con mayor actividad agrícola de la región.

En síntesis se puede plantear que la organización del pueblo zapoteco de los Valles Centrales surgió, principalmente, como respuesta a la presión gubernamental por controlar o decidir sobre un recurso que

históricamente había estado en control de los campesinos, el agua. Aunque la Constitución siempre ha señalado que los bienes del subsuelo son propiedad de la nación y el decreto de veda data de 1967, en la práctica el control del agua estaba bajo las reglas, los usos y las prácticas de las comunidades, fue hasta que el gobierno federal de la época de Vicente Fox pretendió exigir a los campesinos que cumplieran con pagos, en muchos casos, fuera de sus posibilidades reales, que la resistencia emergió. A partir de ese momento se comenzaron a realizar comites locales de las comunidades y después se instaló una mesa directiva.

Un segundo paso fue la realización de mesas de trabajo en las que pidieron a las autoridades del gobierno federal que explicaran el motivo de las cartas y la presión sobre su manejo del agua. Según los campesinos “a veces había respuesta de las instancias y a veces no”, lo que incrementó su desconfianza hacia el gobierno y su percepción de que éste los estaba menospreciando. Un problema que enfrentaron, y que siguen enfrentado los integrantes de la copuda, fue la burocracia y los engorrosos trámites que les exigen para obtener las concesiones, muchos integrantes de las comunidades se cansaron de las negativas y las trabas institucionales

y desertaron del proceso de lucha por el reconocimiento de su capacidad de administrar, cuidar y usar racionalmente el acuífero.

Los que permanecieron en este proceso, a decir de ellos mismos, se hicieron más fuertes. El reto que por ahora tienen las 16 comunidades que se encuentran en lucha y que conforman la copuda es que, a través del proceso de consulta se logre que se elimine la veda para que los campesinos puedan acceder libremente al acuífero, o bien que la CONAGUA reconozca su relación, acceso y capacidad de cuidado del agua y permita la coadministración del acuífero. El éxito de este proceso, requiere que cada que asuman su cargo las nuevas autoridades², éstas conozcan la historia del movimiento. Un reto mayor que se han planteado los campesinos es que, en las escuelas de la región también se difunda la historia de las comunidades y de la lucha de la copuda, para que las nuevas generaciones valoren lo que tienen y no pierdan su territorio.

Entre los años 2015 y 2016 inició el proceso de consulta libre, previa e informada a las 16 comunidades de los

Valles Centrales de Oaxaca. En este periodo también recibimos la invitación del Centro de Derechos Indígenas Flor y Canto para fungir como observadores del proceso de consulta y asesores de la copuda. Así fue como desde el año 2015, el Centro de Estudios Superiores en Antropología Social, a partir de nuestra representación, se ha involucrado en este proceso de lucha y resistencia indígena.

En lo que va del proceso de consulta se han realizado tres de cinco etapas. La de acuerdos previos, que decantó en un protocolo de consulta, la informativa, que se diseñó en dos momentos; la fase de información sobre derechos indígenas a cargo de la Secretaría de Asuntos Indígenas Sai y la de información técnica sobre el estado del acuífero, que fue diseñada y presentada por la Comisión Nacional del Agua conagua. La etapa deliberativa fue un espacio en el que las comunidades analizaron la información que se les presentó y comenzaron con la construcción de su propuesta de co-administración del acuífero, fundamentados en sus derechos colectivos contenidos básicamente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo oit. Hace pocas semanas inició la fase propiamente

² La mayoría duran tres años, pero algunas de ellas cambian cada año.

consultiva y ya están en poder de la CONAGUA, los planteamientos centrales que han desarrollado las comunidades, aunque aún falta que lo expliciten todas ellas.

Esta etapa consultiva, consiste en la entrega de la propuesta de la COPUDA a las autoridades de la conagua. La lógica es que, la instancia de gobierno reciba la propuesta de los campesinos para analizar su viabilidad, en caso de ser posible enviar una solicitud de modificación del decreto de veda a la presidencia de la república y esperar la derogación del decreto o al menos una modificación al mismo. En caso de que los planteamientos de la COPUDA no procedan, la CONAGUA debe argumentar los motivos por los cuales no puede ser aceptada y comenzar con un proceso de negociación en el que se logren acuerdos satisfactorios para ambas partes.

En el protocolo de consulta se estableció que, de acuerdo a un calendario fijado, tanto la sai como la conagua visitarían las 16 comunidades impugnantes para brindarles toda la información necesaria para que éstas tuvieran las condiciones para ofrecer propuestas encaminadas a la modificación del decreto de veda de 1967. La etapa informativa con

sus respectivas fases culminó el pasado 2 de abril del 2016.

En distintas reuniones de evaluación convocadas por y para asesores, observadores de la consulta e integrantes de la COPUDA se han planteado posiciones en común con respecto a la etapa informativa. En primer lugar existe un consenso en que no hubo continuidad entre los talleres informativos sobre derechos indígenas y los siguientes, que correspondieron a información técnica de conagua. En los primeros se intentó hacer un equilibrio entre derechos nacionales e internacionales con los que cuentan los pueblos originarios.

Se planteó que existe una necesidad de determinar los alcances entre la propiedad del territorio por parte del Estado (propiedad de la nación) y los derechos al territorio de los pueblos originarios enmarcados tanto en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo oit, e incluso en la declaración de derechos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas onu, para poder ponderar cómo se pueden armonizar éstos derechos con la denominada propiedad originaria del Estado a partir del diálogo, la negociación y los acuerdos emanados del proceso de consulta.

En los talleres de información técnica presentados por conagua desapareció toda alusión a los derechos internacionales de los pueblos originarios y la información se enmarcó exclusivamente en los derechos constitucionales, específicamente en la prerrogativa del gobierno a establecer vedas, y se enfatizó la facultad de la conagua a administrar los mantos acuíferos. Tales planteamientos fueron reforzados al establecer la opción de la concesión como la “mas razonable” para el cuidado y el mantenimiento del agua, y la articulación de programas de apoyo al campo a manera de solución a gran parte de los problemas del campesinado.

El fuerte énfasis que se dio por parte de conagua a la necesidad de que los campesinos tramiten su concesión y se ajusten a los apoyos que el gobierno otorga, ha generado conflictos en el seno de la resistencia de la copuda debido a que, muchos asistentes a los talleres que no necesariamente han estado participando activamente en el proceso de la defensa del agua, están pugnando por mantener las cosas como están, es decir, ceder la administración del agua a las instancias de gobierno y ceñirse a los programas que se ofrecen, a cambio de dejar de lado la lucha por la administración del territorio de

acuerdo a sus derechos como pueblos originarios consagrados en convenios internacionales.

Para mostrar la tensión entre las concepciones gubernamentales y la perspectiva de los pobladores de las comunidades mostraremos una serie de diálogos que se han sucedido en algunos de los talleres que la conagua impartió en las comunidades. Por ejemplo, en la comunidad “Maguey Largo” en día 14 de febrero un campesino le cuestionó al personal de conagua: ¿ustedes como conagua están dispuestos a aceptar un convenio de administración pueblo-conagua?

El cuestionamiento del campesino denota un conocimiento del convenio 169 de la oit, así como una apropiación de sus derechos como pueblos originarios, también muestra su intención de diálogo y negociación con la instancia de gobierno. Ante el cuestionamiento un directivo de conagua contestó que:

...la forma que hoy esta establecido en la ley para aprovechar el agua del acuifero es através de concesiones, es la figura con la cual la conagua administra el recurso hidrico...lo que estamos haciendo hoy es la forma en como nos vamos a poner de acuerdo para hacer esa explotación del

agua... no se trata de firmar un convenio, se trata de que nos pongamos de acuerdo en cuál es la mejor forma de que se use el agua, y que al mismo tiempo se cuide el uso del agua, esa es la tarea fundamental de este ejercicio...se trata de tomar acuerdos entre las comunidades y entre quien tienen la obligación de administrar el recurso.

La actitud del funcionario de gobierno fue constante en todos los talleres impartidos por esta instancia, es decir, un nulo conocimiento o por lo menos exteriorización de los derechos de los pueblos originarios con respecto al uso y disfrute de su territorio, en específico del agua, y una permanente tendencia por alinear los esfuerzos de explicación a la aceptación de la concesión y de los programas de apoyo al campo por parte de los campesinos, es decir, su adecuación a la idea que desde arriba y desde lejos tienen los funcionarios sobre cómo debe ser la vida de los campesinos.

Con lo dicho por el funcionario se puede percibir claramente la posición de conagua durante su participación en la consulta, es decir, esta instancia dejó claro a lo largo de los 16 talleres que, la mejor forma de que se use el agua es a través de las concesiones y en ello se explicita su convicción de la incapacidad de los campesinos zapotecos de manejar

razonablemente el recurso. Desde esta perspectiva, el mejoramiento en el cuidado del agua dependerá de la rapidéz y eficacia con la que los campesinos se articulen con los programas de apoyo al campo, paradójicamente aunque la veda tiene ya 50 años, las políticas gubernamentales no han sido capaces de frenar el deterioro de la cuenca.

Un dialogo que fue trascendente con respecto a la concesión que otorga conagua se dio en la comunidad de San Pedro Mártir el día 16 de febrero, cuando una jóven le cuestionó a un funcionario lo siguiente: ¿una concesión realmente me garantiza tener agua? A lo que el funcionario respondió: Por supuesto que no. La consesión no te garantiza tener agua, la consesión te garantiza que tienes el derecho para usar esos 135, 000,000 de metros cúbiucos.

La respuesta del funcionario fue determinante para la reflexión de muchos campesinos que presenciaron ese taller y muchos otros agricultores que analizaron la respuesta en otros espacios de reflexión. Si CONAGUA pide que se soliciten concesiones, pero no garantiza a través de éstas el disfrute del agua, lo que le interesa de fondo, no necesariamente es el cuidado del agua, sino su control. También resulta

claro que la CONAGUA no conoce de la disponibilidad de agua, ni el comportamiento del acuífero. Esto se refuerza con el argumento de que los campesinos integrantes de la copuda, durante una década han realizado obras de captación y campañas del cuidado del agua, lo que ha redundado en la recuperación de su acuífero, sin que la CONAGUA haya intervenido.

El hecho de que, a decir de ellos mismos, en el periodo en el que el agua se fue, conagua no ofreció alternativas, ni se articuló con los campesinos en estado de crisis, aunado al interés por parte de la institución por controlar el recurso ahora, que sí lo hay, llena de sospechas y molestia a muchos campesinos. Los asesores y observadores reflexionamos en torno a que, la consulta a las comunidades zapotecas de Valles Centrales de Oaxaca, corre el grave riesgo de convertirse en un mecanismo más de cooptación y asimilación de los esfuerzos de los indígenas al modelo dominante, siendo que las posibilidades son muchas, y se encuentran vinculadas a, ejecutar justicia histórica del Estado hacia los pueblos originarios, apoyandolos en su camino de construcción de la autonomía y libre determinación.

El panorama de riesgo se ha ido incrementando conforme avanza la consulta indígena. Mientras los campesinos de valles centrales muestran una actitud de respeto y de civilidad, los funcionarios mantienen una posición de desdén, no sólo hacia los campesinos, sino hacia la propia consulta. Esto ha generado en variadas ocasiones la desesperación de la población, aunque han mantenido la calma. Ante el uso indiscriminado de sus teléfonos celulares mientras los campesinos exponen y/o externan su sentir, la constante inasistencia de representantes de algunas instancias de gobierno a las sesiones programadas, la falta de información requerida por los campesinos y la entrega de programas sociales en el mismo momento de las sesiones de consulta, la población ha mostrado su irritación, han manifestado que los funcionarios de gobierno muestran falta de seriedad y desdén, pero a pesar de todo han decidido continuar con con el proceso.

A continuación presentamos algunas escenas que ilustran lo planteado. En lo que respecta al tema de la falta de información, que fue recurrente en la etapa correspondiente y que en realidad nunca se ha proporcionado por la conagua.

C³: Mi pregunta es, en San Sebastian pregunté al maestro Pedro, el mencionó que son 5 sitios donde han tomado muestras de qué calidad de agua tenemos, en ese momento no me contestó, ¿no se si ahora ya tiene la respuesta?

F: No traigo las coordenadas se las paso el Sábado.

C: A sí me dijo la vez pasada⁴.

Con respecto a la entrega de programas sociales en el mismo momento de la realización de la consulta, la situación se presentó en por lo menos dos ocasiones. El caso de la asamblea realizada en la comunidad Tejas de Morelos es significativo en este sentido.

A⁵: Buenos días a todas y todos, quiero hacer manifiesta mi preocupación, habíamos acordado para la realización de estas reuniones, se acordó, y hay un escrito, de que se tuviera todo el cuidado para que estas informaciones se dieran cuando no hubiera ningún programa federal que impidiera, o que limitara la participación de la población, hoy, aquí se está llevando la entrega de un programa, con todo el derecho que tienen los y las destinatarios, pero nos hubiera gustado tenerlos aquí como población, porque durante el proceso

hemos dicho que tiene una gran importancia que la población entera participe de las decisiones que vamos a tomar, porque la demanda que ganaron ustedes dice: se está pidiendo que se revise y modifique el decreto de veda de 1967 a favor del campo, y si es a favor del campo los y las campesinas están convocados a tomar decisiones.

F: Yo soy el subdelegado de la Secretaría de Gobernación en el estado de Oaxaca, me gustaría mencionar claramente, y que no se malinterprete el tema de los programas federales, nosotros estamos por tener una veda electoral, el 3 de abril es nuestra fecha límite para dar esos programas federales, incluso, este proceso de consulta va a tener un paro, porque nosotros como federación tenemos una veda electoral, el ejecutivo el sr. Secretario de Gobernación Osorio Chong, tenemos la encomienda de respetarla 100 %⁶.

Nos parece importante reflexionar un poco sobre las palabras que mencionó el funcionario de Gobernación. El escenario que presentamos dibujaba un marco ideal para analizar prácticas democráticas de consenso y negociación y de funcionamiento de las instituciones del Estado. Por un lado tenemos una consulta libre, previa e informada de alcance internacional, que se

³ De aquí y en lo sucesivo “C” se refiere a las palabras de los campesinos y “F” a las de funcionarios.

⁴ Fragmento de audio de asamblea informativa en la comunidad de Santiago Apóstol realizada el día 30 de marzo del 2016

⁵ De aquí y en lo sucesivo “A” se refiere a las palabras de los asesores de la COPUDA

⁶ Fragmento de asamblea realizada el día 21-02 -16 en la comunidad de Tejas de Morelos.

aplica a 16 comunidades zapotecas, por el otro, elecciones estatales y entrega de programas sociales. Pareciera que el proceso de consulta, en lugar de ser un espacio propicio para mostrar los avances en materia de procuración de derechos indígenas y de desarrollo de gobernanza, es decir, mostrar que el Estado y sus instituciones tienen verdaderamente una intención sólida de proyectar una nueva relación con los pueblos originarios, realmente se presenta como un obstáculo para el funcionamiento de los mecanismos de aplicación de política pública tradicional.

Esta idea queda mucho más clara si hacemos referencia a las palabras del mismo subdelegado de Gobernación cuando se le cuestionó sobre su falta de puntualidad y la inasistencia en algunas de las asambleas de consultas por parte de él mismo y de otros funcionarios institucionales:

F: Yo soy el jefe de todas las delegaciones federales...yo he dado subsidio, las dependencias, al momento en que le digo: necesito que hagan esto por el tema de consulta, lo hacen de manera inmediata, cualquier cosa que tengan que ver con las dependencias federales, si ustedes lo ven directo con ellas, se les van a trabar, mejor yo lo opero y hemos trabajado así de la mejor manera...

...A mí, de nada me sirve tener a CFE aquí todo parado, sentado, que no diga nada, yo necesito a CFE que me esté dando el subsidio a ustedes, yo necesito a CFE trabajando para cambiar esos medidores, es lo que los necesito, no los quiero aquí en la reunión, porque no me sirven de nada, ¿para qué quieren a CFE, a SAGARPA? yo puedo operar todos los temas que necesiten y los acuerdos que necesiten....

Como hemos podido observar, a lo largo de la consulta se han presentado una serie de paradojas y contradicciones que pueden darnos pistas para poder entender la situación actual de la política del país. Por un lado se apela al trabajo institucional y se respetan los derechos indígenas con la implementación de la consulta, por el otro, se observa un terrible desdén por parte de las autoridades hacia los campesinos y la propia consulta, y se intenta llevarlos por el camino de la "legalidad", superponiendo derechos nacionales sobre derechos internacionales, en el mejor de los casos limitando esos derechos, otorgando fracciones de derechos que no interrumpen con el camino de las reformas estructurales y los intereses vinculados a los grandes capitales. Cuando las cosas se salen de las manos, y los funcionarios no tienen argumentos, se invita a los campesinos a no exigir la presencia de las instituciones, y se les ofrecen caminos individuales para

operar programas y relaciones con las instancias federales.

¿A qué se puede atribuir estas conductas contradictorias? A lo largo del escrito se ha planteado que, la democracia en Latinoamérica, se encuentra cimentada en piso demasiado frágil, esto debido a que, si bien se ha establecido una estructura formal-legal democrática, ésta convive con prácticas autoritarias y centralistas que históricamente se han practicado a través de los gobiernos en turno, y que son difíciles de borrar de la noche a la mañana, además de que la reforma neoliberal que inició en los años cohenita ha generado un tipo de sujeto consumista y despolitizado. Se podría argumentar que, si bien se han intruducido discursos sobre derechos humanos, derechos indígenas o equidad de género, las instituciones siguen siendo dirigidas por funcionarios de cualquier partido político que se desenvuelven a manera de operadores políticos, como se hacía en los años 70's u 80's, al más puro estilo de priismo corporativista y clientelar, frente a ciudadanos descorporativizados que no tienen ningún vinculo identitario o gremial que los aglutine frente a gobiernos carentes de toda representatividad.

El foco rojo más preocupante de lo que se lleva de la consulta, es que se vislumbra una fuerte posibilidad de que no se alcancen los acuerdos, y que tanto la gente de las comunidades, como en particular los funcionarios gubernamentales se mantengan hablando en paralelo, es decir, los avances de la etapa consultiva no ofrecen perspectivas de un buen final. En el marco de esta etapa, el día 8 de febrero del año 2017 la copuda entregó a la conagua su propuesta de reglamentacion y administracion conjunta con las autoridades del acuífero. En este espacio la conagua se comprometió a entregar una contrapropuesta el día 29 de marzo. La propuesta de la copuda y la contrapropuesta de conagua, en teoría serían los elementos que le darían forma a los diálogos y acuerdos finales para la administración conjunta del acuífero.

Para el día 29, la propuesta de conagua no se presentó, debido a que no estaba terminada aún, pero se leyeron algunas consideraciones para que los campesinos indígenas zapotecos las tomaran en cuenta. El que conagua no presentara su propuesta molestó mucho a los campesinos, debido a que ellos si cumplieron con su parte, vieron la actitud de conagua como una falta de respeto. Dentro de las consideraciones ofrecidas por la

instancia de gobierno se destaca lo siguiente:

Para que ustedes sean administradores del agua o puedan crear un reglamento del agua se necesitan cambiar algunos artículos constitucionales...sí, podemos hacer ciertos reglamentos junto con ustedes...

...la constitución dice que todas las aguas del subsuelo tienen que ser reglamentadas por algún organismo. El reglamento que nosotros proponemos será hecho junto con ustedes.

La propuesta de que en el ejercicio de los derechos de libre determinación y autonomía de las comunidades zapotecas, tendrán la facultad de elaborar y emitir las normas que regulen el uso y disfrute de las aguas del subsuelo existentes en sus territorios, se considere lleve implícito el reconocimiento de que las aguas del subsuelo quedan fuera de la jurisdicción federal, lo cual contraviene la legislación constitucional actual, eso no se puede, constitucionalmente eso no se puede⁷.

Las respuestas del funcionario abren muchos cuestionamientos. ¿Existen derechos de primera y derechos de segunda? ¿De donde emanan y en qué documento están inscritos y argumentados los límites de los derechos indígenas como el de la autonomía y la libre determinación? ¿a partir de qué intereses y con qué

parámetros se justifica el acotamiento de derechos internacionales para los pueblos indígenas y su sometimiento frente a las leyes nacionales? En esta pobre interpretación, el funcionario piensa que se pueden negar derechos constitucionales a fin de preservar la propia Constitución, lo que contraviene claramente el espíritu del artículo 1º constitucional que señala la preminencia de los derechos humanos sobre cualquier otro tipo de norma. Así mismo, el funcionario supone que cuando la Constitución declara la existencia de bienes propiedad de la nación, significa que estos burócratas son los dueños y quienes pueden decidir discrecionalmente a quién le dan derecho de usar el agua y quién no, al tiempo que se deshacen de la responsabilidad de cuidar de dichos bienes. Si se tomaran la molestia de leer con detalle el artículo 2º constitucional podrían constatar que los pueblos indígenas son parte constitutiva de la nación, y se les reconoce preexistencia a la formación del propio Estado mexicano. No se trata ni siquiera de una tensión entre derechos, dado que el gobierno no tiene derechos, los derechos son siempre de las personas y en este caso de los pueblos y las comunidades, y se ejercen frente al propio gobierno. No puede existir un derecho de la federación,

⁷ Fragmento de asamblea consultiva realizada en la comunidad de Santiago Apóstol el día 29 de marzo del 2017.

más bien se trata de una obligación de cuidado que bien puede cumplir en asociación con los pueblos, lo que le permitirá cumplir con un conjunto de derechos reconocidos en la propia Constitución.

El panorama planteado hasta ahora ocupa a los asesores de la copuda, que buscan enfilarse argumentos para volver a los tribunales en caso de que se sigan violando derechos. Debido a que las instancias de gobierno están llevando a un escenario de desesperación y enfurecimiento a los campesinos al alargar indefinidamente el proceso, se vuelve difícil el trabajo de contención y de canalización de las inconformidades por la vía institucional. Éstos ya han reiterado en diversas ocasiones su disposición a caminar por las vías de la legalidad, pero también han dejado claro que están llegando a un límite, sobre todo cuando los funcionarios responden que, lo que los campesinos piden, no está dentro de sus competencias:

...si ustedes dicen que no pueden, yo creo que, si tienen la buena fe de que trabajemos juntos, si en dos meses nos vamos a reunir, pues tráiganos alguno de los que sí pueden tomar decisiones, porque hace poco con CFE nos pasó lo mismo. Nos reunimos, de hecho, hasta en nuestra población. Nosotros bien puntualitos, bien bonitos, hasta los esperamos como una hora, por cierto, y

resulta que después de llevar como una hora y media de reunión, nos dicen que ellos no pueden tomar decisiones. Entonces para que nos los mandan, para qué hablamos con ellos si no dan el ancho, no vamos a poder negociar. Nos vamos a llevar otros 11, 20, 30 años y nunca va a llegar el mero, mero que va a decidir, nosotros ya escogimos a nuestros representantes, los que van a decidir, porque confiamos en ellos, y ustedes aún no han podido, no es justo pues.

Ahora otra, hablamos del convenio 169 nosotros decimos que en el primer párrafo nos pertenece administrar nuestro territorio, ustedes dicen que, si, interviene el gobierno, el Estado, no se puede, que tienen que consultarnos. Tal vez estoy equivocado, a las personas adultas les pregunto ¿cuándo les impusieron las concesiones les consultaron? Noooo, y en donde está el agua ¿en nuestro territorio no?, pero no nos consultaron, entonces el segundo texto se lo pasaron por acá.

Nosotros no queremos que ustedes nos mantengan, no les estamos pidiendo un favor, les estamos exigiendo nuestros derechos, tampoco los queremos hacer a un lado, podemos trabajar juntos, todos somos mexicanos. Nosotros no queremos que nos den dinero mes con mes, no queremos que nos lleven despensas, queremos que nos dejen trabajar⁸.

5. REFLEXIONES FINALES

⁸ *Ibíd.*

En el contexto del siglo XXI, los pueblos indígenas de México enfrentan serios desafíos. Por un lado le son reconocidos sus derechos como pueblos originarios a través de la Constitución y los convenios internacionales. Por el otro, el Estado a través de sus instituciones sigue ejerciendo viejas prácticas de cooptación, integración a la cultura dominante y aplicación de políticas públicas asistenciales, compensatorias y de transferencias condicionadas, que poco abonan a un verdadero desarrollo desde los pueblos originarios y los mantiene en una idea de eternos “inferiores” que no pueden decidir ni corresponsabilizarse de su gobierno.

El proceso de consulta previa, libre e informada que se aplica a las comunidades de Valles Centrales del estado de Oaxaca, que se encuentra en proceso, ha sido un botón de muestra para observar tales contradicciones. Ha sido clara la manera en la que, la consulta ha tenido por lo menos dos interpretaciones distintas. Por un lado las instituciones de gobierno la entienden como un espacio en el que hay que ir a las comunidades para escuchar a la gente, sus reclamos, aspiraciones, molestias, incertidumbres e intenciones, pero al final

de cuentas, se siguen posicionando como garantes de poder y de control.

Por el otro, las comunidades pugnan por hacer valer sus derechos y cooperar con las instancias de gobierno en la administración de los recursos naturales, a los que según las leyes internacionales deben tener acceso preferente, cuando están en el subsuelo, y que son su propiedad cuando son parte de sus territorios. Ambas posiciones se cobijan en un contexto de democracia, pero una democracia entendida de diferente manera. Mientras que las instancias oficiales la entienden como un modelo de gobierno que legitima la administración y que se limita a ser un mecanismo de representación popular, las comunidades la entienden a manera de ejercicio del poder del pueblo y de negociación con las autoridades tanto federales como estatales y locales.

Desde nuestra perspectiva, la democracia no puede ser entendida sólo a manera de mecanismo de representación, ni de participación ciudadana controlada de acuerdo a los intereses y necesidades del sistema, sino que involucra un proceso mucho más profundo en el que las comunidades exigen, no sólo sus derechos como pueblos originarios, sino su derecho a

“hacer política”, exigen su incursión activa en el proceso de construcción de instituciones más democráticas y participativas, reclaman su visualización como sujetos políticos capaces de transformar y cuidar su realidad.

El camino es difícil, la tarea es, ni más ni menos, crear nuevos contenidos para enriquecer la democracia y disputarle al Estado un espacio en ésta. La disputa por la democracia es un proceso de diálogo, de construcción de consensos, de respeto mutuo, pero no de un respeto abstracto y discursivo, implica un compromiso por aceptar otras formas de entender la realidad y hacer la realidad, exige el voto de confianza al otro para poder administrar, cuidar, explorar, aprovechar sus recursos, no en nombre de “la nación” de todos y de nadie, “del bien común”, de la “utilidad pública” o de “la actividad económica preferente”, sino en nombre de quien ha vivido, vive y vivirá en un espacio determinado, que ha generado estrategias de supervivencia, de relación con su territorio, de apropiación de realidades aparentemente ajenas, y de superación de obstáculos que han puesto y ponen en riesgo su vida, como individuo y como comunidad.

Otra opción es una fórmula probada y que no necesariamente excluye al proceso legal. Es decir, si el proceso legal se acompaña de la construcción de la autonomía de facto, como sucede en Chiapas con la Organización Sociedad Civil Las Abejas o el ezln o en el estado de Michoacán en donde, legalmente las comunidades de Cherán y de Nurio aplican su autonomía, o como históricamente lo ha hecho muchas comunidades oaxaqueñas, entonces podemos pensar en un proceso con bases sólidas que, independientemente de que el resultado se encapsule en retóricas legalistas, abstraídas de la realidad y de los procesos histórico-sociales, se podría mantener un posicionamiento a largo plazo.

Los elementos que se podrían tomar en cuenta para emprender un proceso de construcción de autonomía, deberían estar apuntalados por la elaboración y aplicación de proyectos productivos que tiendan a generar soberanía alimentaria, y que impidan la dependencia a programas sociales asistenciales, compensatorios y de transferencias condicionadas, también de un eje técnico que permita cobijar el proceso político. En este sentido, en mayor o menor medida, la copuda lo ha experimentado, o por lo menos tiene los elementos para ello, pero es necesaria la concreción de un proceso que

involucre y tome en cuenta estos aspectos, más allá de la consulta, que en todo caso puede convertirse en una plataforma para la construcción de la autonomía.

También es imprescindible el diseño, elaboración y aplicación de procesos educativos, escolarizados y no, que introuyecten en los y las ciudadanas la necesidad de la defensa y cuidado de su territorio, y que preparen a las futuras generaciones para tomar la estafeta de la lucha indígena en contra del despojo territorial, cultural y legal.

Referencias

ADELANTADO, José y Scherer, Elenise (2008) Desigualdad, democracia y políticas sociales focalizadas en América Latina, en Revista Estado, Gobierno, Gestión Pública, núm. 11, junio, pp. 117-134. Consultado el 12-03-17. Disponible en:
<http://www.revistaeggp.uchile.cl/index.php/REGP/article/viewFile/14143/14445>

ANGUIANO, Arturo (2010) El ocaso interminable. Política y sociedad en el México de los cambios rotos. Editorial. Era, México.

APARICIO, W. Marco (2009) La libre determinación y la autonomía de los pueblo indígenas. El caso de México, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie, año, XLII, núm. 124 enero-abril, pp. 13-38. Consultado el 27-02-17. Disponible en:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715756001>

BARTRA, Armando y Otero, Gerardo (2008) Movimientos indígenas campesinos en México: la lucha por la tierra, la autonomía y la democracia, en Recuperando la tierra. El resurgimiento de movimientos rurales en África, Asia y América Latina, Sam Moyo y Paris Yeros [coord] Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO, Buenos Aires Argentina, pp. 401-428. Consultado el 13-01-17. Disponible en:
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/sursur/moyo/18BarOt.pdf>

BORON, Atilio (2003) La transición hacia la democracia en América

Latina: problemas y perspectivas, en Estado, capitalismo y democracia en América Latina, CLACSO Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, cap. VII pp. 227-262.

Consultado el 19-03-19. Disponible en:
<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100529022319/9capituloVII.pdf>

BROWN, Wendy (2015) El Pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo. Maplaso. Barcelona

BURCHARDT, Hans-Jürgen (2008) Desigualdad y democracia, en Revista Nueva Sociedad, núm. 215, mayo-junio, pp. 79-94. Consultado el 2-02-17. Disponible en:
<http://nuso.org/articulo/desigualdad-y-democracia/>

BUSTOS, T. Luis (1996) Educación popular. Lo que va de ayer a hoy, en Revista Última Década, núm. 004, pp. 1-9, Centro de Estudios Sociales, Valparaíso, Chile. Consultado el 22-01-17. Disponible en:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19500402>

CUEVAS, S. Juan M. (2014) Autoritarismo y democracia en América Latina: dos polos de

racionalidades hegemónicas sociales, políticas y culturales, en Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, vol. 9 núm. 1, enero-junio, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, pp. 111-129. Consultado el día 10-02-17. Disponible en:
<http://www.redalyc.org/pdf/927/92731211005.pdf>

DUE PROCESS OF LAW
FOUNDATION DPLF y OXFAM
(2015) El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos en su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Consultado el día 13-03-17. Disponible en:
http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf

FLORES, De la Cruz, S. (2009) Formación del Estado, sujetos sociales, sociedad civil y ciudadanía: puntos teóricos de partida para una investigación sobre movilizaciones sociales, Sociogénesis, Revista Electrónica de Sociología, Universidad Veracruzana,, núm. 2 julio-diciembre, pp. 2-32. Consultado

el día 4-03-17. Disponible en:
https://www.uv.mx/sociogenesis/n2/articulos/Flores_formacion_estado.pdf

FREIRE, Paulo (2002) *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI editores, España.

FREIRE, Paulo (1969) *Educación como práctica de la libertad*, Ed. Siglo XXI editores, Uruguay.

GLEDHILL John (2013) *Límites de la autonomía y autodefensa indígena. Experiencias mexicanas*, en *Oxímora Revista Internacional de Ética y Política*, núm. 2, pp. 1-21. Consultado el día 15-03-17. Disponible en:
<http://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/view/6291/8033>

HERNÁNDEZ D. Jorge y Juan M. Victor, L. (2007) *Dilemas de la institución municipal. Una incursión en la experiencia oaxaqueña*, Miguel Ángel Porrúa Editores.

HERNÁNDEZ D. Jorge y Juan M. Victor, L. (2011) *De la lucha por las autonomías a la disputa entre las autonomías: el municipio y la comunidad en Oaxaca*, en Verónica Vázquez García e Ivonne Vizcarra Bordi (coordinadoras). De

autonomías, patrimonios y ciudadanías. *Etnia y género en el campo del siglo XXI*, AMER-Colegio de posgraduados

HUDLET KAREN (comp.) (2016) *México: empresas y derechos humanos*, Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos CIEDH y Red DESC. Consultado el día 19-03-17. Disponible en:
http://www.greenpeace.org/mexico/Global/mexico/Docs/2016/Informe_Mx_Empresas_DDHH.pdf

JOSEPH, A. Jaime (2014) *Movimientos sociales y formación política. Desde la experiencia de CEAAL en los países andinos*, Consejo de Educación Popular de América Latina y el Caribe CEAAL, Lima Perú. Consultado el día 26-01-17. Disponible en:
http://biblioteca.clacso.edu.ar/Costa_Rica/ceaal/20160506023439/experiencias_andinas.pdf

JUAN M. Víctor, L. (2016) *Multiculturalidad, ciudadanía y derechos humanos. Tensiones en el ejercicio de la autonomía indígena*, Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH.

LA BELLE, Thomas J. (1980)
Educación no formal y cambio social
en América Latina, Editorial Nueva
Imagen, México.

LABASTIDA, Julio (1986)
Dictaduras y dictadores, Instituto de
Investigaciones Sociales UNAM,
Siglo XXI Editores, México.

LÓPEZ Pavel y GARCÍA G. Luciana
(Coordinadores) (2016) Pueblos
originarios en lucha por las
autonomías: experiencias y desafíos
en América Latina, Colección Abya
Yala, Editoria el Colectivo, CIDES-
UMSA, CLACSO, Buenos Aires,
Argentina. Consultado el día 10-02-
17. Disponible en:
[http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/
gt/20161130052844/PueblosOriginari
os.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20161130052844/PueblosOriginarios.pdf)

MARTÍNEZ E. Manuel (2007)
Autonomía de resistencia. Análisis y
caracterización de la autonomía en
las juntas de buen gobierno del
movimiento zapatista, Revista RIPS,
vol. 6 núm. 1, pp. 97-112.
Consultado el día 23-02-17.
Disponible en:
[http://www.redalyc.org/pdf/380/3806
0107.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/380/38060107.pdf)

MARTÍNEZ M. Juan C. (2011) La
nueva justicia tradicional.
Interlegalidad y ajustes en el campo
jurídico de Santiago Ixtayutla y Santa
María Tlahuitoltepec, UABJO-KAS.

MARTÍNEZ M. Juan C. (2004)
Derechos indígenas en los juzgados.
Un análisis del campo judicial
oaxaqueño en la región mixe,
Oaxaca, México, Instituto Nacional
de Antropología e Historia INAH y
Fondo Editorial Oaxaca.

MEIKSINS, Ellen (2000) El demos
versus “nosotros, el pueblo”: De los
conceptos de ciudadanía antiguos a
los modernos, en Meiksins Wood,
Ellen, Democracia contra
capitalismo. La renovación del
materialismo histórico, Cap. VII,
Siglo XXI Editores Centro de
Investigaciones Interdisciplinarias en
Ciencias y Humanidades, UNAM,
México, pp. 238-276.

MEJÍA, Marco R. (1990) Educación
Popular. Historia, actualidad,
proyecciones, Unión de Instituciones
Cruceñas, Asociación de
Instituciones de Promoción y
Educación, Consejo de Educación de
Adultos de América Latina, Santa
Cruz de la Sierra Bolivia.

MITCHEL, Timothy (1999).
“Society, Economy and the State
Effect” in *State/Culture: State
Formation after the Cultural Turn* ed.
George Steinmetz. Cornell University
Press, Ithaca y Londres.

NÚÑEZ HURTADO, Carlos (2004)
Aportes para el debate
latinoamericano sobre la vigencia y
proyección de la educación popular,
Revista La Piragua N°21, Vigencia
de la Educación Popular: Reflexiones
de educadores y educadoras de
América Latina, México, pp. 11-19.
Consultada el día 14-02-17.

Disponible en:
<http://ceaal.org/images/stories/Piragua%2021.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LOS
ESTADOS AMERICANOS OEA,
PROGRAMA DE LAS NACIONES
UNIDAS PARA EL DESARROLLO
PNUD (2011) Los caminos
diferenciados de la democracias en
América Latina, Plural Editores, La
Paz Bolivia. Consultado el día 19-03-
17. Disponible en:
https://www.oas.org/es/sap/docs/caminos_s.pdf

OROZCO LÓPEZ, Efrén (2015)
Lucha, resistencia y formación

política en la región Altos de
Chiapas, en Bautista Eduardo, Garza
Manuel y Matamoros Fernando
(coords.) *Participación y rupturas de
la política en México. Subjetividad,
luchas y horizontes de esperanza*, pp.
191- 210, Editorial Porrúa,
Universidad Autónoma Benito Juárez
de Oaxaca UABJO.

RADCLIFFE BROWN, Alfred
Reginald 1940. "Preface". *African
Political Systems*. London: Oxford
University Press. pp. xi–xxiii.

RECONDO, David (2007) La
política del gato pardo:
multiculturalismo y democracia en
Oaxaca, CEMCA-CIESAS.

TAMAYO FLORES, Sergio (2006)
Crítica de la ciudadanía y la
democracia sin adjetivos: ocho
escenas de un conflicto ciudadano en
la ciudad de México, *Secuencia*.
Revista de historia y ciencias
sociales, septiembre-diciembre, núm.
66, pp. 113-142. Consultado el día 23-
03-17. Disponible en:
<http://secuencia.mora.edu.mx/index.php/Secuencia/article/view/983/857>

SANHUEZA, Cristián, Saber Daniel,
Cavallaro Jámes, Contesse Jorge y
Rodríguez Cesar (2013) No nos

toman en cuenta. Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 182. Consultado el día 5-03-17.

Disponible en:

http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2013/09/NNTC_completo.pdf

SEQUERA, Jorge y Mateos, Elvira (2014) Micro-resistencias de la vida cotidiana. Las fracturas de las políticas urbanas neoliberales en Puerto Madero, Buenos Aires, en Revista Electrónica Scripta Nova, vol. XVIII, núm. 493 (22), Universidad de Barcelona, pp. 1-17. Consultado el día 12-03-17.

Disponilbe en:

<http://revistes.ub.edu/index.php/ScriptaNova/article/view/15011/18364>

SMEKE DE ZONANA, Yemy (2000) La resistencia: forma de vida de las comunidades indígenas, en Revista El Cotidiano, vol. 16, núm. 99, enero-febrero, pp. 92-102. Universidad Autónoma Metropolitana, Mexico. Consultado el día 14-02-17. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/325/32509909.pdf>

TAPIA, Luis (1987) La pasión histórica del conocimiento y la política. Un estudio-diálogo con la obra de René Zavaleta” en Autodeterminación 2, La Paz.

TILLY, Charles (2005) La democratización mediante la lucha. Revista Sociológica, núm. 57, enero-abril, pp. 35-59. Consultado el día 19-02-17. Disponible en:

<http://www.redalyc.org/html/3050/305024871003/>

TORRES CARRILLO Alfonso (2009) Educación popular y paradigmas emancipadores, en Revista la Piragua, N° 30, Educación Popular: Recreándola en nuestros tiempos, pp. 11-32, Panamá. Consultado el día 13-02-17.

Disponible en:

[http://ceaal.org/images/stories/La%20Piragua%2030\(2\).pdf](http://ceaal.org/images/stories/La%20Piragua%2030(2).pdf)

TOUILLOT, Michel R. (2001) The anthropology of the state in the age of globalization, in Current Anthropology, volume 42, number 1 February. 125-138.

VAN DE VELDE, Herman (2008) Educación Popular, Editorial Centro de Investigación, Capacitación y Acción Pedagógica, CICAP y

Facultad Regional Multidisciplinaria
FAREM, Nicaragua. Consultado el
día 29-03-17. Disponible en:
http://www.infodf.org.mx/escuela/curso_capacitadores/educacion_popular/03_educacion_popular_-_iii_edicion.pdf

VAN DIJK Silvia y DURÓN Sandra
(1986) Participando una experiencia
de educación popular, Unidad
Autónoma Metropolitana Unidad
Xochimilco, México.

VERA, H. Ramón (2014) Maíz,
soberanía alimentaria, autonomía y el
Tribunal Permanente de los Pueblos
(TPP). Reformas estructurales,
embates integrados, en Revista el
Cotidiano, núm.188, noviembre-
diciembre, pp. 35-50. Universidad
Autónoma Metropolitana Unidad
Azcapotzalco, México. Consultado el
día 21-03-17. Disponible en:
<http://www.elcotidianoenlinea.com.mx/pdf/18806.pdf>

ZAVALETA, M. René (1990) El
Estado en América Latina, Editorial
Los Amigos del Libro, Cochabamba,
Bolivia.

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 002-09-SAN-CC DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN:
del neoconstitucionalismo al nuevo constitucionalismo democrático en
Ecuador; una lectura crítica**

*ANALYSIS OF THE JUDGMENT NO. 002-09-SAN-CC OF THE
CONSTITUTIONAL COURT FOR THE TRANSITION PERIOD: from neo-
constitutionalism to the new democratic constitutionalism in Ecuador; a critical
reading*

Germana de Oliveira Moraes

Doctora en Ciencias Jurídico-Políticas
Profesora decana del Curso de pos-graduación en Derecho,
Universidad Federal de Ceará
Jueza Federal de la 5ª Región
Brasil

Artigo recebido em: 20/06/2017 Aprovado em: 06/09/2017

Resumen

Analiza la Sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Presenta aportes al constitucionalismo democrático de la Sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Aborda la permanencia del Estado constitucional y del carácter principialista del neoconstitucionalismo. Estudia la conformación por la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición de un nuevo sistema mixto de control de constitucionalidad. Analiza la afirmación de la Corte Constitucional como órgano máximo de interpretación constitucional, la consolidación por la Justicia Constitucional del carácter constitucional de los derechos establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados como derechos fundamentales, y por tanto, sujetos al control de constitucionalidad. Estudia el análisis de la constitucionalidad material del dictamen 01421, delimitado por la Normativa Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos, resuelta a partir de la interpretación del principio del Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo 1º de la Constitución del 2008) y de la consecuente posibilidad de aplicación de los principios generales de interpretación constitucional, en especial, de la Fórmula de peso, que estructura la ponderación de derechos, ínsita a la técnica de proporcionalidad.

Palabras-clave: Estado constitucional. constitucionalismo democrático. justicia constitucional. control de constitucionalidad. sentencia nº002-09-SAN-CC. Corte Constitucional del Ecuador.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Abstract

Analyzes Judgment No. 002-09-SAN-CC of the Constitutional Court of Ecuador for the transition period. It presents contributions to the democratic constitutionalism of Judgment No. 002-09-SAN-CC of the Constitutional Court of Ecuador for the transition period. It addresses the permanence of the constitutional state and the principalist character of neo-constitutionalism. It studies the formation by the Constitutional Court of Ecuador for the period of transition of a new mixed system of control of constitutionality. It analyzes the affirmation of the Constitutional Court as the maximum body of constitutional interpretation, the consolidation by the Constitutional Court of the constitutional character of the rights established in international treaties and conventions in the field of human rights, considered as fundamental rights, and therefore subject to the control of constitutionality. It studies the analysis of the material constitutionality of the ruling 01421, delimited by the Constitutional and International Norms of Human Rights, resolved from the interpretation of the principle of the Constitutional State of Rights and Justice (article 1 of the Constitution of 2008) and the consequent possibility of applying the general principles of constitutional interpretation, especially of the weight formula, which structures the weighting of rights, based on the technique of proportionality.

Keywords: Constitutional state. constitutionalism. constitutional justice. control of constitutionality. judgment nº002-09-SAN-CC. Constitutional Court of Ecuador.

1. LA SENTENCIA N° 002-09-SAN-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

La Corte Constitucional del Ecuador, el 02 de abril de 2009, mediante la Sentencia No. 002-09-SAN-CC, en el uso de su competencia para el Período de Transición (*artículo 44 numeral 3 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición*) resolvió la acción por incumplimiento propuesta por los ciudadanos Silvia Game Muñoz y Alfredo Luna Narváez en contra el dictamen No. 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Procurador General del Estado y en contra el acto administrativo omiso del Gerente General y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, por la presunta inaplicación del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades que establecía en su literal b) la exoneración de impuesto para la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años anteriores al modelo de la fecha de autorización realizada por el Consejo Nacional de Discapacidades.

Los accionantes, personas con discapacidad, informaron que el Gerente General y el Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana se negaron a embarcar sus automóviles ortopédicos en función del dictamen No. 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Procurador General del Estado en el que estableció la inaplicabilidad del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades por ser contrario al artículo 37 literal i) de la Ley Orgánica de Aduanas; artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres; y, artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz.

El citado dictamen No. 01421 de 23 de junio de 2008, según la Procuraduría General del Estado, pretende proteger los derechos al ambiente sano y del consumidor previstos en los artículos 163 y 272 de la Constitución Política de 1998, los cuales la aplicación del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades podría poner en riesgo.

Los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana afirmaron que han atendido oportunamente el requerimiento de los accionantes y que la importación no se realizó porque ellos no habían presentado la factura o proforma, a fin de individualizar el vehículo que pretendían importar, incumpliendo lo dispuesto por el artículo 44 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas y el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado.

En la Sentencia No. 002-09-SAN-CC, la Corte Constitucional del Ecuador ejerció el control de constitucionalidad de dos maneras: primero, como incidente de la resolución de un caso contencioso en contra de los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y a favor de la ciudadana Silvia Game Muñoz y del ciudadano Alfredo Luna Narváez. Después, ejerció el control abstracto de constitucionalidad oficioso del dictamen N° 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Señor Procurador General del Estado. No obstante haya entendido que la pretensión de los accionantes relacionada a la inconstitucionalidad del dictamen 01421 no pudiese ser objeto de revisión vía acción por incumplimiento, decidió que "*la Corte no puede dejar de referirse a la constitucionalidad del dictamen 01412 y de otras normas inmersas en el caso*", porque "*a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, como en efecto es la acción por incumplimiento, el juez constitucional está facultado para revisar el fondo de un asunto controvertido*". (1)

En el control concreto de constitucionalidad, como incidente como órgano de revisión judicial de la resolución

de un caso contencioso en contra de los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, la Corte Constitucional del Ecuador examinó cuatro importantes cuestiones: 1º) la competencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición; 2º) la naturaleza, alcance y efectos de la Acción por Incumplimiento; 3º) la aplicación temporal del dictamen N° 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Señor Procurador General del Estado y la consecuente conclusión por la irretroactividad del citado acto del Poder Público; 4º) atribución de sentido al vocablo "factura" previsto en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, valiéndose de la interpretación conforme el artículo 44 de la Ley Orgánica de Aduanas.

En el control abstracto del dictamen N° 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Señor Procurador General del Estado, cabe resaltar cuatro relevantes temas jurídicos: 1º) el examen de los límites de la jurisdicción constitucional, al investigar la pertinencia, en el ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano, de la declaratoria de inconstitucionalidad de oficio de normas conexas para el caso concreto; 2º) la incompetencia de la Procuraduría General del Estado, bajo la Constitución de 2008, para hacer la interpretación constitucional, lo que incluyó la investigación de la naturaleza jurídica de esos actos, en el ejercicio del control oficioso de la constitucionalidad formal del dictamen antes citado; 3º) la consolidación por la Justicia Constitucional del carácter constitucional de los derechos establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados como derechos fundamentales, y por tanto, sujetos al control de constitucionalidad; 4º) el análisis de la constitucionalidad material del dictamen 01421, delimitado por la Normativa Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos, resuelta a partir de la aplicación de los principios constitucionales, en especial de la fórmula

de la técnica de la ponderación, ínsita al criterio de proporcionalidad y expresa en la fórmula del peso de Robert Alexy.

En el ejercicio del control concreto de constitucionalidad del dictamen en contra de los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, la Corte Constitucional del Ecuador procedió a la interpretación conforme del artículo 44 de la Ley Orgánica de Aduanas. Negó la acción por incumplimiento planteada en contra del Procurador General del Estado, por improcedente, considerando la imposibilidad de aplicación retroactiva del dictamen N° 01421, que no afecta los derechos de los accionantes, una vez que haya sido emitido en fecha posterior al momento en que obtuvieron las respectivas autorizaciones del CONADIS y al amparo de lo previsto en los dictámenes N° 27235 y 27338 de 24 y 25 de agosto de 2006. En contra del Señor Gerente de la Corporación Aduanera Ecuatoriana concedió la acción por incumplimiento y con apoyo en los artículos 86 numeral 3 de la Constitución de la República y 44 numeral 3 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, determinó a los representantes de la Corporación Aduanera Ecuatoriana que cumplieren con el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades y con los dictámenes emitidos por el Señor Procurador General del Estado el 24 y 25 de agosto de 2006, que no impiden las exenciones tributarias para la compra de vehículos ortopédicos o no ortopédicos usados hasta antes de tres años, en el plazo de 15 días, a partir de la presentación de las facturas, proformas o documentos asimilables para el caso de automóviles usados para emitir órdenes de embarque de los automóviles ortopédicos de hasta tres años de fabricación, solicitadas por las partes.

En el ejercicio de oficio del control abstracto de constitucionalidad del dictamen 01421 (art. 436 numeral 3 de la

Constitución de la República), reconoció la incompetencia de la Procuraduría General del Estado para interpretar la Constitución y declaró, además, la inconstitucionalidad por el fondo del dictamen N° 01421 de 23 de junio de 2008 por ella emitido y su expulsión del ordenamiento jurídico, debiendo, en consecuencia, *"el Señor Procurador General del Estado en adelante, abstenerse de emitir dictámenes en los que se haga interpretación de normas constitucionales, bajo pena de incurrir en arrogación de funciones"*. (2)

La Corte garantizo, así, los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, como las personas con discapacidad, los cuales concretizan el principio constitucional de la igualdad y no discriminación (art. 11.2 de la Carta Constitucional del 2008), las exenciones de impuestos para la compra de vehículos ortopédicos o no ortopédicos usados hasta antes de tres años, apoyadas (art. 35.4) y autorizadas (artículo 47.4) por la Constitución de 2008 y en diversos instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es parte, además de previstos en la regla del artículo 23 de la Ley Reformativa a la Ley de Discapacidades.

2. APORTES AL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DE LA SENTENCIA NO. 002-09-SAN- CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

La Sentencia No. 002-09-SAN-CC, emitida, en 2009, por la Corte Constitucional, con este importante precedente judicial del período de transición del Derecho constitucional ecuatoriano, *no obstante* la adopción de fundamentos de la teoría neoconstitucionalista, para motivarla, contiene, además, relevantes aportes al constitucionalismo democrático en

América Latina, con la apertura de caminos para su consolidación jurisprudencial y doctrinaria. Sea porque los fundamentos teóricos por ella adoptados, recogidos del neoconstitucionalismo, persisten en la conformación de la doctrina del nuevo constitucionalismo latino americano, sea porque indicó nuevos rumbos para significativos cambios introducidos por la Constitución ecuatoriana del 2008.

a) La permanencia del Estado constitucional y del carácter principista del neoconstitucionalismo

En la Sentencia N° 002-09-SAN-CC, la Corte Constitucional del Ecuador, adoptó expresamente, con apoyo en la doctrina de Miguel Carbonell, Ricardo Guastini, Carolina Silva Portero, entre otros, una comprensión del Derecho, inspirada en el neoconstitucionalismo principialista.

De modo explícito, ratificó, siguiendo la teoría neoconstitucionalista, la permanencia del Estado constitucional y del carácter principialista y que persisten en el constitucionalismo democrático de Latinoamérica, *"las posiciones sobre la necesaria impregnación constitucional"*, el reconocimiento de *"la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico"* y el fortalecimiento de *"su presencia determinante en el desarrollo e interpretación del mismo"* (3)

Conforme se lee en la Sentencia, la Corte Constitucional del Ecuador no aceptó las técnicas de interpretación del Procurador del Estado, porque estarían inmersas en la ciencia jurídica del Estado liberal, marcada por el paradigma del positivismo, según el cual:

"el papel del operador jurídico se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas, el juez era la boca de la ley" y "el Parlamento conformado por la

burguesía, era el que ejercía dominio sobre cualquier otra función del Estado, así, vía legal se restringían derechos, se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios (contenido material) pasaban a un segundo plano".

Se afirma en la Sentencia, a partir de la interpretación:

"de la nueva forma o modelo de Estado, contenida en el artículo 1 de la Constitución de la República (2008) profundamente distinto de aquel previsto en la Constitución Política de 1998 (...) El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia", que "el Ecuador ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley o acto a la Constitución de la República." (4)

Se destacan en la transcripción anterior y en el excepto abajo reproducido, recogidos de la citada Sentencia, rasgos marcantes del paradigma del neoconstitucionalismo, vale decir, el Estado constitucional en el cual prevalecen la fuerza de la Constitución y de los principios, conforme expresado en su motivación:

"El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho sometiendo todo poder (legislativo y ejecutivo, incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir, que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social" (5)

Con apoyo en la teoría neoconstitucionalista principista, en la Sentencia No. 002-09-SAN-CC de 2009, la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, parte de la premisa de que:

"el contenido material del constitucionalismo encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, los mismos que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. Así, dentro de una adecuada interpretación constitucional, las reglas deben ser interpretadas siempre a la luz de los principios y valores previstos en la Constitución. Los principios constituyen la materialización de los derechos y su estructura (normas éticas) hace necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de Derecho" (6)

Al reconocer que los principios hacen parte del ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano, que el Derecho se ha re materializado y el contenido material del constitucionalismo encuentra reflejos en principios (mandatos de optimización) y valores, y que los mismos generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional en el ejercicio de las competencias para el Período de Transición, dio continuidad y amplió el perfil principialista heredado de la Teoría del neoconstitucionalismo e incorporado al nuevo constitucionalismo ecuatoriano por la Carta Política del 2008. Aunque la Constitución del 1998, en el artículo 18 (7) no hubiera realzado la fuerza de los principios como criterio de interpretación, en la Sentencia N° 002-09-SAN-CC, la Corte, cuando interpretó el principio fundamental antes mencionado, se apoyó en la disposición literal de la parte final del artículo 427 de la Constitución del 2008, según la cual *"En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional"*.

Como destacan Viciano Pastor y Martínez Dalmau, al caracterizar el nuevo constitucionalismo latino americano:

"las nuevas constituciones son esencialmente principistas. Los principios, tanto implícitos como explícitos, abundan en sus textos, en detrimento de las reglas que, aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es necesaria para articular la voluntad constituyente. El efecto jurídico de los principios, principalmente como criterios de interpretación, es incuestionable y, en determinadas ocasiones se hace referencia expresa a ellos al determinar el razonamiento vinculante de los tribunales constitucionales con base en el tenor literal del texto, o en la constitución en su integralidad."(8)

"Como fruto de la constante y renovada relación dialéctica entre los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, el "derecho por reglas" del Estado de Derecho cedió lugar, en el constitucionalismo contemporáneo, al "derecho por principios". (...) Se observa en los días de hoy, esa tendencia a la cristalización de los principios en normas escritas, sobre todo mediante la constitucionalización de principios enunciados, primitivamente, por la jurisprudencia y por la doctrina. (...) Actualmente, no se cuestiona la idea de que el ordenamiento jurídico está formado tanto por reglas (o normas en sentido estricto), como por principios generales." (9)

Fijadas tales premisas, la Sentencia No. 002-09-SAN-CC aplicó el principio fundamental "Estado Constitucional de derechos y Justicia", resolviendo el caso, "de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional". La motivación de la Sentencia reside con prioridad en la atribución del sentido a la fórmula del paradigma del "Estado Constitucional de derechos y Justicia", contenida en el artículo 1 de la Constitución de la República (2008) e insertada en el Capítulo de los Principios fundamentales:

Art. 1.- *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia*

social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Según la Corte Constitucional, la interpretación contenida en el Dictamen del Procurador General del Estado, bajo examen, resultaría "desproporcionada, irrazonable, inconstitucional y atentatoria al principio del Estado Constitucional de derechos, consagrado en el artículo 1 de la Constitución de la República." (10)

Conforme consta en la Sentencia:

"el análisis de aplicabilidad e inteligibilidad efectuado por el Señor Procurador General del Estado con respecto a normas legales, supra legales, (Convenio Automotriz) y constitucionales no llevó en consideración criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que justifiquen el fin logrado, más aún, si se considera que dicho análisis de aplicabilidad ha repercutido directamente en el ejercicio de derechos fundamentales e inherentes a la población discapacitada", derechos garantizados en la Constitución de la República, en Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador y normas de rango legal". (11)

Tras invocar las lecciones de Miguel Carbonell, para quien "entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad", entre otros citados, con soporte en la Teoría de los Derechos Fundamentales y en la Fórmula del peso, de Robert Alexy, utilizó la ponderación, inherente a la proporcionalidad, como el método de aplicación de los principios, para dirimir las antinomias detectadas en la cuestión de fondo que involucra el examen de la inconstitucionalidad en el caso, conforme se verá a continuación.

La Sentencia, al seguir el análisis de Miguel Carbonell sobre "El neoconstitucionalismo en su laberinto", el

cual enfatiza las conexiones entre los textos constitucionales posteriores a la segunda guerra mundial "que contienen altos niveles de normas materiales", con las prácticas jurisprudenciales en parte resultantes de esas normas y los desarrollos teóricos novedosos, "los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial" que "contribuyen en ocasiones no solamente para explicar un fenómeno jurídico, incluso a crearlo" (12), coherentemente, optó por la ponderación, como una de las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, con base en la Ciencia del Derecho, mediante la aplicación de la Fórmula del peso, desarrollada en la Teoría de Robert Alexy.

b) La conformación por la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición de un nuevo sistema mixto de control de constitucionalidad: el fortalecimiento de la competencia de control jurisdiccional

Más allá de adoptar un constitucionalismo principialista, al garantizar los derechos de las personas con discapacidad, tratadas por la Constitución ecuatoriana de 2008 (art. 35) como personas de atención prioritaria, la Corte Constitucional expandió las fronteras del control de constitucionalidad, con la conformación de un innovador modelo de Justicia Constitucional, mediante la sofisticación del sistema mixto y, precisamente en este caso, mediante la aplicación del principio de conexidad, cuanto al control abstracto.

Según Patricio Pazmiño Freire, "característica esencial del modelo constitucional nacido en Latinoamérica es la irrupción de un nuevo sistema de control constitucional". Explica el autor en su libro "Aproximación al nuevo constitucionalismo - Debates sobre sus fundamentos":

"Los estudiosos del derecho público comparado han resaltado con un elemento novedoso de la nueva ola constitucional

iberoamericana, la tendencia a la transformación del tradicional sistema difuso de control constitucional heredado del constitucionalismo norteamericano por un modelo mixto más cercano al paradigma europeo de control constitucional concentrado, eso sí introduciéndole substanciales y significativas modificaciones" (13)

Dicha Sentencia fortaleció la Jurisdicción constitucional ecuatoriana, al expandir sus fronteras: estableció importantes marcos para la delimitación de las competencias de la Corte Constitucional, como organismo de cierre, responsable por la supremacía de la Constitución y por la armonía y estabilidad del ordenamiento jurídico, competencias éstas de revisión judicial de constitucionalidad y de interpretación constitucional. Suministró parámetros para la nueva configuración del sistema híbrido de control de constitucionalidad previsto en la Constitución de 2008. En fin, delineó los primeros trazos del nuevo dibujo de un modelo latinoamericano innovador de Justicia Constitucional.

La Corte Constitucional del Ecuador, el 02 de abril de 2009, mediante la Sentencia N° 002-09-SAN-CC, en el ejercicio de su competencia para el Período de Transición, establece un importante marco procedimental para la redefinición del perfil de un nuevo sistema de control de constitucionalidad, en el cual se destaca como característica principal una conformación mixta, en la cual coexisten mecanismos procesuales del tradicional sistema difuso de control de constitucionalidad de revisión judicial por jueces ordinarios, inspirado en el constitucionalismo norteamericano, con el sistema abstracto de control de constitucionalidad el cual se viabiliza mediante la actuación de la Corte

Constitucional encargada de tutelar la supremacía de la Constitución, de acuerdo con los moldes del modelo europeo.

En esta Sentencia, configuradora de un nuevo sistema mixto de control de constitucionalidad, se destaca, además, en lo que concierne al control abstracto, el examen de la pertinencia en el ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano, de la declaratoria de oficio de inconstitucionalidad de normas conexas para el caso concreto.

2.1 El examen de los límites de la jurisdicción constitucional, al investigar la pertinencia, en el ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano, de la declaratoria de oficio de inconstitucionalidad de normas conexas para el caso concreto

En el constitucionalismo ecuatoriano, se afirma el principio de conexidad, esa novedad introducida por la Constitución de 2008, en cuanto a control abstracto, conforme el numeral 3 del artículo 436:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

Según Agustín Grijalva Jiménez:

"esta atribución permitirá a la Corte no permanecer impasible e impotente cuando detecte normas jurídicas inconstitucionales relacionadas directamente con normas jurídicas de las cuales se ha demandado su inconstitucionalidad. La actuación de oficio por un Tribunal Constitucional,

como se sabe, es excepcional, pero en este caso la excepción es razonable puesto que si los jueces ordinarios pueden suspender o no aplicar una norma jurídica en una causa, con mayor razón la Corte Constitucional debe estar facultada para realizar tal control, pero con efectos definitivos dado su carácter de órgano de cierre" (14)

La posibilidad de la Corte Constitucional, en la condición de organismo concentrado de control de la constitucionalidad, conocer y declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas para el caso concreto involucra la controvertida problemática de la auto-contención o de los límites de la jurisdicción, ya comparable, en la expresión de Schneider *"a la cuestión de la cuadratura del círculo"*. (15)

Actualmente, la legitimidad democrática de la ampliación de las competencias de los organismos judiciales de control directo de constitucionalidad viene siendo objeto de varios debates actuales entre los constitucionalistas. Contra la alegación de déficit democrático, se contraponen Carlos Gaviria, al tratar de la actuación de la Corte Constitucional de Colombia, presentando una justificativa democrática para sus procedimientos:

De manera que, si nosotros vamos a justificar los procedimientos de la Corte Constitucional podemos decir esto: si el constituyente originario es el depositario de la voluntad popular y si ese constituyente le dio a la Corte las facultades que le dio, y en función de los fines que los consigné y con el propósito fundamental de conseguir la paz, a los jueces les corresponde aplicar la justicia constitucional, tanto por la vía de la acción de inconstitucionalidad como por la vía de amparo, por la vía de la tutela.

Amparar esos derechos con el objeto de contribuir a que Colombia sea una sociedad democrática, una

sociedad equitativa, una sociedad decente, donde, por fin, la paz pueda tener lugar, a la manera de sociedades donde la situación es distinta, en donde la democracia se aproxima a una vigencia plena. La democracia, de todos modos, es una utopía, en el sentido de que es difícil señalar una sociedad donde el ideal democrático tenga una vigencia plena, pero sí hay sociedades que se acercan bastante a ese ideal democrático. Nosotros estamos bastante alejados de ese ideal, y por tanto, el ideal de la paz y el ideal de la democracia en Colombia van de la mano, y la Corte Constitucional lo que ha hecho, no es usurpar la legitimidad al Congreso, sino cumplir una función que le atribuyó el constituyente y en función de los propósitos que éste tenía en mente. (16)

La Corte constitucional ecuatoriana, además de ampliar los límites del control judicial de la constitucionalidad de los actos normativos, afirmó su competencia como órgano máximo de interpretación constitucional.

c) **La afirmación de la Corte Constitucional como órgano máximo de interpretación constitucional: la delimitación de la competencia de la Procuraduría General de la República para emitir dictámenes interpretativos de la Constitución**

La Corte constitucional ecuatoriana, además de ampliar los límites del control judicial de la constitucionalidad de los actos normativos, afirmó su competencia como órgano máximo de interpretación constitucional, ante el Poder ejecutivo, al delimitar la competencia de la Procuraduría General del Estado para emitir dictámenes interpretativos de actos normativos.

En el control abstracto de oficio (art. 436 - 3 de la Constitución de 2008) del dictamen N° 01421 de 23 de junio de 2008

emitido por el Señor Procurador General del Estado, hizo el análisis de la constitucionalidad formal u orgánica y concluyó por la **incompetencia de la Procuraduría General del Estado para interpretar la Constitución.**

En la Sentencia N° 002-09-SAN-CC analizó la constitucionalidad del citado dictamen y la conformidad con el artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República de 2008 de los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que lo facultó a emitir dictámenes vinculantes sobre la forma en que deben ser entendidas y aplicadas las normas constitucionales, al pronunciar juicios de inteligencia o aplicabilidad de las normas de carácter constitucional.

La Corte entendió que el juicio de inteligencia y aplicación de leyes que la Procuraduría General del Estado efectúa resulta una interpretación y que, en la especie, *"El señor Procurador, en ejercicio de su interpretación, determinó la forma como debían entenderse y aplicarse los artículos 53, 163, 23 numeral 3, 92 y 272 de la Constitución Política de la República de 1998 (vigente en ese entonces) y 6 del Convenio de Complementación en el sector Automotriz"* (19)

Decidió, sin embargo, que el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado *"en lo relacionado a la solución de consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de normas constitucionales se encuentra en manifiesta contradicción al respecto de los preceptos constitucionales del artículo 429 y 436 numeral 1* los cuales consagran la corte constitucional como "órgano máximo de interpretación" y "la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano", como también al respecto del artículo 237 numeral 3 que restringe la función de asesoramiento legal y la *solución* de las consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o

aplicación de la ley, solamente *en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades y organismos*. En las palabras claras de la Jueza Constitucional Sustanciadora Doctora Ruth Seni Pinoargote:

"Resulta necesario recordar que, bajo el régimen de la Constitución de 1988, el Tribunal Constitucional del Ecuador no fue el máximo órgano de interpretación constitucional, y por tanto, no existía yuxtaposición de competencias con respecto a la facultad interpretativa - constitucional del Procurador General del Estado. No obstante, con la vigencia de la nueva Constitución de la República, la Corte Constitucional del Ecuador, órgano rector de la Justicia Constitucional, se convierte en la máxima instancia de interpretación y control constitucional."

La Corte Constitucional optó para la resolución de este caso por restringir la aplicación del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante la sentencia "reductora" con operación "ablative". Resuelve "mediante inconstitucionalidad reductora la expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano de la palabra "constitucionales" que consta en el artículo 3 literal e) y artículo 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado".

En el control abstracto de oficio del dictamen N° 01421 de 23 de junio de 2008 emitido por el Señor Procurador General del Estado, en la Sentencia N° 002-09-SAN-CC, procedió a la inconstitucionalidad reductora de los artículos 3 literal e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y concluyó por la incompetencia de la Procuraduría General del Estado para emitir dictámenes en los que se haga interpretación de normas constitucionales.

Así, no se manifestó expresamente sobre la inconstitucionalidad formal del

dictamen 01421, limitando el control de la constitucionalidad de este acto del poder público en su aspecto material.

Los artículos 3 e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado los cuales atribuían la competencia al Procurador General para emitir dictámenes de interpretación constitucional no fueron todavía *acogidos* por la nueva Constitución de la República del 2008. Por vía de consecuencia, el dictamen 01421, a falta de amparo legal y por incompetencia del Procurador General del Estado, tampoco fue *acogido* por el nuevo orden constitucional ecuatoriano.

Se cuestiona si la declaración de la inconstitucionalidad formal del dictamen 01421 de la Procuraduría General del Estado no sería suficiente para expulsarlo del ordenamiento jurídico ecuatoriano y así garantizar las exenciones tributarias a toda la población discapacitada o, por otro lado, si sería realmente necesario también ejercer el control de fondo. Por lo que parece la respuesta sería afirmativa y por lo tanto no sería necesario avanzar en el ejercicio del control de su constitucionalidad material.

No obstante, la Corte Constitucional para el período de transición, en la Sentencia N° 002-09-SAN-CC, a mí parece que para no se excusar de ejercer el control de la constitucionalidad de fondo del citado dictamen 01421, optó por la técnica ablativa.

Estableció como límites del análisis de la constitucionalidad material abstracta del dictamen 01421 del Señor Procurador General del Estado, además de la Normativa Constitucional, la Normativa Internacional de los Derechos Humanos.

- d) **La consolidación por la Justicia Constitucional del carácter constitucional de los derechos establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados**

como derechos fundamentales, y por tanto, sujetos al control de constitucionalidad.

Se observa, además, en la Sentencia N° 002-09-SAN-CC, la consolidación por la Justicia constitucional ecuatoriana del carácter constitucional de los derechos establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados como derechos fundamentales, y por tanto, sometidos al control de constitucionalidad.

La Corte constitucional, además de reafirmar la internalización en el ordenamiento jurídico de los tratados y convenios internacionales ratificados por Ecuador y el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos humanos en ellos establecidos, lo que ya constaba en el orden constitucional precedente (artículos 18 y 163 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1988) (v. notas 2 e 6), consideró la Normativa Internacional de Derechos humanos como límite de **todo el ordenamiento jurídico**, y, también, su sumisión al control de constitucionalidad. En este punto, se identifica un avance más en el sentido de la concretización del nuevo constitucionalismo ecuatoriano.

Para Patricio Pazmiño, uno de los rasgos del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo corresponde "*al triunfo definitivo de la tesis del carácter constitucional directo del derecho internacional de los derechos humanos sobre los ordenamientos constitucionales nacionales, lo que implica reconocer el carácter fundamental de los derechos establecidos en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.*" (17)

Los accionantes arguyen que el incumplimiento del artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades viola las disposiciones contempladas en los siguientes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, de los cuales el

Ecuador es parte: 1) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (art. 11); 2) Observación N° 5 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las personas con discapacidad, en relación al artículo 11 del PIDESC; 3) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador (art. 18); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 20 literal b); 4) Acuerdo de Cartagena y Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia (Art. 1; 5) Carta Andina de Derechos Humanos (art. 48).

Según la Corte Constitucional, en su dictamen, el Señor Procurador del Estado optó por aplicar el Convenio de Complementación en el sector Automotriz, un instrumento con materia comercial, la Ley Orgánica de Aduanas y La Ley de Tránsito y Transportes Terrestres, y, así, desaplicó los derechos humanos relacionados a las personas discapacitadas, protegidos por inúmeros tratados internacionales, contemplados como derechos fundamentales en la Carta constitucional ecuatoriana y previstos de modo expreso en el artículo 23 de la Ley Reformatoria de la Ley sobre Discapacidades del país.

Se lee en la Sentencia:

En el momento en que el Señor Procurador atribuyó una jerarquía superior al Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, por sobre el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, vulneró preceptos contemplados en la Constitución y en otros instrumentos internacionales, que lógicamente prevalecen sobre cualquier norma de rango legal. Los derechos humanos constituyen el límite de cualquier Convenio o instrumento en materia comercial y por consiguiente, siempre prevalecerán sobre éstos. Así también, los instrumentos internacionales de Derechos humanos

ratificados por el Ecuador prevalecen sobre cualquier norma de rango legal, como en efecto son la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres. (18)

La Corte Constitucional del Ecuador, con base en los principios concernientes al ejercicio de los derechos, previstos en los artículos 11 numeral 3 e 426 de la Constitución del 2008, concluyó que la Normativa Internacional de los Derechos Humanos constituye límite de todo el ordenamiento jurídico.

Los citados artículos de la Carta Fundamental reconocen la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador es parte. El artículo 426 de la Constitución ecuatoriana actual atribuye a las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, el deber de aplicación directa de las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

En ese caso ecuatoriano, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos fueron invocados por los accionantes, en favor del derecho de las personas discapacitadas que, con apoyo también en el principio constitucional de la igualdad y no discriminación, reivindican para sí y para la población discapacitada en general, la importación libre de impuestos de automóviles ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años anteriores al modelo de la fecha de autorización, conforme contemplan las disposiciones del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades.

Así, la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición estableció como límites del análisis de la constitucionalidad material abstracto del dictamen 01421 del Señor Procurador

General del Estado, además de la Normativa Constitucional, la Normativa Internacional de los Derechos Humanos.

e) **El análisis de la constitucionalidad material del dictamen 01421, delimitado por la Normativa Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos, resuelta a partir de la interpretación del principio del "Estado Constitucional de Derechos y Justicia", (artículo 1° de la Constitución de 2008) y de la consecuente posibilidad de aplicación de los principios generales de interpretación constitucional, en especial, de la fórmula de ponderación de principios, ínsita a la técnica de proporcionalidad.**

Si no más subsiste ley en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que autorice el Procurador General del Estado a emitir dictámenes de interpretación constitucional, el dictamen 01421, impugnado, resulta inválido, por vicio de incompetencia, de modo que no hay como superar la cuestión relativa a la suficiencia del control formal del dictamen 01421 y a la consecuente falta de necesidad del control de fondo.

Tampoco parece posible ejercer la competencia jurisdiccional atribuida por el artículo 436 - 3, a la Corte para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas conexas, porque, en cuanto a este aspecto, la Corte realizó el análisis de la constitucionalidad material del dictamen 01421 en sí mismo y no de otras normas a él conexas.

De toda suerte, la opción de la Corte Constitucional del Ecuador por la aplicación parcial de la Fórmula del Peso, de Robert Alexy, para solucionar "conflicto de derechos", tal como consta en la Sentencia en cuestión, suscita algunas reflexiones.

Se sabe, y así consta en la Sentencia N° 002-09-SAN-CC "*mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios mediante ponderación*" (fl. 30) de modo que la fórmula del peso desarrollada por Robert Alexy se destina a solucionar la colisión de principios y no, como fue hecho en la Sentencia, a dirimir el conflicto entre derechos previstos en reglas.(19)

A pesar del uso de la expresión "ponderación de derechos", en verdad, lo que se hizo en la Sentencia fue una ponderación entre los principios constitucionales de igualdad y no discriminación (art. 11.2) y los principios constitucionales que garantizan los derechos a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (art. 23 -6) y los derechos de los consumidores, previstos en la Constitución de la República del Ecuador de 1998.

Es posible notar, además, una confusión terminológica entre los derechos a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (art. 23.6 de la Constitución de 1998) con los derechos del medio ambiente (art. 3.3 de Constitución de 1998) considerados indistintamente como una de las variables de la fórmula del peso en contraposición a la otra variable, el derecho a exención tributaria de la población discapacitada contemplado por los artículos 11.2, 35 y 47.4 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

A primera vista, llama la atención que la atribución de peso a "los derechos", o mejor, "a los principios", haya sido hecha, injustificadamente, con base en preceptos contenidos en Cartas constitucionales distintas. En cuanto a la acción afirmativa de las exenciones tributarias que concretiza el deber estatal de atención prioritaria a las personas con discapacidad y el principio de igualdad y no discriminación, con amparo, en la Carta de la República del Ecuador 2008 y en cuanto a "los derechos al medio ambiente sano", con amparo en las normas

de la constitución ecuatoriana anterior de 1998.

Otro punto a considerar sería interrogar si, no obstante las disposiciones literales del artículo 11 literal 6 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (art. 11. 6. Todos los Principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía), existiría en el nuevo orden constitucional ecuatoriano una disposición semejante "a la inviolabilidad de la dignidad humana", tratada en parte como regla y en parte como principio, en la órbita de la cual existiría un amplio abanico de condiciones de precedencia que confiere prevalencia a un determinado principio sobre los demás principios. En este punto, se cuestiona si hay realmente equivalencia o igual jerarquía entre los pesos abstractos de los principios de igualdad y el de protección al medio ambiente.

Esa interrogante tiene sentido ante la constitucionalización del Buen Vivir o *Sumak kawsay* en la Carta Fundamental de 2008, que ya en su Preámbulo proclama la decisión del pueblo soberano del Ecuador de "*construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay*". Después, en el artículo 14 " se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumakkawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. Finalmente, el Art. 10 y el capítulo séptimo (art. 71 a 74) reconocen los derechos de la naturaleza. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución. (art. 10). "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a

que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos(art. 71)."

¿El Buen Vivir debería haber sido tenido en cuenta en el proceso de tomada de decisión de la Corte? Considerando los artículos de la Constitución de 2008 citados antes sobre la protección al medio ambiente, en particular en el artículo 14, la variable relativa a "los derechos del medio ambiente y del consumidor", ¿debería haber tenido en cuenta el Buen Vivir? ¿Por qué?

Robert Alexy, el referente teórico elegido por la Corte en esta Sentencia, afirma que la máxima de proporcionalidad proviene lógicamente de la naturaleza de los principios, considerada la proporcionalidad en sus tres máximas parciales, de adecuación, de necesidad (mandamiento del medio menos gravoso) y de la proporcionalidad en sentido estricto (mandamiento de sopesar propiamente dicho). (20)

Al explicitar la estructura de la ley de la ponderación, o de la Fórmula del Peso, sustenta Robert Alexy que la racionalidad está contenida en la propia idea general de proporcionalidad:

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. Esta estructura elemental muestra que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación, como por ejemplo Habermas o Schlink, cuando afirman que la ponderación, "para la que hacen falta criterios racionales", se lleva a cabo "de

manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado" cuando dicen que "en el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva [...se hace valer] sólo la subjetividad del juez" y que "las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto [...] en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo"(21)

Conforme se observa, la máxima de la proporcionalidad y, en particular, la submáxima de adecuación del principio de la proporcionalidad, según la cual la medida solamente será adecuada, idónea, o apropiada se fuera de naturaleza a alcanzar el resultado que se busca, se intercepta con la noción de racionalidad.

En la jurisprudencia constitucional y en la doctrina anglosajónica, la irracionalidad se define como "la tomada en consideración por la autoridad decisoria, de elementos impertinentes, o al olvido de otros elementos pertinentes". (22)

¿Sería el Buen Vivir un elemento pertinente, imprescindible a la tomada de decisión? Podrían los jueces constitucionales, en el oficio de interpretación de la Constitución, recurrir a la Ciencia del Derecho para conferir un significado al Buen Vivir?

Conforme explica Raul Zaffaroni sobre el Buen Vivir o *Sumak kawsay*, en su libro "Pachamama y el Humano", "el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a un verdadero ecologismo constitucional. La invocación de Pachamama va acompañada de la exigencia de su respeto, que se traduce en la regla básica ética del *sumak kawsay*, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética – no la moral individual - que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben

relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza."

Según Zaffaronni:

No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente.

(...)De este modo, Gaia, que entre nosotros se llama Pachamamay no llega de la mano de elaboraciones científicas, sino como manifestación del saber de la cultura ancestral de convivencia en la naturaleza, se incorpora al derecho constitucional como otro aporte del constitucionalismo latinoamericano al universal, así como en Querétaro –en 1917- se inauguró nada menos que el constitucionalismo social.(23)

Rubén Martínez Daumal afirma que el Buen Vivir es seguramente una de las incorporaciones más relevantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamenta el proyecto constitucional ecuatoriano en el objetivo filosófico-jurídico de alcanzar El Buen Vivir de la población, planteado como marco de derechos y obligaciones, y que *"el Buen Vivir es, por esta razón, no solo un objetivo de los poderes públicos, sino un límite al ejercicio de gobierno que, en caso de actuar en contra de la previsión constitucional, estaría vulnerando la Constitución, y activaría todos los mecanismos constitucionales previstos para paliar esta situación."*(24)

Si en la Sentencia tenía en cuenta el Buen Vivir, no sé si la decisión sería diferente. Incluso podría ser el mismo. Para mí, esta Sentencia se puede clasificar dentro *"los casos difíciles"*, así llamados por Ronald Dworkin

3. CONSIDERACIONES FINALES

La Corte Constitucional del Ecuador, el 02 de abril de 2009, mediante la Sentencia No. 002-09-SAN-CC, en el uso de su competencia para el Período de Transición, al hacer el análisis de la constitucionalidad material, mediante la aplicación de la Fórmula de Peso de Robert Alexy, con la ponderación entre las exenciones tributarias que concretizan, con amparo en el principio de la igualdad y no discriminación a las personas discapacitadas, y el principio de protección al medio ambiente, con apoyo en el principio del Buen Vivir, se vio delante de este *"gran desafío de nuestro tiempo de articular y de compatibilizar las macro políticas ambientales, exigencias del mandato ecológico (Gudynas, 2009), introducido en la constitución ecuatoriana, de mayor preservación de los ecosistemas, con las macro políticas sociales minimizadoras de las desigualdades sociales y regionales, sobre todo en los países menos desarrollados del Hemisferio Sur."*

Según se explicó antes, no obstante, en la Sentencia comentada, haya partido del referente de la Teoría del neoconstitucionalismo, la Corte ecuatoriana para el Período de transición introdujo significativos aportes al constitucionalismo latinoamericano, clareando los pasos siguientes del camino, en lo que concierne al diseño del "Estado constitucional de derechos y Justicia"; a la confirmación del constitucionalismo principialista; a la reconfiguración de una nueva Justicia Constitucional, mediante la afirmación de su competencia como órgano máximo de interpretación constitucional y la expansión de los límites del control judicial de la constitucionalidad y la consolidación del carácter constitucional de los derechos establecidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, considerados como derechos fundamentales, y por tanto, sujetos al control de constitucionalidad.

Sin embargo, se abstuvo de tener en cuenta, en su proceso de tomada de decisión, una de las más importantes contribuciones de la Constitución ecuatoriana del 2008 al Derecho Constitucional y a la Ciencia del Derecho, el Buen Vivir. No se detuvo, quizá por prudencia o por no ser oportuno, (al afinal, el 2 de abril de 2009, la nueva Constitución del 2008 tenía poco más de siete meses), en conferir un sentido al principio del Buen Vivir o *Sumak kawsay*, tampoco en definir su alcance.

Éste es uno de los principales retos que se descortina con el nuevo constitucionalismo latino americano, para los juristas y sobretodo para los jueces y las juezas de la Corte Constitucional, que tienen la competencia máxima en materia de interpretación constitucional y ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de las reglas y de los principios.

Solamente la Corte Constitucional tiene competencia para decidir si hay o no excepciones a la disposición constitucional que confiere igual jerarquía e igual peso abstracto a los principios y, a semejanza del Tribunal Constitucional da Alemania en relación al principio de la dignidad de la persona humana, declarar si el principio del Buen Vivir tiene precedencia y prevalencia o no sobre los demás principios *en colisión*, definiendo, así, el alcance del giro ecocéntrico inaugurado en 2008 por la Constitución de Montecristi.

Cabe, además, tan solamente a la Corte decidir si sería posible aplicar la técnica de la proporcionalidad, cuando una de las variables del peso fuese el principio del Bien Vivir, relacionado a la protección al medio ambiente, ya sea cuando involucre el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay* (art. 10), como cuando involucre los derechos de la naturaleza (art. 14 e arts. 71 a 74) Si sería posible seguir la fuerte tendencia doctrinaria y jurisprudencial europea, de

acuerdo con la cual "la proporcionalidad ocurriría en el fondo mismo de la propia esencia de los derechos fundamentales", desarrollada en el momento histórico en el cual los derechos fundamentales resultan de una concepción antropocéntrica del Derecho.

Superadas esas dudas, de cualquier forma, compete apenas a la Corte, dar la última palabra sobre el peso del principio del Buen Vivir relativamente a otros principios constitucionales en cada caso concreto.

Una lectura crítica de la Sentencia No. 002-09-SAN-CC nos lleva a cuestionar sobre la aplicabilidad del uso de la fórmula allí utilizada, creada a partir de la Fórmula del peso de Alexy, la cual fue concebida con base en el perfil antropocéntrico del Derecho, cuando uno de los principios a ponderar es el del Buen Vivir, que introdujo, mediante la Constitución de la República del Ecuador de 2008, el giro ecocéntrico del Derecho. ¿Sería posible adoptar la fórmula del peso de Alexy? ¿Sería necesario readaptarla? ¿Sería más apropiado crear una nueva técnica de interpretación o de aplicación de los principios constitucionales, sobre todo cuando implica el dilema entre los derechos de la naturaleza y los derechos humanos? No tengo respuestas, sólo preguntas para todos nosotros, en particular, para los jueces y juezas constitucionales.

Al final, es el pronunciamiento de la Corte constitucional ecuatoriana que definirá los lindes del cambio o de la ruptura paradigmática de las normas constitucionales, en su aspecto material, vale decir, si efectivamente, la Constitución de 2008, con el principio del Buen Vivir, fornece un nuevo modelo socio ambiental y tiene potencialidad de producir un cambio profundo en el constitucionalismo democrático en nuestra querida América Latina.

La escucha, durante estos dos días, de una serie de diferentes análisis de las

Sentencias fortalece mi confianza en la Corte Constitucional del Ecuador, que tiene un rol importante en este momento de definición de la Historia de la humanidad. Se observa la sabiduría para discernir cuándo avanzar y cuándo retirarse. La jurisprudencia de La corte constitucional ecuatoriana enciende la llama de esperanza que despunta justo aquí, en la bella región volcánica de las altas cordilleras andinas, esperanza de todos que todos los seres vivos pueden Buen Vivir, vale decir, tener una vida en plenitud y armonía con la naturaleza.

Ahora que termino, uso una palabra que no está en portugués, ni en vuestra bella lengua española. Tampoco está en *Portunhol*. Terminó con una palabra de la lengua *quéchua*:

URPICHAY! (Muchas gracias!)

Referencias

- (1) Ecuador. Poder Judicial. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia No. 002-09-SAN-CC, disponible en internet en <https://www.corteconstitucional.gov.ec/sentencias>.
- (2) id, ibid.
- (3) Pastor y Dalmau, El nuevo constitucionalismo en América Latina, en Aspectos Generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, Corte

Constitucional del Ecuador, Quito 2010, p. 18.

- (4) Ecuador. Poder Judicial. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia No. 002-09-SAN-CC, disponible en internet en <https://www.corteconstitucional.gov.ec/sentencias>, p. 28.
- (5) id. ibid.
- (6) id. ibid.
- (7) Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, promulgada en 1998. Art. 18. Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción

por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

(8) Pastor y Dalmau, El nuevo constitucionalismo en América Latina, en Aspectos Generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, Corte Constitucional del Ecuador, Quito 2010, p. 16.

(9) Moraes, Germana. "Controle jurisdiccional da Administração Pública" (Control jurisdiccional de la Administración Pública), 2a ed, São Paulo, Dialética, 2004, p. 25.

(10) Ecuador. Poder Judicial. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia No. 002-09-SAN-CC, disponible en internet en <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias>.

(11) id. *ibid.*

(12) Carbonell, Miguel. El neoconstitucionalismo en su labirinto, en Teoría del neoconstitucionalismo - ensayos

escogidos, Madrid, Editorial Trata, 2007, p 9-11.

(13) Pazmiño, Patricio. Aproximación al nuevo constitucionalismo - Debates sobre sus fundamentos, Quito, Imprenta: RisperGraf C.A., 2012, p. 113.

(14) Grijalva, Agustín. Evolución histórica del control constitucional en Ecuador, en Constitucionalismo en Ecuador, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición. 2012, Pensamiento Jurídico Contemporáneo 5, p. 192.

(15) Schneider, Hans Peter. Jurisdicción Constitucional y Separación de poderes, en Democracia y Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

(16) Gaviria, Carlos. Colegitimidad democrática y control constitucional en Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana / Dunia Martínez Molina, editora. 1a reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Memorias de encuentros académicos, 1), p.36.

(17) Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, promulgada en 1998. Art. 163.-Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía 1998.

(18) Pazmiño, Patricio. Aproximación al nuevo constitucionalismo - Debates sobre sus fundamentos" - Debates sobre sus fundamentos", Quito, Imprenta: RisperGraf C.A., 2012, p. 113.

19) Ecuador. Poder Judicial. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia No. 002-09-SAN-CC, disponible en internet en <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias>. p. 30

(20) Alexy, Robert. "Teoria dos Direitos Fundamentais." (Teoría de los Derechos Fundamentales - traducción Virgílio Afonso da Silva), 2a ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 116

(21) Alexy, Robert. La Fórmula del Peso, en El Principio de

Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 13.

(22) Moraes, Germana. "Controle jurisdiccional da Administração Pública" (Control jurisdiccional de la Administración Pública), 2a ed, São Paulo, Dialética, 2004, p. 87.

(23) Zaffaroni, Eugenio. La Pachamama y el Humano. 1a. ed. Buenos Aires: Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo. 2011, p.111.

(24) Dalmau, R. Martín. El nuevo diseño institucional ecuatoriano. Democracia, funciones y legitimidad en la Constitución ecuatoriana del 2008, en Agora Política, n. 2, junio 2010, p. 31.

(25) Moraes, Germana. "Pelos direitos de Pachamama e pelo Bem Viver: um modelo sócioambiental ecocêntrico, comunitário e solidário", (Por los derechos de Pachamama y por el Buen Vivir: un modelo socio ambiental ecocéntrico, comunitario y solidario) en Derecho Socioambiental:

una cuestión para América Latina.

Curitiba, 2014, p. 178.

OS LIMITES NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO DIANTE DE UMA CONJUNTURA DE RETROCESSOS

THE LIMITS IN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM THROUGH A BACKSPACE CONJUNCTURE

Gladstone Leonel Júnior

Doutor em Direito
Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense (UFF)
Brasil
gleoneljr@gmail.com

Artigo recebido em: 22/06/2017 Artigo aprovado em: 16/09/2017

Resumen

O novo constitucionalismo latino-americano surge com um tom combativo e popular na realização do debate constitucional e alteração das estruturas de poder do Estado no início do século XXI. No entanto, a conjuntura de retrocessos políticos, alimentadas por golpes de Estado, iniciadas na segunda década do século XXI tornam perceptível as limitações políticas no cenário em que foi forjado o novo constitucionalismo latino-americano.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Constitucionalismo Latino-Americano; retrocessos políticos; limites.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Abstract

The new Latin American constitutionalism appears with a combative and popular tone in the accomplishment of the constitutional debate and alteration of the power structures of the State in the beginning of the 21st century. However, the conjuncture of political setbacks, promoted by coups d'état, which began in the second decade of the 21st century, makes it possible to perceive the political limitations in the scenario in which the new Latin American constitutionalism was forged.

KEYWORDS: New Latin American constitutionalism; political setbacks; limits.

1. INTRODUÇÃO

O debate constitucional que permeou, e ainda permeia, diversos juristas e sociólogos/as da América Latina e Europa no último período, conhecido por parte da doutrina como o Novo Constitucionalismo Latino-Americano passa por novos desafios conjunturais. Além disso, alguns limites dessa recente construção constitucional tornaram-se mais evidentes.

Para além da retomada dos programas políticos neoliberais em vários países da região como no Brasil, na Argentina, no Paraguai, dentre outros, há ainda um retorno aos processos golpistas que desrespeitam o próprio andamento democrático, e requentam as ondas históricas de golpes políticos na América Latina.

Diante desse cenário, cabe refletir até que ponto os países que modificaram suas estruturas constitucionais a partir de determinadas rupturas políticas tem condições de levar adiante o processo transformador que se propuseram. Bolívia, Venezuela e Equador são os exemplos mais eloquentes desse dilema, dentre os quais convivem com os limites transformadores intraconstitucionais, a pressão imperialista, e da própria elite econômica interna, que

tentam desestabilizar os seus processos políticos.

Em momentos de crise, em suas mais diversas dimensões, seja política, econômica ou até mesmo de valores, que o imperialismo aprofunda a violência, faz alianças internas e expande seus tentáculos com o propósito de hegemonizar processos políticos, os quais possuem pouca ingerência. As redes de apoio de outrora, como a UNASUL – União de Nações Sul-Americanas, a CELAC – Comunidade dos Estados Latino-americanos e Caribenhos -, o MERCOSUL – Mercado Comum do Sul, a ALBA - Aliança Bolivariana para os Povos da Nossa América - estão mais fragilizadas, em razão da leva de governos conservadores que ora avançam sobre os países latino-americanos.

Mesmo com as limitações, decorrentes dos processos históricos de cada país, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano ainda tende a cumprir papéis fundamentais. Isso não só na formulação e na proposição de caminhos inovadores para o andamento de projetos políticos progressistas, mas, sobretudo, resistir à ofensiva de uma conjuntura de retrocessos políticos, a qual também busca engolir essas experiências.

2. OS CAMINHOS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A partir de 1999, sobretudo após a implementação dos programas neoliberais em praticamente todos os Estados da América, surgiram governos provenientes de uma resistência popular, a qual lutou contra os efeitos dessas medidas de austeridade que atingiam grande parcela da população. Em pouco mais de uma década, mais de 10 países se inclinaram a esquerda ou a centro-esquerda elegendo presidentes populares. Dentre os exemplos mais emblemáticos podemos destacar: um militar revolucionário na Venezuela (Hugo Chávez), um militante operário (Lula) e uma lutadora contra a ditadura militar no Brasil (Dilma Rousseff), um sindicalista cocalero na Bolívia (Evo Morales), um economista anti-imperialista no Equador (Rafael Correa), uma lutadora contra ditadura militar no Chile (Michelle Bachelet), um guerrilheiro tupamaro no Uruguai (Pepe Mujica), um casal de peronistas de esquerda na Argentina (Nestor e Cristina Kirchner), um padre da teologia da libertação no Paraguai (Fernando Lugo), etc. (LEONEL JÚNIOR, 2015, p. 59).

Diante de um ambiente político combativo na América Latina, o qual possibilitou a eleição de governos com esse

perfil, efetivaram-se alguns princípios constitucionais, que antes não passavam de “letra morta” da lei, principalmente a efetivação de direitos sociais, e nasceram novas Constituições. Algumas delas, provenientes de rupturas políticas capazes de contribuir para reformulações institucionais profundas como as Constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

Essa movimentação político-jurídica do debate constitucional, que chamamos de Novo Constitucionalismo Latino-Americano, apresenta mudanças em seus aspectos formais e também em seus aspectos materiais-estruturantes.

Ao observar esses aspectos formais, nota-se que os processos constituintes instituem trajetórias que contam com uma maior participação popular. O povo passa a assumir um maior protagonismo ao ser convocado para decidir a respeito da solicitação ou não de um processo constituinte. Mas, não parou por aí!

Além dos constituintes contarem com uma participação popular ativa na formulação dos conteúdos, que ocorriam em diversas regiões do país, como no caso da Bolívia, havia a necessidade de aprovação de um referendo popular para confirmar ou não o conteúdo constitucional proposto. Ali, de fato, verificava-se a ativação do poder constituinte originário.

No que tange as emendas constitucionais nesses países, ou seja, instrumentos de exercício do poder constituinte derivado, devem passar pelo crivo popular para sua efetivação. Assim, não se modifica o corpo constitucional sem o aval do povo, diferentemente do que ocorre nos dias atuais brasileiro, pós-golpe de 2016, com mudanças constitucionais a toque de caixa, desconsiderando a população em geral.

Os autores Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau trazem a originalidade, a amplitude das normas, a complexidade aliada a uma linguagem simples e a rigidez como elementos formais comuns às Constituições caracterizadas nesse contexto do novo constitucionalismo latino-americano (2010, p. 14). Esses elementos contribuem para uma maior popularização do corpo constitucional nos países que passaram recentemente pelos processos constituintes.

Já o português Boaventura de Sousa Santos trata essas mudanças como um constitucionalismo experimental e transformador, o qual aponta para caminhos anticapitalistas e anticolonialistas (2010, p. 77).

De toda forma, “não basta dogmaticamente prever rol de direitos.

Afirmá-los formalmente é reproduzir a mera bandeira liberal. Há uma necessidade de se introduzir mudanças profundas na estrutura constitucional para permitir a viabilidade e execução desse rol de direitos” (LEONEL JÚNIOR, 2015, p. 122).

No que tange aos aspectos materiais-estruturantes, não resta dúvida que a partir da forma se assegurou um maior fluxo democrático na garantia de direitos. Observou-se com isso, um fortalecimento das pautas relacionadas às questões de gênero e étnico-raciais. Como uma engrenagem política puxa a outra, os índices de desigualdade social e analfabetismo, de acordo com a UNESCO¹, despencaram nesse período com políticas decorrentes de uma reestruturação institucional tendo por base a Constituição. Ademais, as políticas de retomada dos setores estratégicos na economia foram fundamentais para garantir subsídios aos Estados no fomento de políticas públicas de crescimento.

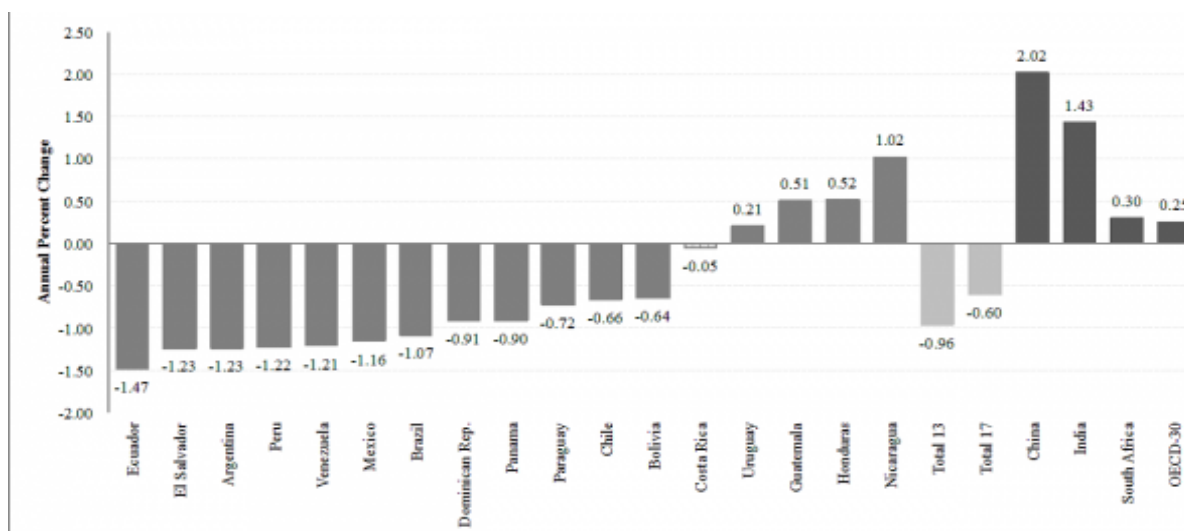
Houve um grande processo de redistribuição da riqueza social em países como o Brasil, a Venezuela, o Equador e a Bolívia. Isso gerou uma ampliação das classes médias (classe trabalhadora empregada) e um aumento de sua

¹“A Bolívia converteu-se, assim, no terceiro país que conseguiu vencer o analfabetismo na América Latina, depois de Cuba, em 1961, e da Venezuela, com apoio cubano, em 2005. Os números: 819.417

pessoas alfabetizadas em um universo de 824.101 analfabetos detectados (99,5%); 28.424 pontos de alfabetização criados nos nove departamentos da Bolívia” (grifo nosso). (ROJAS, 2008).

capacidade de consumo. Com isso, ocorreu uma drástica diminuição da desigualdade social, algo que não se realizava há muitos anos.

Figura 01 - Declínio da desigualdade na América Latina por país 2000-2010 (% de mudança anual do coeficiente de Gini)



FONTE: Cálculos baseados em dados do SEDLAC (CEDLAS and The World Bank), Março 2012 (<http://sedlac.econo.unlp.edu.ar/eng/>)

Importante destacar que as mudanças também incorporam medidas materiais-estruturantes, visto que os elementos tendem a alterar diversos pontos relacionados a construção das estruturas de poder (LEONEL JÚNIOR, 2015, p. 125). Basta observar as transformações decorrentes de necessidades sócio-

históricas desses países em temas como: descolonização, plurinacionalidade, democracia, jurisdições entre outros.

Não restam dúvidas que a América Latina assumiu uma maior autonomia frente à sanha imperialista e um maior exercício da

soberania de seus Estados, desde a fundação dos mesmos, nessa mais recente onda de governos progressistas.

As propostas pós-neoliberais dos Estados, os quais retomaram forte protagonismo foram fundamentais. Certamente, uns Estados mais, outros menos. Dessa forma que se recuperou a importância do mercado interno e a participação em áreas estratégicas, que até

então estavam nas mãos da iniciativa privada.

O rearranjo de grupos e forças políticas ao construir uma unidade permitiu que houvesse um ascenso dos movimentos sociais e populares, os quais passaram, em parte, a assumir as tarefas do Estado. Nessa lógica conseguiram frear e retroceder as políticas neoliberais. É o que Álvaro Garcia Linera chamará de presença plebéia (2008). Os processos constituintes, como já citados, são exemplos evidentes de mudanças políticas concretas com a real participação popular.

Além disso, nesse período, algumas associações, sindicatos e outros espaços de participação como os conselhos foram fortalecidos em determinados Estados. A sociedade civil passou também a se organizar na defesa dos avanços garantidos pelos governos populares. Na Bolívia, em certo período, as Juntas de Vizinhos constituíram instrumento importante de participação e luta política; na Venezuela, os Conselhos Populares contribuem de maneira central para o enraizamento da Revolução Bolivariana no seio da sociedade venezuelana.

Todo esse contexto na América Latina contribuiu para uma espécie de articulação progressista e, em alguns casos,

revolucionária, a nível continental. Caracterizou-se um momento em que, nós, latino-americanos deixamos a figura de capacho e subserviente às grandes potências político-econômicas e assumimos um protagonismo jamais visto até então. Nessa toada que surgiram a CELAC, a UNASUL, a ALBA, o Banco do Sul, os BRICS², a Telesul, dentre outras iniciativas de fortalecimento de um campo político do sul, o qual ousava desafiar os séculos de dependência a que estava submetido.

Um efeito concreto da influência dessa onda política e da força da articulação entre os países ocorreu, por exemplo, em 2008, quando houve uma tentativa de desestabilização política interna na Bolívia: o Estado tinha dificuldades em controlar os Departamentos da Meia Lua (Pando, Santa Cruz, Tarija e Beni), ou seja, quatro dos nove existentes. A Bolívia somente superou essa tensão com o apoio irrestrito dos governos progressistas da América Latina na legitimação de suas ações.

Todas essas mudanças em pouco mais de uma década é algo a ser destacado, jamais deixado de lado.

² Trata-se de um acrônimo que faz menção aos países membros fundadores (BRICS: Brasil,

Rússia, Índia, China e África do Sul), que juntos formam um grupo político de cooperação.

3. OS LIMITES POSTOS EM PERÍODOS DE RETROCESSOS CONJUNTURAIS

Depois desse período de progressos conjuntos na América Latina, esse avanço se deteve. Em alguns casos retrocedeu. Está em curso a reconstituição das velhas elites, as quais passam a reassumir o controle da gestão pública.

Todavia, isso não quer dizer que as Constituições Populares latino-americanas perderam a importância! Muito pelo contrário, elas representam um pacto social difícil de ser desatado por essas elites que buscam retomar o poder dos Estados. Em regra, os países que passaram pelo crivo de um processo constituinte popular, ainda mantêm um projeto político progressista em andamento como Venezuela, Bolívia e Equador, sobretudo, por terem forjado nesse processo uma sociedade civil mais combativa e organizada.

Contudo, ainda sim as contradições e os limites são inerentes a esses processos que não podem parar, quando se almeja a construção do poder popular na América Latina.

Diante do quadro atual, o primeiro gargalo trazido por essas contradições é a econômica. Talvez, devido ao profundo grau de miséria e a grande desigualdade social nos países latino-americanos, foi

dada pouca importância a mudança da matriz econômica. No entanto, ao se tratar de um processo de ruptura, revolucionário, é fundamental a base econômica para alavancar isso.

Os setores populares da sociedade devem construir um lastro de confiança a partir da questão econômica, desenvolvendo a produção com estabilidade e não causando mal estar na população (LENIN, 1977).

Alguns governos progressistas potencializaram o bloco conservador, não sendo progressista com suas políticas econômicas. O fato de ter que governar para todos não poderia significar a entrega dos recursos que debilitassem sua própria base social, ou seja, aquela que sai às ruas para defender o projeto popular. O ajuste fiscal ocorrido no Brasil, no início do segundo mandato do governo de Dilma Rousseff, foi um grande exemplo do cometimento desse tipo de erro ao fragilizar a sua base social com medidas impopulares. Alguns autores atribuem essas debilidades ao constatarem a reprodução de práticas desenvolvimentistas, que diferem muito pouco do que foi realizado nos governos conservadores, afetando também a base social popular. Algo apontado por Salvador Schavelzon (2017), como uma das motivações para o fim dos ciclos progressistas.

Por outro lado, mesmo com os mecanismos de pluralismo econômico salientados nas Constituições, como a boliviana, poderíamos imaginar que os governos progressistas deveriam acabar com os mercados e socializar os meios de produção? Certamente não! Pois, não se trata de mera vontade do governante, tampouco isso se dá por simples assinatura de um decreto. Um processo revolucionário para obter êxito, não pode ser isolado, ela deve avançar pelo continente e internacionalizar-se, caso contrário não há razão para ser considerado revolucionário. Assim, a probabilidade de sucesso dos empreendimentos econômicos tende a ser maior extrapolando os limites do Estado-Nação e com maior capacidade de subverter a mera reprodução do capital de forma dependente e submissa a uma divisão internacional do trabalho já dada.

Notou-se ainda, que politicamente ocorreu uma integração importante entre os países da região contribuindo para o fortalecimento de uma identidade latino-americana. No entanto, a integração política não é o suficiente, quando a economia está limitada às fronteiras do Estado-Nação.

Esse é um grande desafio a ser realizado, uma integração econômica latino-americana. O vice-presidente da Bolívia, Álvaro García Linera, (2016) apresenta um desafio ainda maior,

convergindo com o sonho de Bolívar: o de construir um Estado Continental Plurinacional capaz de respeitar as estruturas nacionais de cada país, porém manter um segundo piso de instituições continentais em todos os setores, o que consistiria em um grande desafio para o século XXI.

Outro ponto a ser destacado como limitante dos avanços populares, nessa mais recente onda progressista, é a distribuição da riqueza na sociedade sem a politização social decorrente dessa medida. O que temos hoje em países como Argentina e Brasil são pessoas que não associam os novos direitos e a maior capacidade de consumo a um projeto político, mas imaginam que isso se deve ao mérito individual das sociedades de consumo. Ao insistir nesse tipo de política, não se cria um sentido comum concebido por meio de um projeto.

Quando temos uma pessoa pobre formada em medicina no Brasil, não se trata simplesmente de mérito. Se não existissem programas de governo como o Prouni (Programa Universidade para Todos) ou Reuni (Reestruturação e Expansão das Universidades Federais Brasileiras), muito dificilmente pessoas de um extrato social mais baixo teriam condições de ingressar. Trata-se de um projeto político, que não se comunicou bem, visto que não politizou as

pessoas que acessavam seus mecanismos de inclusão.

Ademais, de nada adianta reproduzir os velhos esquemas morais, a partir de uma cultura de massa incapaz de avançar sob o status quo. O processo revolucionário também deve perpassar por uma revolução cultural capaz de acessar, democratizar os meios de comunicação e ter condições de construir esse sentido comum nas pessoas. Assim, ganha estofa e cresce a importância da comunicação comunitária, das representações de associação de bairro, dos difusores da cultura popular, dos dirigentes estudantis entre outros setores da sociedade civil organizada, fundamentais para o processo revolucionário.

Essa articulação e controle social permitem, inclusive, um aprimoramento do Estado que deverá agir de forma cada vez mais transparente e verdadeira com o povo.

Por fim, outra questão profundamente tratada e considerada central no debate do novo constitucionalismo latino-americano é a democracia. Esse é um grande desafio para a manutenção de avanços políticos dentro da América Latina. Desde 2009, alguns países da região passaram a sofrer golpes, inclusive parlamentares, interferindo na qualidade e avanço democrático no continente. Vide os episódios ocorridos em Honduras, no Paraguai e no Brasil.

No caso de Venezuela e de Bolívia, os avanços democráticos foram significativos a ponto dos países romperem com as velhas estruturas, amparadas por novas Constituições, e forjarem ciclos inovadores por meio de um processo revolucionário. Como já salientado, na Venezuela se tem o estímulo à democracia participativa através dos Conselhos Comuns, já na Bolívia, o reconhecimento da democracia comunitária representa um avanço ao que existia até então. Contudo, diferentemente de quando se triunfa na Revolução armada, nos casos citados é necessário conviver com o adversário, mesmo que a vitória sobre eles tenha sido política, moral e de narrativa.

Logo, nos deparamos com uma nova questão na caracterização do processo revolucionário. As revoluções personificam o espírito das épocas e surgem das próprias pessoas. Todas essas revoluções, atuais ou anteriores, sempre necessitaram de líderes, os quais devem obediência ao pacto social realizado nas constituintes populares. O grande desafio desses processos é dar uma continuidade da construção subjetiva às lideranças revolucionárias, não caindo no personalismo fajuto, para manterem a perspectiva histórica do que se constrói.

De repente, a tentativa de constituição de formas decisórias coletivas, sem ignorar as lideranças, permita dar andamento a esse processo, o qual pode ser estimulado pela

própria base do novo constitucionalismo latino-americano e dê continuidade à formação dessas lideranças populares na democracia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não nos cabe, simplesmente, sermos pessimistas em relação ao futuro em decorrência dos retrocessos gerais, que iniciaram aproximadamente na metade da década de 10 do século XXI. Até porque a história nunca foi marcada por um processo linear e contínuo, mas como dizia Karl Marx (1984) o processo revolucionário é pendular, marcado por ondas, o homem e a mulher não o realizam simplesmente quando querem.

O fato de ser um processo comporta recuos, mas também, em algum momento, haverá uma próxima onda. Não se pode precisar quando, mas os setores populares devem estar preparados para a chegada desse próximo pêndulo ou dessa nova onda. A autocrítica é fundamental para a verificação das falhas decorrentes dos últimos períodos de hegemonia do bloco progressista. Mesmo com todo o retrocesso conjuntural e as contradições inerentes aos processos, Cuba ainda permanece firme, da mesma forma que Venezuela, Bolívia e Equador, que ainda possuem o suporte político baseado e construído nas

concepções do novo constitucionalismo latino-americano.

O Novo constitucionalismo latino-americano passa para uma etapa de resistência. As Constituições provenientes da sua concepção, para além de construírem uma perspectiva constitucional mais participativa, popular e emancipadora, servem agora como instrumentos que resistem aos ataques dos setores neoliberais, os quais buscam desmantelá-las. Não interessa a esses setores, Constituições fortes, democráticas e populares, por isso não interessa a eles o que propõe o novo constitucionalismo latino-americano. Por esse motivo, essas Constituições talvez nunca tenham sido tão importantes como nesse momento de resistência.

Os setores da sociedade ligados a pauta neoliberal não possuem grandes projetos a não ser o de restaurar os privilégios que sempre tiveram. O tempo histórico está do lado do povo, os quais compreendem que as ondas da história não surgem por acaso, mas são provenientes da luta que ainda a de ser empreendida.

Referencias

GARCIA LINERA. Álvaro. La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia. La Paz: Prometeo libros/Clacso, 2008.

_____. Reunión de ministros de Cultura de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). Vicepresidencia Del Estado Plurinacional de Bolívia. La Paz, 2016. Disponível em: <https://www.vicepresidencia.gob.bo/Participacion-del-vicepresidente-del-Estado-Alvaro-Garcia-Linera-en-la>. Acesso em: 03 mar. 2017.

LENIN. Wladimir Ilytch. As Tarefas imediatas do Poder Soviético. 1918. Editorial Avante, Edições Progresso: Lisboa, 1977. Disponível em: <http://marxists.anu.edu.au/portugues/lenin/1916/imperialismo/index.htm>. Acesso em 16 mar. 2017.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; VICIANO PASTOR, Roberto. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? In: Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina, VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho

Constitucional: constituciones y principios, México, dez. 2010a. Disponível em: www.juridicas.unam.mx/wccl/ponecias/13/245.pdf. México. Acesso em: 30 abr. 2012.

MARX. Karl. O 18 de Brumário de Louis Bonaparte. 1851-1852. Trad. José Barata-Moura e Eduardo Chitas. Editorial Avante, Edições Progresso: Lisboa, 1984. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marx/1852/brumario/index.htm>. Acesso em 16 mar. 2017.

ROJAS, R. Bolívia é o terceiro país da América Latina Livre de analfabetismo. La Jornada. La Paz, 2008. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Bolivia-e-o-3%B0-pais-da-America-Latina-livre-de-analfabetismo%0D%0A/6/14577>. Acesso em: 03 mar. 2017.

SCHAVELZON, Salvador. El fin de ciclo progresista sudamericano ¿Ha sido derrotado el imaginario político de la izquierda?. Nueva Sociedad. Democracia y Política en América Latina. Buenos Aires, 2017. Disponível em: <http://nuso.org/articulo/el-fin-de>

ciclo-progresista-sudamericano/.

Acesso em: 03 mar. 2017.

SOUSA SANTOS, Boaventura.

Refundación del Estado en América

Latina: perspectivas desde una

epistemología del Sur. La Paz: Plural

Editores, 2010.

**LUTAS PELA TERRA NO BRASIL:
sujeitos, conquistas e direitos territoriais**

*STRUGGLES FOR LAND IN BRAZIL:
subjects, achievements and territorial rights*

Sérgio Sauer

Doutor em Sociologia
Universidade de Brasília (UnB)
Brasil
sauer.sergio@gmail.com

Luis Felipe Perdigão

Doutorando em Estudos Comparados
Departamento de Estudos Latino Americanos (ELA)
Universidade de Brasília (UnB)
Brasil
lfperdigao@gmail.com

Artigo recebido em: 22/07/2017 Artigo aprovado em: 16/09/2017

Resumo

No Brasil, a luta pela terra tem sido liderada por famílias sem-terra, indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais (seringueiros, extrativistas, quebradeiras-de-coco, ribeirinhos, etc.), que demandam acesso e/ou controle da terra com significações distintas dos direitos de propriedade privada. Apesar dessas lutas sociais terem conquistado quase 26% do território nacional, os conflitos e a concentração fundiária ainda são uma realidade, agravada pela expansão do agronegócio e da fronteira agrícola. O presente artigo investiga a dinâmica histórica e jurídica das lutas sociais por terra e direitos territoriais. Objetiva analisar os regimes de posse e propriedade como materialização das noções de território, que transcendem a terra apenas como meio e local de produção.

Palavras-chave: terra, território, luta pela terra, direitos territoriais, regimes de propriedade.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Abstract

In Brazil, the struggle for land has been led by landless families, indigenous, Maroons and traditional communities (rubber tappers, extractive communities, coconut breakers, etc.), which require access to land with different meanings of property rights. Despite these social struggles have won almost 26% of the Brazilian territory, conflicts and land concentration are still a reality aggravated by agribusiness. This article investigates the historical and legal dynamics of struggles for land and territorial rights. The goal is to analyze the tenure and property regimes, as a materialization of territory notions, which transcend the land only as a place of production.

Key words: land, territory, land struggle, land rights, property regimes.

Um dos movimentos sociais mais importantes da história do Brasil, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) surgiu em meio ao processo político de redemocratização, nos anos 1984 e 1985 (STÉDILE e FERNANDES, 1999). O ano de 2013 marcou os 30 anos de existência do MST, data celebrada com a realização do congresso nacional em 2014, que reuniu mais de 15 mil camponeses de todo o país em Brasília.

Apesar do necessário reconhecimento como marco histórico e importância política e social atual do MST, a luta pela terra é mais abrangente e envolve uma multiplicidade de atores sociais, como a Confederação Nacional do Trabalhadores na Agricultura (CONTAG, criada em 1963), o Conselho Nacional das Populações Extrativistas (antigo Conselho Nacional dos Seringueiros, CNS, criado em 1985), a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ, criada nos anos 1990), a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e muitos outros sujeitos no campo. Existiram movimentos sociais (WELCH e SAUER, 2015) antes da criação do MST, que foram perseguidos e destruídos pela ditadura civil-militar, pós golpe de 1964. É fundamental, portanto, compreender e reconhecer, nas diferentes lutas pela terra e resistências, a

diversidade constitutiva da população do campo, que se articula hoje em dezenas entidades sociais e sindicais. Essas mobilizam e demandam terra, direitos territoriais e condições dignas de vida e trabalho no campo. Consequentemente, é importante não reduzir as lutas pela terra às ocupações, uma vez que essas lutas incluem uma diversidade de atores sociais, histórias e agendas, ações e demandas (MARTINS, 2002; PETRAS e VELTMEYER, 2001).

Essa diversidade – inclusive devido a “distintas origens, etnicidades e culturas” do povo do campo (MARTINS, 2001, p. 326), parcialmente reconhecida com a criação da Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, a partir de 2004 – resultou também em diferentes concepções de luta e demanda por terra. Apesar de ter a mesma raiz latina em língua portuguesa, os termos “terra” e “território” têm sido entendidos de formas distintas. A luta pela terra, fortemente influenciada pela história recente do Brasil e da América Latina como um todo (PETRAS e VELTMEYER, 2001), está intimamente associada às demandas e lutas dos camponeses ou trabalhadores rurais sem terra. Sem entrar na etimologia das duas palavras, a expressão “luta pela terra” vem assumindo, inclusive pela ressurgência de sujeitos sociais, significado bastante

distintos, referindo-se também a reivindicações de direitos territoriais (MARÉS, 2015) e à resistência desses sujeitos e comunidades tradicionais (CASTRO, 2013) contra a expropriação de terras e de recursos, causada pelo chamado desenvolvimento (SAUER, 2012).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) reforçou essa distinção, uma vez que estabeleceu que as terras que não cumpram sua função social – reduzida apenas a um sentido de terras “improdutivas” – devem ser desapropriadas para fins de reforma agrária. Em artigos distintos, reconhece os direitos territoriais dos povos indígenas e comunidades quilombolas (MARES, 2015), originando uma diferença “legal” entre território e terra. Uma conquista, em que território, como pertencimento (MARES, 2015), deve ser um lugar de vida e tradição, colocando em segundo plano a noção de “uso racional e adequado” e a interpretação reducionista de utilização econômica da terra (SAUER, 2011).

Além das diferenças conceituais, essas conquistas sociais e vitórias políticas não são definitivas. São constantemente desafiadas pela lógica do agronegócio, que se baseia na concentração de terras, exportação monocultora, expansão das fronteiras agrícolas e aumento da demanda por terra. Tal “economia do agronegócio”

(DELGADO, 2013) é financiada por programas governamentais e incentivos públicos (crédito, investimentos governamentais em infraestrutura e isenções fiscais), que promovem “um modelo econômico enraizado na intensificação da exploração dos recursos naturais e agrícolas” (BALETTI, 2014, p. 06).

Essa lógica econômica combina um modelo orientado para a exportação com uma agenda social progressista, baseada na redução da pobreza, originando um “neo-extrativismo”, nos termos de Baletti (2014), ou caracterizando o “neo-desenvolvimentismo” (BOITO e BERRINGER, 2014). Por outro lado, esse modelo também leva ao aumento da apropriação privada da terra, aos conflitos sociais e à degradação ambiental. Mesmo reafirmando a noção de superação da propriedade como um direito absoluto, esse raciocínio nega direitos territoriais aos sujeitos sociais do campo, suprimindo a discussão e a ressignificação da propriedade e da posse sobre a terra no Brasil (MARÉS, 2015; 2003).

Partindo de uma perspectiva histórica, o presente artigo reflete sobre a concentração de terras no Brasil e seus desdobramentos, em especial os bloqueios impostos às categorias sociais e as conquistas decorrentes de suas demandas

(item 1). Analisa as lutas sociais e seus resultados na Constituição Federal Brasileira de 1988, enfatizando a função socioambiental da terra e o regime de propriedades e posses (item 2). Embora usos, acessos e formas de controle gerem uma miríade de relações sociais e culturais, parcialmente explícito no ordenamento jurídico brasileiro, ainda vigoram conflitos e lutas pelo direito à terra (item 3). Ao analisar tal diversidade, o principal argumento é que as categorias sociais criam e repercutem reivindicações por terra, manifestando diferentes formas de acessar, controlar e viver territórios. Nessa linha, configura-se um regime de propriedades e posses, para além da lei formal. O objetivo principal é analisar o regime de posses e propriedades como materialização das noções de território e discutir demandas políticas por terras e territórios e conquistas sociais como parte de perspectivas mais amplas, incluindo diferentes assuntos agrários e identidades culturais, seus usos e manejos.

1. CONCENTRAÇÃO FUNDIÁRIA, CONFLITOS POR TERRA E CONQUISTA DE TERRITÓRIOS NO BRASIL

A alta concentração fundiária é, no Brasil, a causa histórica mais importante dos conflitos agrários. As origens dessa

estrutura concentrada e excludente remontam aos tempos coloniais do século XVI, agravando-se após a década de 1960, com a implementação da Revolução Verde, um plano econômico gerido pela ditadura militar (1964-1984) para aumentar a produção agrícola (CASTRO, 2013).

A resposta do modelo ditatorial ao clamor popular por reforma agrária foi a repressão política das mobilizações sociais e perseguição de líderes populares (perseguições, prisões, torturas e mortes), ao tempo em que se criaram incentivos financeiros para expandir as fronteiras agrícolas (MARTINS, 1994). Os incentivos governamentais destinavam-se à ocupação de “espaços vazios” e à minimização de conflitos por terra (SAUER, 2012).

Em termos econômicos, grandes investimentos acompanharam a implementação da Revolução Verde. A modernização agrícola e a capitalização das grandes propriedades foram obtidas com a alocação de recursos financeiros (crédito e benefícios fiscais) que geraram as condições para aquisição de insumos industriais (sementes híbridas, fertilizantes químicos) e implementos agrícolas mecanizados (tratores, motosserras, colheitadeiras) (MARTINS, 1994).

Através de concessão de crédito e tratamento tributário diferenciado, o governo favoreceu as grandes propriedades

rurais, o aumento da produção e da produtividade (DELGADO, 2013), mas também intensificou a concentração fundiária, dirigindo o deslocamento de milhões de pessoas mediante o êxodo rural e deslocamento em direção à fronteira agrícola (MARTINS, 1994).

O principal resultado foi, de acordo com dados oficiais de 2006 (IBGE, 2009), o aprofundamento da concentração fundiária. Propriedades com menos de dez hectares representam atualmente 47% do número total de unidades de exploração agrícola, mas ocupam apenas 2,7% do total rural área, ou 7,8 milhões de hectares. Os estabelecimentos com área superior a mil hectares representam apenas 0,91% do número total de estabelecimentos, mas abrangem mais de 43% da área total, chegando a 146,6 milhões de hectares (SAUER e LEITE, 2012).

Essa distribuição desigual da terra pode ser dimensionada do ponto de vista histórico e social, se levarmos em conta que havia cerca de “3,1 milhões de famílias de sem terra (camponeses sem terra) em 2003, um número que é limitado pela definição de trabalhadores rurais sem acesso à terra”

(MDA, 2005, p. 17). Essas famílias sem-terra – combinadas com vários outros sujeitos sociais, como os povos indígenas, quilombolas, seringueiros, extrativistas, quebradeiras de coco, ribeirinhos, pescadores, entre outras comunidades tradicionais¹ – que poderiam ser definidas como “comuns” (MORIMURA, 2015) relacionados aos “direitos consuetudinários”, seguindo a literatura internacional – compreendem a dimensão social da demanda por terras (SAUER e LEITE, 2012), dando diferentes perspectivas para discussões sobre direitos a terras e propriedades no Brasil.

Reforçando a histórica concentração fundiária, a demanda por terras vem aumentando, tanto por parte dos grandes proprietários de glebas, quanto por investimentos de agroindústrias nacionais e multinacionais para a produção de mercadorias e/ou especulação imobiliária. Esse cenário, combinado com a criação de gado, extração de madeira e construção de infraestrutura, destina novas terras para a produção - especialmente de grãos, como a soja - e/ou para sua especulação (SAUER e LEITE, 2012).

¹ A criação da Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, em 2004, ao nomear as representações, reconheceu várias comunidades como Faxinalenses e Comunidades de Fundos de Pastos, entre outras. O Decreto 6.040, de 2007, as definiu como “grupos culturalmente diferenciados e

que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (BRASIL, 2007, Art. 1º, I).

A noção de agronegócio não se refere apenas a um processo de crescimento econômico, mas à reprodução de uma lógica predatória e exploradora, capaz de causar significativa concentração de terras e riquezas. As narrativas, na luta por hegemonia, colocam o agronegócio como uma “totalidade” ou um “sistema auto suficiente” (Fernandes et al., 2012) que justifica o pacto de poder que o sustenta. Um pacto de poder político que envolve o grande capital agroindustrial, o sistema de crédito público para a agricultura, as agroindústrias, o direito de propriedade e o Estado (DELGADO, 2013). Esta vinculação entre a apropriação de terras pelo agronegócio e a política – parte de um pacto de poder – aproxima as noções de terra e território, também este fundamentalmente “[...] um espaço definido e delimitado por e a partir de relações de poder” (SOUZA, 2009, P. 59)

Como parte de uma agroestratégias (ALMEIDA, 2011), o sistema se justifica por narrativas ligadas às necessidades de abastecimento e segurança alimentar e governança ambiental (BALETTI, 2014, p. 07). Essa “economia do agronegócio” (DELGADO, 2013) vai além de uma estratégia econômica pura, para

“ideologicamente construir uma hegemonia a partir do topo, [que envolve] grandes propriedades, cadeias agroindustriais estreitamente ligadas ao setor externo e as burocracias do Estado”, permitindo a acumulação de capital garantida por recursos e incentivos públicos (DELGADO, 2013, p. 62). Entre outras consequências de tal economia, há uma exacerbação das disputas territoriais ou “conflitos em relação aos modelos concorrentes de desenvolvimento e territórios” (FERNANDES et al., 2012, p. 37)². Essas disputas pressupõem a negação de direitos, tais como os direitos territoriais dos povos indígenas e outras comunidades tradicionais, aumentando lutas por terra e território (SAUER, 2012).

Historicamente, os movimentos sociais agrários e entidades do campo intensificaram as mobilizações e lutas, especialmente a partir dos anos 1980. Lideradas pelo MST, as ocupações de terra se espalharam por todo o país (MARTINS, 1994), resultando em uma série de políticas governamentais, especificamente a de assentamentos agrários (SAUER, 2016). Cerca de 98 milhões de hectares foram desapropriados ou comprados para

² Território é entendido aqui como espaço de poder, mas também lugar da “cultura (o simbolismo, as teias de significados, as identidades)” e da “economia (o trabalho, os processos de produção e

circulação de bens)” (SOUZA, 2009, p. 59). Consequentemente, distinções muito grandes entre as noções de terra e território devem ser melhor explicadas.

direcionamento a mais de um milhão de famílias sem-terra (SAUER, 2016).

Apesar de as ocupações serem a principal forma de luta pelo acesso à terra, existem outros sujeitos sociais e políticos, além de outros meios de luta. A resistência indígena e as lutas das comunidades quilombolas devem ser reconhecidas, bem como a emergência e/ou ressurgência de outros sujeitos sociais. Segundo dados oficiais do INCRA, 124 territórios quilombolas foram titulados (139 títulos foram para 207 comunidades, incluindo 12.906 famílias) entre 1995 e 2012.

Além disso, há um total de 690 territórios oficialmente reconhecidos como terras indígenas. Essas ocupam uma área de 112.984.701 hectares, o que significa que

13,3% do território nacional é reservado para os povos indígenas. Mesmo se tratando de números altamente contestados pelos movimentos sociais e estudos especializados,³ essas lutas e reconhecimentos representam importantes conquistas sociais e políticas, no âmbito do acesso e uso da terra. Além de conquistar acesso a cerca de 25% do território brasileiro, tais lutas resultaram em uma série de políticas públicas e programas governamentais (SAUER, 2012).

Esses programas não só responderam às demandas sociais por terra e direitos, mas também reformularam as noções de propriedade e posse da terra, resultando em diferentes arranjos territoriais, conforme se vê:

Tabela 1: Arranjos territoriais relacionados às diversas lutas e formas de acesso à terra

Arranjos territoriais	Número de projetos	Hectares	% do território brasileiro
Assentamentos de famílias sem-terra	9.127	85,291,180	10,0
Unidades de conservação de uso sustentável	141	30,184,984	3,5
Terras Indígenas	690	112,984,701	13,3
Territórios Quilombolas	124	995.009	0,11
Total		229,415,874	26,9

³ É fundamental reconhecer a legitimidade das contestações e críticas pois, além do reconhecimento oficial estar distante das demandas sociais, muitas terras e territórios estão ou são invadidos e sofrem constantes ataques,

especialmente a apropriação ilegal de seus bens (madeira, minérios, recursos genéticos, etc.), resultando em “reconhecimentos formais” que não se efetivam em uso e domínio reais por aquelas têm direito às terras (MARÉS, 2015, p. 88).

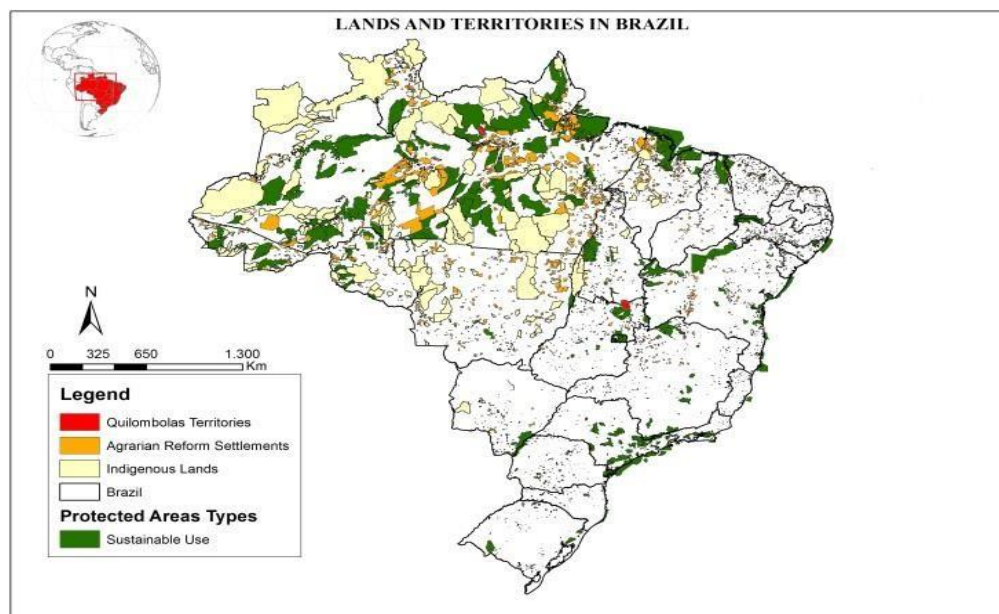
Fontes: INCRA, Funai, Fundação Palmares e ICMBio, 2014.

A luta pela terra vem reconstituindo os sujeitos sociais e instituindo novos temas sociais e políticos. Um processo semelhante ocorreu também nas lutas por proteção ao meio ambiente – em especial a partir de grupos seringueiros na Amazônia (GALLOIS, 2004) –, através da criação das unidades de conservação de uso sustentável (ALMEIDA, 2006), como as reservas extrativistas (RESEX) e as Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS)⁴. Segundo dados oficiais, havia 141 áreas de uso sustentável em 2014, abrangendo mais

de 30 milhões de hectares para diferentes usos sustentáveis.

Essas lutas influenciam as propriedades e posses na aceção de um regime, pois representam estratégias de acesso, uso e controle da terra e de (re)afirmação, criação e recriação de territórios. Apesar de todas as restrições legais e institucionais, da oposição e ameaças por representantes do agronegócio, há lutas e demandas contínuas por terras, principalmente por parte dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais (SAUER, 2012).

Mapa 1: Terras e territórios no Brasil, relacionando áreas de quilombolas, assentamentos de reforma agrária, terras indígenas e áreas de uso sustentável



⁴ A Lei 9.985, de 2000 – que regulamentou o art. 225 da Constituição e criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) – definiu as unidades de conservação de uso integral e as de uso sustentável. Divididas em sete (07)

categorias, sendo a mais conhecida a RESEX, as unidades de uso sustentável têm como objetivo “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais” (BRASIL, 2000, Art. 7º, §2º).

Fontes: INCRA, Funai, Fundação Palmares e ICMBio, 2014.

A representação geográfica acima ilustra as conquistas territoriais por parte de diferentes sujeitos. Nesse sentido, existem processos de construção de identidades sociais e políticas (auto-definição), que envolvem demandas que transcendem os direitos de propriedade da terra (SAUER, 2012). Assim, a auto-definição se refere à identidade social do grupo e suas práticas históricas de uso da terra (ALMEIDA, 2011). Em segundo lugar, a luta pela terra, além de garantir condições de vida social, cria lugares para a auto-determinação, relacionada com a “libertação e emancipação” (SAUER, 2012, p. 98). Como tal, a terra é vista como um lugar de vida e “não se restringe à luta pelo acesso, necessariamente, via direito real de propriedade. Há que se considerar um espaço institucional mais amplo de lutas, que inclui outras formas de acesso, com processos sociais e políticos complexos interligados à luta por terra como lugar de justiça social” (CASTRO, 2013, p. 44).

As reivindicações populares por terra e os processos de autodeterminação transcendem lutas por acesso e controle dos meios de produção (MARÉS, 2015). São processos de construção de sujeitos sociais e políticos. Recriam as relações

socioambientais e transformam áreas rurais, construindo territórios (ALMEIDA, 2011; SAUER, 2012), nos quais há desafios ou mesmo subversões da noção de propriedade. A busca por terra “como um lugar de vida” (SAUER, 2010), deve ser considerada como uma luta em um espaço institucional mais amplo que inclui formas híbridas e múltiplas modalidades de acesso e utilização.

Assim, os direitos de propriedade e de posse (e de arrendamento) também refletem os “novos aspectos e perspectivas do mundo rural brasileiro, trazendo consigo os antigos e novos dilemas, além das demandas por acesso digno e sustentável por terra” (CASTRO, 2013, p. 11). Nesse sentido, as lutas por terra guardam interface com os direitos de propriedade e de posse, geridos – e em alguns casos, reformulados - de acordo com os interesses, visões e exigências decorrentes das identidades sócio-políticas e movimentos sociais.

2. AS LUTAS SOCIAIS E A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL
BRASILEIRA DE 1988: a função
socioambiental da terra

Apesar da repressão nos anos 1960 a 1980, as demandas por terra se mantiveram na agenda política nacional. Os sindicatos rurais, líderes populares e agentes pastorais (a maioria deles sob a coordenação da Comissão Pastoral da Terra - CPT), juntamente com organizações camponesas, permaneceram resistindo às tentativas de expulsão (SAUER, 2010). A CPT, no entanto, não estava sozinha, pois sindicatos de trabalhadores rurais também engendravam ações e resistências, ainda que a nível local e a despeito de toda perseguição (WELCH e SAUER, 2015).

Nesse contexto, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), fundada em 1963, exigia a reforma agrária, argumentando que o Estatuto da Terra, de 1964, devia ser implementado, de forma a reforçar institucionalmente o clamor social. Essa posição legalista mudou progressivamente após 1979, ano em que o congresso nacional da CONTAG foi marcado por reivindicações sobre uma reforma maciça e abrangente sobre a terra (MEDEIROS, 1993; WELCH e SAUER, 2015).

Ademais, novas oportunidades configuraram-se no final de 1970, como resultado da abertura política gradual do regime de exceção, no sentido de restaurar a democracia. As mobilizações populares e a anistia política, concedida em 1979,

resultaram na criação de várias organizações como o Partido dos Trabalhadores (PT) em 1979, e a Central Única dos Trabalhadores (CUT), em 1983, abrangendo vários sindicatos urbanos e rurais (SAUER, 2010).

Nesse processo de construção de novas organizações populares e reconstrução de partidos políticos, as mobilizações populares foram mantidas e, através delas, a agenda política de acesso à terra (DEERE e MEDEIROS, 2007). Esse processo resultou na criação do MST, em 1984/1985, consolidando a luta por meio de ocupações de terra (SAUER 2013; STÉDILE e FERNANDES, 1999; MARTINS, 1994;). No início dos anos 1980, as articulações de novos movimentos sociais engendraram manifestações de rua e comícios, exigindo democracia e liberdade política. Tais mobilizações “aumentaram as expectativas quanto à possibilidade de reforma agrária” (DEERE e MEDEIROS, 2007, p. 83), vista como mecanismo para democratização política (SAUER, 2010).

O primeiro governo civil foi obrigado a elaborar o primeiro Plano Nacional de Reforma Agrária (PNRAI), lançado no IV Congresso Nacional da CONTAG, em maio de 1985, prometendo assentar cerca de 1,4 milhões de famílias sem terra no período de quatro anos. O governo Sarney (1985-1989) não cumpriu

esta meta. Os movimentos sociais agrários – liderados pela CONTAG e pela Associação Brasileira de Reforma Agrária (ABRA) - direcionaram então suas demandas e mobilizações para a Assembleia Nacional Constituinte, eleita em 1986 para formular uma nova Constituição (WELCH e SAUER, 2015; MARTINS, 1994).

Os movimentos sociais rurais participaram ativamente de todo o processo, especialmente por uma emenda popular que reuniu 1,2 milhão de assinaturas apoiando a inclusão da reforma agrária no texto constitucional (MARTINS, 1994). Até o final da intensa disputa na Assembleia Constituinte, a Constituição estabelecia claramente que a propriedade - qualquer propriedade, não apenas a terra – deveria cumprir sua "função social" (artigo 5º, XXI). A Constituição de 1988, em seu artigo 184, estabeleceu que o Estado deve desapropriar, para fins de reforma agrária, qualquer terra que não cumprir sua função social (SAUER, 2010).

O artigo 186, da Letra Maior de 1988, adotou a noção de que a propriedade da terra deveria ser condicionada aos direitos da coletividade e não apenas aos direitos privados (MARES, 2003). A função social foi definida por quatro critérios (artigo 186, CF/88): I) utilização racional e adequada; II) utilização adequada

dos recursos naturais e preservação do meio ambiente; III) cumprimento das disposições que regulam as relações de trabalho e, IV) exploração ou utilização que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 2014). A Constituição de 1988 poderia ser rotulada como uma constituição ambiental e de evidente apelo social (MARÉS, 2003; TARTUCE, 2014), em que a propriedade privada está subordinada à função social (CASTRO, 2013; SAUER e FRANÇA, 2012).

Pelo artigo 225, estabeleceu também direitos ambientais, partindo da noção de meio ambiente como um bem de uso comum. Nesse sentido, afirma-se que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao poder público e à sociedade, o dever de defendê-lo e preservá-lo em favor das gerações presentes e futuras (BRASIL, 2014). Portanto, o mandato constitucional impõe o dever de preservação não só às autoridades públicas, mas a todos (SAUER e FRANÇA, 2012, p. 295).

Assim, a terra não deve apenas cumprir uma função social, mas também uma função ambiental (SAUER e FRANÇA, 2012, p. 295), ou uma função socioambiental. Por conseguinte, o artigo 186 estabelece requisitos ambientais, estritamente ligados e postos para além do

uso econômico e produtivo da terra. O dispositivo “uso racional e adequado” não deve ser interpretado apenas em sua dimensão econômica, muito menos com base na noção de “produtividade” (artigo 185, II, CF/88). Isto confunde e distorce o conceito de função social (MARTINS, 1994), negando a dimensão ambiental como parte constitutiva da função, mas também do uso, propriedade, controle ou posse da terra (MARÉS, 2003).

A função socioambiental é uma importante inovação constitucional. Ela tem sido desafiada pela histórica concentração fundiária e reduzida às perspectivas econômicas e produtivas (SAUER, 2013). Isso por que o “uso racional e adequado” foi traduzido apenas pela dimensão econômica, seja através da Lei n. 8.629, de 1993⁵, seja por decisões judiciais em que o único critério para desapropriação para fins de reforma agrária é avaliar se a terra está produzindo ou está ociosa. Nesse sentido, a noção de “terra produtiva” (art. 185, II) bloqueia qualquer possibilidade de desapropriar terras que não estejam cumprindo a sua função socioambiental,

reduzindo a noção a uma perspectiva apenas econômica (SAUER, 2013).

Esse contexto de disputas sobre a redação dos dispositivos constitucionais agravou-se através das manobras dos setores patronais (MARTINS, 1994). Nessa linha, o artigo 185, inciso II (BRASIL, 2014) introduziu o conceito de “terra produtiva” (MARÉS, 2003). Tal inserção “duplamente enganosa” levou a uma “ambiguidade completa” sobre a definição de “bens sujeitos à expropriação” (MARTINS, 1994, p. 90)⁶.

Se, por um lado, a Constituição proclamou a função social (art. 186), por outro, tornou-se insuscetível de desapropriação as propriedades produtivas (MARES, 2003, p. 194). Esse dispositivo permitiu uma interpretação às avessas do intuito constitucional originário, pois, se a terra não cumprir a função social, mas for considerada produtiva, não poderá ser desapropriada (MARES, 2003, p. 119). Assim, mais do que apenas uma ambiguidade, “este conceito permitiu uma interpretação e prática jurídica invertendo completamente o espírito constitucional”

⁵ A Lei 8.629/93 consolidou esta redução pois estabeleceu que a terra produtiva é “aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, grau de utilização da terra [GUT] e de eficiência na exploração [GEE]” (BRASIL, 1993, Art. 6º), reduzindo aos assim chamados índices de produtividade, sem referência à necessidade do uso ambientalmente adequado com parte da função social (SAUER 2011).

⁶ A propriedade individual da terra e seus dispositivos correlatos, posse, uso, fruição e disposição, produzem uma patrimonialização do direito, reduzindo-o a um valor monetariamente representado, daí porque a desapropriação não a ofende, mas ao contrário a reconhece e a reafirma” (MARÉS, 2015, p. 88).

(SAUER e FRANÇA, 2012, p. 297), dando base para decisões judiciais e medidas administrativas, em que a produtividade é um atributo suficiente para proteção integral da propriedade (MARES 2003; ALFONSIN, 2003).

Esse tem sido o principal argumento para afirmar que os movimentos sociais agrários foram derrotados no processo constitucional de 1988. Em outras palavras, os grandes proprietários de terras e setores patronais foram capazes de determinar, por via constitucional (CASTRO, 2013), que a propriedade produtiva não seja objeto de desapropriação para fins de reforma agrária (MARTINS, 1994). Para além disso, a hermenêutica constitucional sobre a função social também evidencia diferenças teóricas e políticas sobre o conceito de terras e territórios. As distinções são reforçadas por outros artigos constitucionais como o reconhecimento fundamental dos direitos territoriais das comunidades quilombolas (artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT) e dos grupos indígenas (artigo 231, CF/88) (BRASIL, 2014). Referidos artigos são baseados em direitos (um “direito originário”) relacionados a uma tradição, uma vez que os territórios indígenas e

quilombolas são “terras tradicionalmente ocupadas” (SAUER 2011; MARÉS, 2003).

Conseqüentemente, a hermenêutica constitucional e a prática jurídica, enfatizando relações além das leituras dominantes sobre produção e produtividade, têm reconhecido uma diferenciação entre as noções de terra (vista apenas como um meio e local de produção) e de território (como um lugar ou terra de identidade, de auto reconhecimento e/ou de ocupação histórica)⁷. Tal distinção não é apenas conceitual, mas provê significados diferentes para as lutas por terra (muitas vezes vistas apenas como ocupações de terras improdutivas), para os direitos territoriais e para as resistências das comunidades tradicionais (SAUER 2010, p. 298).

Os conflitos e limitações impostas à função socioambiental da terra e a falta de uma clara diferenciação constitucional entre a terra e o território não são apenas um aspecto da história jurídica. Os modelos sociais, políticos e econômicos do Brasil têm sido historicamente baseados na grande propriedade da terra. Esses modelos assumem novas dimensões ao longo da história, mas não mudaram

⁷ E fundamental entender que os termos “estar ocupando” ou “ocupar” não se “referem ao conceito jurídico de posse”, mas “significam as terras dão conteúdo ao grupo étnico”, portanto o direito territorial das comunidades tradicionais (indígenas

ou quilombolas) não surge “de uma posse imemorial, permanente” que se aproximaria de “uma usucapião de mais de cem anos” (MARÉS, 2015, p. 88-89).

significativamente, em razão dos rearranjos de forças e novas alianças entre setores da classe dominante industrial-financeira e as oligarquias rurais (MARTINS, 1994). Em tais processos e alianças, o campesinato - ou simplesmente a população rural - foi historicamente aliado de todos os pactos e acordos políticos (MARTINS, 2002), sendo negado aspectos básicos de cidadania (direitos humanos) e da democracia (participação popular, inclusive tomadas de decisão).

É importante reconhecer aqui que, mesmo nos casos de assentamentos rurais, os direitos à terra não são perfeitamente delimitados ou homogêneos. Embora as famílias sem-terra conquistem o acesso e o direito de uso das glebas, a terra permanece sob um título emitido pelo INCRA. Assim, os assentamentos são terras públicas - uma espécie de usufruto em favor das famílias - ao mesmo tempo em que se debate a natureza mais adequada dessa titulação (há propostas que vão desde a concessão de títulos de lotes como propriedades privadas à simples manutenção das terras públicas sob controle do Incra). Por sua vez, os movimentos sociais - em especial o MST - defendem a titulação pela “concessão real de uso” ou “direito de concessão de uso”, como um vínculo permanente, inclusive para efeitos sucessórios, mas sem nenhum

direito de alienação (aqui precisamos de uma fonte/referência).

Apesar disso, as lutas não se restringem às demandas por acesso à terra e à utilização e controle de territórios. Há também uma luta contra a exclusão política e a marginalização social, construída no bojo do processo de modernização e de aumento da produção agrícola. Assim, as lutas e reivindicações são eminentemente lutas políticas por terra, cidadania, inclusão social e democracia (SAUER, 2010). Consequentemente, as mobilizações sociais, lutas e conquistas de camponeses, famílias sem-terra, comunidades quilombolas, povos indígenas, comunidades tradicionais e populações rurais devem ser vistas como parte de processos sociais de “reinvenção” do campo no Brasil (SAUER, 2010). A luta pela terra materializa essa recriação à medida que acrescenta novos elementos e perspectivas para a vida das pessoas nas áreas rurais, criando novas possibilidades sobre uso, acesso, controle, propriedade e posse da terra (MARÉS, 2015; SAUER, 2012).

3. ACESSO À TERRA E FORMAS DE USO: REGIME DE PROPRIEDADES E POSSES

No Brasil, a propriedade é um instituto que, apesar das profundas raízes constitucionais (art.5º, inciso XXII, CF/88), está conceitualmente discriminada no Código Civil de 2002. Trata-se de direito real, que garante à pessoa física ou jurídica as faculdades de “usar, gozar, dispor e reaver alguma coisa” (DINIZ, 2010, p. 848). É ainda “um poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral” (BEVILÁQUA, 2003, p. 127), estando presente no artigo 1.228, caput, do Código Civil brasileiro⁸.

Embora existam outros direitos reais⁹ (tais como o usufruto, superfície, servidão, uso, concessão de uso especial para fins de moradia, concessão de direito real de uso), entende-se que a propriedade é “por excelência” o principal deles (TARTUCE, 2014, p. 900), razão pela qual a referência à propriedade aqui não exclui outras espécies secundárias. Por outro lado, a posse não se enquadra nesse rol, sendo apenas a externalização de um poder e controle exercido sobre a coisa. É, assim, “o domínio fático que a pessoa exerce sobre a

coisa” (TARTUCE, 2014, p. 861). Por força do art. 1996 do Código Civil, considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Mas, se a distinção teórica entre propriedade e posse é relativamente clara para o Direito, na prática e aos olhos do leigo, esses institutos parecem se confundir, em especial, quando se trata de acesso à terra no Brasil. Para compreender melhor tal complexidade, o presente artigo considera que o termo “terra” não se refere somente às glebas, solos ou ao fator ou meio de produção em si. Inclui a noção de território, em uma perspectiva integradora, enquanto manifestação das relações econômicas e de poder, base de recursos naturais e construído a partir de referências simbólico-culturais (HAESBAERT, 2012). A terra abarca “a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam” (art. 13, Convenção nº 169, OIT)¹⁰.

Nesse contexto, a discussão sobre propriedade e posse da terra ultrapassa as

⁸ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

⁹ Os direitos reais admitidos no Brasil estão previstos no rol taxativo do artigo 1.225 do Código Civil, acrescentando-se o direito de preferência do inquilino (art. 33 da lei 8245/91) e a alienação fiduciária em garantia (DL 911/69 e dos arts. 1361 a 1368 do CC).

¹⁰ Adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989. Promulgada no Brasil, pelo Decreto nº 5.051, de 19/04/04.

categorias classificatórias do Direito. É compreendida não na literalidade do título cartorial ou ato judicial, mas em sentido mais amplo, como procedimentos e direitos postos em disputa. Isto é, elementos em construção dinâmica, inseridos na luta por acesso à terra e moldados por formas de ser, agir e viver das categorias sociais. Configuram-se como estruturas “que influenciam e, ao mesmo tempo, são influenciadas” (BOURDIEU, 1996) por lutas e disputas entre sujeitos políticos e atores sociais.

As lutas e as formas de relação com a terra ocasionam variações do usar, gozar, dispor e reaver, principalmente quando se trata da utilização de “bens da vida física e moral” (BEVILÁQUA, 2003, p. 127), de grande repercussão sobre um grupo social, caso da terra para agricultores familiares, indígenas, quilombolas, extrativistas, quebradeiras, dentre outras comunidades tradicionais. A amplitude axiológica e social que se atribui à terra, importa reconhecer que a propriedade e a posse estão reguladas no mundo jurídico, mas se reinventam e se concretizam no âmbito das disputas sociais (CASTRO, 2013). Por isso, diferentes regimes de propriedades e posses não representam somente variações legislativas ou procedimentais, mas o efeito

das próprias relações sociais, tomadas em suas representações, símbolos e lutas por legitimação das identidades, dos territórios e de reconhecimento legal.

Os regimes de propriedades e posses se desenvolvem como formas fundiárias em que os limites e as práticas transitam entre direitos reais e possessórios, legalmente definidos, e suas formas híbridas no seio de categorias sociais¹¹. Há a propriedade coletiva (correspondendo, por exemplo, aos quilombolas), a posse permanente (correspondendo, por exemplo, aos povos indígenas), o uso comum temporário, mas repetido em cada safra (correspondendo, por exemplo, às quebradeiras de coco babaçu), o “uso coletivo” (correspondendo, por exemplo, aos faxinalenses), o uso comum e aberto dos recursos hídricos e as demais concessões de uso, como o comodato (correspondendo, por exemplo, às comunidades ciganas) e as sobreposições de territórios tradicionais com unidades de preservação ambiental, na realidade de pomeranos, quilombolas, indígenas e outros povos (ALMEIDA, 2006, p. 60).

A Constituição de 1988 assegura aos indígenas a posse e usufruto da terra. As terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas configuram bens da União (art.

¹¹ Na literatura internacional, geralmente a discussão sobre uso dos commons utiliza quatro (04) regimes de propriedade, que são

„propriedade privada“, „propriedade pública“ (ou propriedade estatal), „propriedade comunal“ e „acesso aberto“ (Ver MORIMURA, 2015, p. 18s).

20, XI, CF), enquanto a posse permanente da gleba e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes são reconhecidos em favor das comunidades indígenas (art. 231, § 2º). Os artigos 20 e 231 da Constituição Federal atribuem um caráter de permanência à posse e de exclusividade ao usufruto. Não obstante, neste último instituto, a norma civil brasileira é de, no geral, adotar o usufruto sempre temporário, personalíssimo e intransmissível¹².

O regime de posse indígena não se enquadra nessa lógica cível. O caráter de ocupação tradicional da terra, o uso coletivo de seus recursos, o aproveitamento permanente e contínuo do espaço físico e cultural, ao longo de sucessivas gerações, são especificidades de diversas comunidades indígenas, incompatibilizando-se com as regras puras da temporariedade e intransmissibilidade do direito de usufruto. Assim, não se trata somente de reconhecer a existência de um tipo especial de usufruto, o “usufruto indígena”, mas de um regime específico de afetação, com “destinação constitucional a

fins específicos” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 577).

O regime de posse indígena é ainda mais peculiar se levarmos em conta que esse direito recai sobre bens altamente valorados do ponto de vista econômico, mas sobretudo, dotados de significações étnicas, culturais e afetivas. Além disso, trata-se de posse não sobre qualquer tipo de terra, mas terras ocupadas tradicionalmente¹³ e historicamente reivindicadas nas lutas indígenas por reconhecimento identitário e territorial. Ademais, após procedimentos de identificação, reconhecimento, demarcação e homologação que, por si só, caracterizam uma fase prévia peculiar à posse indígena, o regime resultante é de terras que possuem natureza de bem público federal, mas ao mesmo tempo de posse privada, contínua e coletiva, em combinação com o usufruto exclusivo e sucessivo das áreas. Esse intrincado arranjo de acesso à terra não é somente uma formulação legal, mas se faz como estrutura “construída a partir da realidade” (MARÉS, 2010, p. 121).

A especialidade do regime de posse e usufruto é patente também por recair sobre um bem de finalidades não uniformes. Há

¹² Pelo Código Civil de 2002, o usufruto é, por regra, temporário e se extingiria, por exemplo, na hipótese de morte do usufrutuário. É também intransmissível, pois não permite a transferência por ato entre vivos (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 571), opondo-se à lógica de utilização de posse e usufruto indígenas.

¹³ Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas são as glebas indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988, direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

“dimensões distintas, mas complementares” que remetem “às diferentes formas de ocupação ou apropriações indígenas”, resultando em direitos sobre terras ocupadas em caráter permanente, “mas também sobre as utilizadas para atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação ambiental e as necessárias à reprodução física e cultural” (GALLOIS, 2004, p. 37). Esse regime é marcado pela existência de diferentes lógicas espaciais. “Não é da natureza das sociedades indígenas estabelecerem limites territoriais precisos para o exercício de sua sociabilidade. Tal necessidade advém exclusivamente da situação colonial a que essas sociedades são submetidas” (OLIVEIRA FILHO, 1996, p.09). Na “transformação de um território em terra, passa-se das relações de apropriação à nova concepção, de posse ou propriedade”. Há assim, um regime marcado pela tensão entre a noção de “terra indígena”, que diz respeito ao processo político-jurídico conduzido pelo Estado, e a de “território indígena”, que remete à relação entre uma sociedade e sua base territorial (GALLOIS, 2004, p. 39).

Diferentemente, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

(ADCT), da Constituição de 1988, assegura a propriedade da terra às comunidades quilombolas. Na prática, isso significa que a terra não pertence à União, mas aos remanescentes da comunidade. Contudo, também no caso dessa categoria social, o regime não é puramente privado. A propriedade quilombola, distinguindo-se das normativas do Código Civil, se configura através de um procedimento administrativo, que inclui uma portaria, declarando os limites do território. Na sequência, a regularização fundiária ocasiona a desintrusão de ocupantes não quilombolas, desapropriação de glebas, pagamento de indenizações e demarcação das áreas. Entre a posse e a propriedade quilombola, isto é, até que haja o reconhecimento de domínio, há uma forma provisória e intermediária de acessar à terra, consistente no título de concessão de direito real de uso coletivo, para que, caso queiram, possam exercer direitos reais sobre a terra (Instrução Normativa nº 56/09¹⁴).

Em última análise, a propriedade de terras quilombolas culmina na outorga de um título coletivo, pró-indiviso, emitido em nome da associação comunitária e sem ônus financeiro. Os aspectos negociais sobre a terra também são moldados, pois ocorre a

¹⁴ Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos

de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.

inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade das áreas¹⁵. Se, por um lado, os procedimentos administrativos e seus resultados evidenciam a burocracia e a falta de efetividade do Estado brasileiro¹⁶, por outro, a especificidade do reconhecimento e da titulação das terras quilombolas é fruto de suas formas de ser, agir e viver, bem como de lutas e processos históricos de resistência política, econômica e cultural.

A percepção de regimes de propriedade e posse, exemplificada nos casos de indígenas e quilombolas, não é um fenômeno restrito¹⁷. As formas específicas de ocupação espacial traduzem territórios e práticas sociais que regulam o uso do espaço (RAFFESTIN, 1993; GALLOIS, 2004). Os limites da propriedade e da posse se desdobram em regimes que, na prática, evidenciam profundas diferenças nos atributos de uso, gozo, disposição e

reivindicação da terra. Essa diferença não é somente um aspecto reconhecido a partir da função social da propriedade e da posse, nem se restringe a classificações jurídicas. Devem ser concebidas como regimes, no sentido de formas fundiárias específicas, no seio das comunidades de açorianos, babaqueiros, caboclos, caiçaras, caipiras, campeiros, jangadeiros, pantaneiros, pescadores artesanais, praieiros, sertanejos e varjeiros (DIEGUES e ARRUDA, 2001).

Da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, os “aspectos situacionais e o advento de identidades coletivas tornaram-se um preceito jurídico marcante para a legitimação de territorialidades específicas e etnicamente construídas” (COSTA FILHO, 2010, p. 07), conjugando assim direitos reais e possessórios aos direitos consuetudinários. Nesse sentido, distintos regimes de propriedades e posses se consolidam através de regulações, como

¹⁵ Caso as terras quilombolas incidam sobre unidades de conservação, áreas de segurança nacional, faixas de fronteira e, ainda, sobre terras indígenas, haverá coexistência, para garantir a sustentabilidade das comunidades e a conciliação com os interesses do Estado, mediante atuação conjunta de órgãos estatais (art. 16, Instrução Normativa nº 56/09).

¹⁶ Após 15 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a regulamentação do Artigo 68, através do Decreto nº 4.887/2003. Porém, desde 2004, o decreto está sob questionamento judicial no Supremo Tribunal Federal, através da ADIN 3239. Tramita também a PEC 215, que visa transferir para o Congresso Nacional a responsabilidade pela demarcação de terras indígenas, quilombolas, extrativistas e das Unidades de Conservação.

¹⁷ O caráter mais amplo dos regimes de

propriedade e posse se reflete na organização de unidades de conservação (UC's), em especial as de Uso Sustentável, cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de seus recursos naturais, de forma socialmente justa e economicamente viável (art. 7º, §2º. c/c art. 2º, inciso XI da Lei nº 9.985/2000). As Unidades de Uso Sustentável são compostas pelas seguintes categorias: Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável, Reserva Particular do Patrimônio Natural. O regime peculiar se dá porque a criação da unidade não transfere o domínio das terras para o patrimônio público, o que ocorre por meio de desapropriação, indenização de posses e a obtenção pelo órgão responsável pela área da licença para geri-las (MILARÉ, 2014)

aquelas que se referem aos babaçuais no estado do Maranhão, às áreas de fundo de pasto na Bahia, às populações ribeirinhas e aos povos da floresta do Amazonas, aos faxinais do Paraná, às “Leis do Babaçu Livre” no Maranhão, Pará e Tocantins, às “Leis do Licuri Livre”, entre outros (ALMEIDA, 2006, p. 28). Essas categorias sociais estabelecem relações com o seu espaço, ou seja, valorizam-no a seu modo e é no interior deste processo que se pode identificar relações culturais com o espaço (ALMEIDA, 2006; COSTA FILHO, 2010; CASTRO, 2013).

Os regimes de propriedade e posse não são apenas variações classificatórias do direito. São efetivos “modos de criar, fazer, viver” e de “expressar” (Art. 216, incisos I e II, CF/88) o uso da terra, seus significados e a luta por autonomia na utilização, administração e conservação de territórios. Relacionam-se com obras, objetos, documentos, edificações, celebrações, festividades e demais espaços artístico-culturais. Os regimes de propriedade e posse são variações da legislação e da prática, portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, visíveis como “patrimônio cultural brasileiro” (Art. 216, CF/88).

Por fim, a questão subjacente é de que as relações com a terra, parentesco,

território, ancestralidade, tradições e práticas culturais próprias de uma categoria social impactam no direito de propriedade e de posse, repercutindo em regimes que podem variar caso a caso, transcendendo o purismo das formas jurídicas ou criando “figuras híbridas” (CASTRO, 2013, p. 158). Essa situação, de um lado, caracteriza a diversidade cultural, a capacidade criativa e de adaptação das categorias sociais. Por outro, evidencia que o direito e a terra são espaços de disputa, lutas e identidades.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concentração fundiária brasileira tem sido, historicamente, a principal causa da luta pela terra, estabelecendo-se como fator de oposição à democratização das terras e direitos. As lutas sociais e inovações da Constituição Brasileira de 1988, em particular a função socioambiental da terra, são o resultado de intensa mobilização de sujeitos políticos e atores sociais com diferentes pontos de vista sobre as agendas agrária e nacional. Apesar de todos os problemas, críticas e disputas políticas, as lutas por terra resultaram em cerca de 26% da área territorial brasileira transformada em assentamentos da reforma agrária, terras indígenas, territórios quilombolas e Áreas de Uso Sustentável.

Essas conquistas sociais e políticas resultaram em diferentes usos da terra e são conhecidas em todo o mundo, em grande parte por causa das ocupações organizadas pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST). Outras lutas, convergentes nas agendas de democracia e justiça social, permanecem ativas. Nesse sentido, há reivindicações de povos indígenas, comunidades quilombolas e comunidades tradicionais (seringueiros, comunidades extrativistas, quebradeiras de coco, entre muitas outras), que exigem acesso à terra, direitos e territórios, cada um à maneira específica de suas realidades sociais. Assim, as diversas dinâmicas dessas categorias sociais permitem argumentar sobre a existência de um regime de propriedades e posses sobre a terra.

O regime de propriedades e posses baseia-se no direito formal, mas vai além dele. Configura-se como adaptação, resistência e reinvenção de formas de acesso à terra. Ocorre em meio a processos coordenados pela lógica do agronegócio, marcada pela concentração de terra, capital e informação. Assim, os diferentes grupos sociais e culturais, no contexto das lutas sociais e acesso à terra, reinventam os direitos de propriedade e de posse, colocando o Direito e a terra como territórios em questão, isto é, como conceitos, direitos e políticas públicas em

constante construção e disputa. Dessa forma, o regime de propriedades e posses não é apenas uma variação classificatória do mundo jurídico. Implica em efetivas adaptações sociais e legais que permitem um "criar, fazer", "modos de viver" e formas de "expressão" dos significados e das lutas por terra e autonomia territorial. Na acepção de um regime, são alterações e variações nas práticas sociais e na legislação, com referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos, visíveis como "patrimônio cultural brasileiro" (artigo 216, CF/88).

Na prática, o regime se concretiza por projetos comunitários e de cooperação, que combina atividades agrícolas e extrativas (atividades agroextrativistas), administrações populares de recursos naturais e vários outros usos econômicos e sociais. Por outro lado, essas experiências destacam uma relação com a terra, na qual as propriedades, posses e outras formas de acesso não se restringem a uma concepção econômica. Há uma infinidade de relações agrárias, parentescos, territórios, tradições e práticas culturais das categorias, que se manifestam como fatores de impacto e reinvenção colocados "sobre" e "através de" propriedades e direitos de posses. Esse sistema transcende o purismo das formas jurídicas e proporciona a criação de "figuras híbridas". Por outro lado, caracteriza a

diversidade cultural, a criatividade e a capacidade de adaptação das categorias sociais. Todo esse contexto nos mostra que a lei e a terra são espaços sociais em disputa.

Assim, a materialização do conceito de território transcende a noção de direitos e terras apenas como um meio e local de produção. Finalmente, apesar de tais vitórias, as disputas de terras e os conflitos ainda são uma realidade, especialmente em razão de uma agroindústria sedenta de terras e voltada para a produção de commodities agrícolas e não-agrícolas para o mercado global.

Referencias

ALFONSIN, J.W. O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

ALMEIDA, A.W.B. A reconfiguração das agroestratégias: novo capítulo da guerra ecológica. In: SAUER, S. e ALMEIDA, W. (orgs.). Terras e territórios na Amazônia: demandas, desafios e perspectivas. Brasília, Editora da UnB, 2011, p. 27-44.

ALMEIDA, A.W.B. Quilombolas, Quebradeiras de Coco Babaçu, Indígenas, Ciganos, Faxinaleses e Ribeirinhos: movimentos sociais e a nova tradição. Revista Proposta, v. 29, n. 107/108, 2006, p. 25-38.

ALSTON, L. and Mueller, B.P.M. Property Rights, Land Conflict and Tenancy in Brazil. NBER Working Paper Series, vol. 15771, 2010, p. 1-44.

BALETTI, B. Saving the Amazon? Sustainable soy and the new extractivism. Environment and Planning A, vol. 46, 2014, p. 5-25.

BENATTI, J.H. A soja na Amazônia e o ordenamento territorial. Anais do Seminário: a geopolítica da soja na Amazônia, Dezembro, Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, 2003.

BEVILÁQUA, C. Direito das Coisas. Brasília, Senado Federal, 2003.

BOITO, A; BERRINGER, T. 'Social Classes, Neodevelopmentalism, and Brazilian Foreign Policy under Presidents Lula and Dilma'. Latin American Perspectives. Vol. 41, 2014, p. 94-109.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, Presidência da República –
Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
(Acesso em 15 de Janeiro de 2017).

_____. Decreto 6.040. Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília – Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm
(Acesso em 19 de Janeiro de 2017).

_____. Lei 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Brasília, 2000. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm (Acesso em 18 de abril de 2017).

_____. Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 – Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Brasília, 1993 – Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm (Acesso em 18 de abril de 2017).

CALEGARE, M.G.A.; Higuchi, M.I.G.; Bruno, A.C.S. Traditional peoples and communities: from protected areas to the political visibility of social groups having ethnical and collective identity. *Ambiente & Sociedade*, vol.17, n. 3, 2014, p. 115-134.

CASTRO, L.F.P. Dimensões e lógicas do arrendamento rural na agricultura familiar (dissertação de mestrado). Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

_____. Agricultura Familiar, Habitus e Acesso à Terra. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, vol. 2, 2015, p. 91-105.

CASTRO, L. F. P.; SAUER, S. A Problemática e as Condicionantes dos Arrendamentos Rurais na Agricultura Familiar. In: 50º Congresso da SOBER 2012, 2012, Vitória/ES, 2012.

COSTA FILHO, A. Quilombos e Povos Tradicionais. Grupo de Estudos em Temáticas Ambientais. GESTA UFMG. 2010. Disponível

em
<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/producao-academica/categoria/artigos/?pesquisa-titulo=&pesquisa-autor=ADERVAL+COSTA+FILHO&pesquisa-ano=> (Acesso em 23 de abril de 2016).

DELGADO, G. Economia do agronegócio (anos 2000) como pacto do poder com os donos da terra. *Revista Reforma Agrária*. Brasília, ABRA, edição especial, 2013, p. 61-68.

COSTA, W.M. O Estado e as políticas territoriais no Brasil. São Paulo, Contexto, 1998.

DEERE, C.D. e MEDEIROS, L.S. Agrarian reform and poverty reduction: Lessons from Brazil. In: AKRAM-LODHI, A.H.; BORRAS Jr, S.M. and KAY, C. (eds.). *Land, poverty and livelihoods in an era of globalization: perspectives from developing and transition countries*. London/New York, Routledge, 2007, p. 80-118.

DINIZ, M.H. *Código Civil Anotado*. São Paulo, Saraiva, 2010.

FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, B.M.; WELCH, C.A. e GONÇALVES, E.C. *Land Governance in Brazil. Framing the Debate Series*, no. 2 ILC, Roma, 2012.

FIGUEIREDO, L.M. Populações tradicionais e meio ambiente: espaços territoriais especialmente protegidos com dupla afetação. In: Vitorelli, E. (org.). *Temas Aprofundados do Ministério Público Federal*. Salvador, Juspodivm, 2013, p. 263-293.

GALLOIS, D.T. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: FANY, R. (org.). *Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza*. São Paulo, ISA, 2004, p. 37-41.

HAESBAERT, R. O mito da desterritorialização: do fim dos territórios à multiterritorialidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

_____. Território e multiterritorialidade: um debate. *GEOgraphia* – Disponível em <http://www.uff.br/geographia/ojs/index.php/geographia/article/view/213/2>

05. (Acesso em 15 de Janeiro de 2016).

HORTA, R.M. Estudos de Direito Constitucional. Del Rey editora, Belo Horizonte, 1995.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo agropecuário 2006. Rio de Janeiro, IBGE.
www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/default.shtm. 2009 (Acesso em 15 de Janeiro de 2016).

MARÉS, C.F. A constitucionalidade do direito quilombola. In: GEDIEL, J.A.P.; CORRÊA, A.E.; SANTOS, A.M. e SILVA, E.F. (orgs). Direitos em conflito: Movimentos sociais, resistência e casos judicializados. Curitiba, Kairós, 2015, p. 66-91.

_____. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. Curitiba, Juruá. 2010.

_____. A função social da terra. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.

MARTINS, S.J. Representing the peasantry? Struggles for/about land in Brazil. *Journal of Peasant Studies*, 29:3-4, 2002, p. 300-335.

MARTINS, J.S. O poder do atraso: Ensaio de sociologia da história lenta. São Paulo, Ed. Hucitec, 1994.

MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário. II Plano Nacional de Reforma Agrária: paz, produção e qualidade de vida no meio rural. Brasília, INCRA, 2005.

MILARÉ, É. Direito do ambiente. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORIMURA, M. M. Governança de recursos de Base Comum e capacidade adaptativa de comunidades de Fundos de Pasto. (tese de doutorado), Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, 2015.

PETRAS, J.; VELTMEYER, H. Are Latin American peasant movements still a force for change? Some new paradigms revisited. *Journal of Peasant Studies*, 28:2, 2001, p. 83-118.

OLIVEIRA FILHO, J.P. Viagens de ida, de volta e outras viagens: os movimentos migratórios e as sociedades indígenas. *Revista Travessia*, vol. 9, n. 24, 5-9, 1996.

RAFFESTIN, C. Por uma geografia do poder. São Paulo, Ática, 1993.

SAUER, S. O campo no Governo Lula: acordos com o agronegócio e embates nas políticas agrárias no Brasil. *Latin American Perspectives*, 2016 (prelo).

_____. Reflexões esparsas sobre a questão agrária e a demanda por terra no século XXI. In: STÉDILE, J.P. (ed.). *A questão agrária no Brasil: debate sobre a situação e perspectivas da reforma agrária na década de 2000*. São Paulo, Expressão Popular, 2013, p. 167-187.

_____. Land and territory: meanings of land between modernity and tradition. *Agrarian south: a Journal of Political Economy*. Sage, vol. 1, nº 1, 2012, p. 85-107.

_____. Considerações finais: apontamentos para a continuidade do (em)debate territorial. In: SAUER, S. e ALMEIDA, W. (orgs.). *Terras e territórios na Amazônia: demandas, desafios e perspectivas*. Brasília, Editora da UnB, 2011, p. 411-422.

_____. *Terra e modernidade: a reinvenção do campo brasileiro*. São Paulo: Expressão Popular. 2010.

_____. A luta pela terra e a reinvenção do rural. XI Congresso Brasileiro de Sociologia. Campinas, Unicamp, 2003, p. 1-25.

SAUER, S., FRANÇA, F.C. Código Florestal, função socioambiental da terra e soberania alimentar. *Caderno CRH*. Vol.25, n. 65, Salvador, Maio/Agosto, 2012, p. 285-307.

SAUER, S., LEITE, S.P. Agrarian structure, foreign investment in land, and land prices in Brazil. *Journal of Peasants Studies*. 39:3-4, 2012, p. 873-898.

SOUZA, M.L. 'Território' da divergência (e da confusão): em torno das imprecisas fronteiras de um conceito fundamental. SAQUET, M.A. e SPOSITO, E.S. (orgs.) *Territórios e territorialidades: teorias, processos e conflitos*. São Paulo, Expressão Popular, 2009, p. 57-72.

STÉDILE, J.P. e FERNANDES, B.M. *Brava gente: A trajetória do MST e a luta pela terra no Brasil*. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 1999.

TARTUCE, F. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2014.

WELCH, C.A e SAUER, S. Rural
unions and the struggle for land in
Brazil. *Journal of Peasant Studies*,
42:6, 2015, p. 1109-1135.

REFLEXÕES SOBRE AS COMEMORAÇÕES DO DIA DA MÃE-TERRA NAS NAÇÕES UNIDAS, EM 21 DE ABRIL DE 2017

REFLECTIONS ON MOTHER-EARTH DAY CELEBRATIONS IN THE UNITED NATIONS, ON APRIL 21, 2017

Cristiane Derani

Doutora

Universidade Federal de Santa Catarina
Brasil

Texto recebido aos XX/XX/XXXX e avaliado aos XX/XX/XXXX

No dia 21 de abril, as Nações Unidas promoveram o diálogo interativo organizado pela Assembleia Geral sobre a Harmonia com a Natureza, em que se discutiu a aplicação do par. 3 da resolução 71/232 de 21 de dezembro 2016 sobre a Jurisprudência da Terra e as recomendações do relatório externo apresentado na ocasião. O objetivo do evento foi encorajar a sociedade a repensar e redescobrir as relações com o mundo natural e o fundamento ético da relação entre humanidade e a Terra no contexto do desenvolvimento sustentável.

Entre as diversas e ricas deliberações, destaco uma de relevante interesse para o estudioso do Direito, posto ser referente a sua principal ferramenta: a linguagem.

Toda percepção da natureza é uma compreensão humana, social, cultural e historicamente situada. E, como tal, ela encontra na linguagem sua forma de expressão. A linguagem não é um simples vernáculo aleatório, com o qual ideias ganham formato. São arcabouços ideológicos, planos verbais da cultura, expressões de um pensamento historicamente construído.



A palavra faz pensar ao mesmo tempo em que o pensamento vivo vai à busca de seus nomes. O pensamento se expressa a partir de uma pré-compreensão do significado das palavras. Nas palavras de Merleau-Ponty, «il n'y a pas la pensée et le langage, chacun des deux ordres à examen se dédouble et envoie un rameau dans l'autre». A importância das palavras e seus significados, portanto, são fundamentais para o desdobramento do pensamento e pela interlocução nos diálogos.

A linguagem de proteção do meio ambiente entra no mundo político e jurídico, pela porta das Nações Unidas no final da década de 60 (resolução da Assembleia Geral da ONU, 2398 em 1968) e influencia toda construção subsequente do direito ambiental, em que a própria palavra natureza cede para a ideia de meio “milieu”, “environment”.

Nesse órgão, em 1972, surge o primeiro documento jurídico de direito ambiental internacional: a Declaração de Estocolmo, cujo vocabulário próprio mostra um predomínio das áreas econômica (recursos naturais, soberania permanente sobre recursos naturais, desenvolvimento econômico, indenização), científica (saúde, saneamento) e de direitos humanos (liberdade, igualdade).

A construção do direito ambiental como novo ramo do direito se faz pela adoção bastante acentuada de uma linguagem econômica, o que contamina todo o conjunto de normas que se desenvolve a partir de então. O vocabulário econômico e seus significados colonizam a percepção da natureza o direito ambiental nascente. A combinação das palavras e seus significados pré constituídos conformam o conteúdo do discurso e a racionalidade que o permeia. Das palavras provêm o seu já estabelecido significado (Wortbegriff). O conceito original permanece e é reproduzido em sua essência, limitando os sujeitos a um universo de expressão pré-concebido.

Segundo Merleau-Ponty:

Il y a une signification langagière du langage qui accomplit la médiation entre mon intention encore muette et les mots, de telle sorte que mes paroles me surprennent moi-même et m'enseignent ma pensée. Les signes organisés ont leur sens immanent, qui ne relève pas du 'je pense, mais du 'je peux'¹.

Quando o discurso sobre a natureza adota expressões como meio ambiente e recursos naturais, o todo orgânico interdependente conectado com o ser humano é esvaziado de vida e autonomia.

¹ Idem, 111.

Natureza é dissecada e a suas partes inanimadas atribui-se função e utilidade.

É significativa a história de expressões-chave do direito ambiental como recursos naturais e desenvolvimento sustentável. A expressão recursos naturais entra nas Nações Unidas em meio à disputa entre ex-colônias e metrópoles pela exploração econômica daquilo que é visto como valiosa matéria prima para o processo econômico. A discussão sobre o princípio da Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais registra a expressão “recurso natural” no léxico das Nações Unidas, no contexto da disputa pela titularidade para exploração.

Natureza, recurso natural, expressa uma compreensão estática, apartada, utilitarista da natureza, a qual se limita a objeto, disputado ambicionado por detentores de território e exploradores estrangeiros. A visão da natureza entra na plataforma ambiental da política internacional pelo viés da livre determinação dos povos e da soberania em explorar seu território e exaurir suas riquezas.

Ao adotar recurso natural, como sinônimo de natureza, fazendo equivaler a ideia de proteção dos recursos naturais à de conservação da natureza, opera-se uma interpretação distorcida da natureza. Por um lado, espousa-se a ideia de Lineu de que os

seres vivos podem ser classificados desprovidos de relação com o todo, por outro lado identifica natureza a bem econômico, com um valor-utilidade, a ser apropriado e utilizado nos processos humanos de produção.

Trinta anos após a discussão sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais, as Nações Unidas, em sua contínua busca do desenvolvimento de países descolonizados, depara-se com a expressão desenvolvimento sustentável. Expressão essa já presente no vocabulário econômico do pós-guerra, quando era apresentada como objetivo no processo de reconstrução europeia, visando a busca de um crescimento continuado e equilibrado.

No contexto ambiental, esta expressão econômica é trazida pelo relatório encomendado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, publicado em 1987, com o nome Nosso Futuro Comum. A expressão Desenvolvimento Sustentável provém da economia da reconstrução e aceleração do crescimento de uma Europa castigada pelas guerras. Nela, taxas de crescimento da produção, aumento de emprego e equilíbrio da inflação formam seu conteúdo.

Apresentada ao discurso ambiental, o conteúdo econômico pré-existente mimetiza-se com a conservação dos habitats e ecossistemas. A força

economicista da expressão coloniza o discurso ecológico com a racionalidade econômica e utilitarista. Natureza esvaziada de vida transmuta-se em elemento apropriável, recurso natural que lado a lado com elementos criados pela prática econômica – emprego, produção, consumo – passa a compor um novo organismo, o da economia ambientalmente responsável.

Em conclusão, a linguagem do direito ambiental é inapropriada para designar padrões de vida que subvertam a ordem exploratória e consumista reinante. Há um padrão racional que precisa ser quebrado para que a natureza seja compreendida em sua subjetividade, compreendida como um todo orgânico, dinâmico e integrado do qual o ser humano é componente e dependente. Essa quebra de racionalidade envolve uma modificação radical da linguagem que vem sendo empregada no direito ambiental. Racionalidade e linguagem desenvolvem-se conectadas e uma não se modifica sem a outra. Daí a importância da mudança de paradigma linguístico na busca de uma nova racionalidade política e jurídica para o tratamento dos processos ecológicos ameaçados pelas ações humanas. A adoção de uma nova linguagem é vital para a política que reverta o curso destrutivo

autoimposto pelos seres humanos de destruição da natureza.

Uma grande transformação do pensar, designar e agir está em curso e com ela a reformulação da linguagem do discurso é inalienável. Um processo de ressignificação ocorre e toma corpo na medida em que novos signos linguísticos são apropriados redefinindo as intenções e reconstruindo a cultura ao mesmo tempo em que dela é herdeiro².

Somos herdeiros de uma cultura iluminista que, durante o século XVIII, sedimentou a ideia de separação do ser humano da natureza e sua bipartição entre corpo e alma. A reaproximação do ser humano à ideia natureza como grande mãe é, ao mesmo tempo, uma subversão cultural que se constrói ao longo de pelo menos três séculos. A cultura do iluminismo que forjou a ideia de espécie humana deve ser reinventada, e para isso é importante olhar os povos indígenas que se mantiveram refratários ao processo europeu de individualização e desconexão do humano com a natureza.

O ser humano iluminista, homo sapiens, detentor de amplo poder de dominação por ser o único animal com razão e consciência de liberdade, não se

² « L'intention significative se donne um corps et se connait ele-meme em se cherchant um equivalente dans le systeme des significations disponibles que

representent la langue que je parle et l'ensemble des écrits et de la culture dont je suis l'heritier ». Idem, 113.

reconhece como parte e dependente daquilo que pretende submeter. Este homo não é o sujeito histórico natural cultural que encontra no outro seu complemento e na natureza seu suporte e simultânea realização material e espiritual e deve reencontrar-se com sua fonte criadora e colocar-se horizontalmente no conjunto da criação

Da natureza classificável em unidades (Lineu), e do homem histórico que se relaciona com o meio natural como objeto (Buffon), algo deve emergir. Na razão iluminista, o ser humano é reconhecido como proveniente da natureza, mas dela se separa por ser livre e consciente. Uma reconfiguração da linguagem pelo emprego da consciência livre do ser humano resignificando a relação humana natural-social pode ser construída na atividade política e jurídica. A referência a povos que não sucumbiram ao narcisismo enganador do iluminismo e mantiveram dentro de suas estruturas sociais e normativas a relação horizontal compreensiva e respeitosa com a natureza é fundamental. Novas designações e normas ecológicas reequilibradoras da relação homem e natureza são necessárias. A harmonia com a natureza é uma meta das sociedades que usam da política e do direito para desfazer-se das armadilhas traçadas pelo individualismo e utilitarismo. Para isso

o Direito e a Política devem empregar signos e significados compatíveis com a ideia de natureza dinâmica e integrada, dotada de um valor intrínseco, fonte de toda a vida, na qual o ser humano se conecta e dela depende.

GÉNERO Y PROCESOS INTERLEGALES

Reseña al libro de Victoria Chenaut, *Género y procesos interlegales, México, CIESAS –El Colegio de Michoacán, 2014*

GENDER AND INTERLEGAL PROCESSES:

a review of Victoria Chenaut's book, Gender and inter-process, Mexico, CIESAS - The Colegio of Michoacán, 2014

María Teresa Sierra

Doctora

Profesora – Investigadora del CIESAS

Mexico

mtsierrac@hotmail.com

El libro “Género y procesos interlegales” recoge una trayectoria de investigación de más de 25 años realizada por Victoria Chenaut en la que confluyen dos grandes pasiones: su pasión por los totonacos – un pueblo indígena mesoamericano que habita principalmente al norte del estado de Veracruz y al norte del estado de Puebla, en México-, su cultura, su historia y sus dinámicas de vida; y su pasión por la antropología jurídica como una vía para comprender los sentidos culturales y de poder vinculados al derecho, las dinámicas del cambio social y muy especialmente la

dimensión humana de los conflictos sociales.

Este libro es un referente para ambos campos de estudio. Victoria se inspira en el filo antropológico y etno-histórico de los trabajos clásicos de antropólogos como Alain Ichon (*La religión de los totonaca*, INI, 1973) en su búsqueda por comprender la cosmovisión totonaca, su conexión con el derecho indígena y los ordenamientos jurídicos interlegales. Toca aquí uno de los campos de investigación más fascinantes para la antropología jurídica, referidos a las lógicas culturales como estructuradoras del derecho, pero también más difíciles de abordar.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Pero principalmente el libro es una contribución a los estudios de la antropología jurídica mexicana y latinoamericana, en una trayectoria que inició hace ya 27 años cuando se publicó el Libro Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario en América Latina (1990), coordinado por Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde. Dicho proyecto nos impulsó a varias de nosotras a iniciar un camino de investigación que hasta fechas actuales nos sigue ocupando para comprender la vigencia del derecho indígena y sus formas de relación con el derecho estatal. En este contexto se sitúa una corriente de investigación a nivel latinoamericano que ha nutrido importantes discusiones y redes, como lo es la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), a la cual Victoria Chenaut ha contribuido de manera significativa desde su fundación. Este libro es una contribución a estos debates y es también producto de ellos.

El libro aborda los procesos de relación, cambio y tensión entre la ley y la costumbre, que se expresan en las disputas en las que se ven involucrados indígenas totonacas cuando se enfrentan a la justicia. Esta intensa interacción entre sistemas jurídicos imbricados en una intensa y conflictiva relación, revela la vigencia de procesos interlegales desde los cuales se

gesta la normatividad totonaca sin por ello perder su marcaje cultural: son finalmente los actores, que su búsqueda de justicia apelan a ordenes jurídicos diferenciados desde contextos sociales y culturales particulares. El foco analítico de la investigación está puesto en las prácticas jurídicas, en la manera en que los indígenas totonacas usan el derecho para resolver sus controversias y al hacerlo activan el orden jurídico estatal y sus propios marcos normativos. Victoria Chenaut desarrolló su investigación en el municipio de Coyutla, municipio situado en la Sierra de Papantla, en el estado de Veracruz; es en este espacio donde analiza las dinámicas del campo jurídico, como espacio de relación de actores sociales, hegemonizado por el derecho estatal.

II

El libro tiene la virtud de articular una perspectiva histórica de larga duración de los totonaca en la Sierra de Papantla, abarcando un periodo de más de 100 años, con una fina etnografía de procesos jurídicos contemporáneos en la misma región de estudio. Este es uno de los principales aportes y rasgos distintivos del libro de Victoria Chenaut. No solamente remite a la historia para ilustrar el presente, sino que analiza los procesos de formación del Estado en la región del totonacapan y

destaca de manera especial el sentido en que los totonacos de fines del XIX y principios del XX usaron el derecho para disputar sus tierras, para defenderse del acoso de hacendados y funcionarios, y mas tarde de las compañías petroleras extranjeras interesadas en la explotación de los recursos naturales. De manera muy afortunada Victoria Chenaut no sólo consigue mostrar que los campesinos totonacos han estado vinculados a las dinámicas económicas y políticas regionales y nacionales a lo largo de la historia sino que también han buscado defender sus territorios y formas de vida. Para el desarrollo del capítulo segundo la autora recurre a una sistemática revisión de archivos agrarios, documentos históricos e historia oral que ofrecen un material muy valioso para comprender las dinámicas de cambio poniendo siempre en el centro a los actores sociales. Estos mismos totonacos, o mas bien sus descendientes, situados en el municipio serrano de Coyutla en Veracruz, a fines del siglo XX y principios del siglo XXI, son los principales referentes de la investigación y de la etnografía realizada por Victoria Chenaut en los espacios judiciales del municipio de Coyutla y del distrito judicial de Papantla, recogidos en este libro.

La cosmovisión totonaca y su incidencia en la regulación social. En el capítulo tercero, Victoria sitúa el contexto histórico y

cultural del municipio de Coyutla, y su cabecera, bajo el mismo nombre, una región interétnica localizada en la bajada de la Sierra madre oriental, hacia la costa, al norte de Veracruz, estructurada a partir de relaciones coloniales, con un mayoría de población indígena habitando tanto en la cabecera del municipio, como en las comunidades cercanas a la cabecera municipal. Asimismo una minoría mestiza que migró al municipio desde mediados del siglo XIX ocupa el poder económico y político lo que corresponde a un trazo muy similar a otros municipios con población indígena de la Sierra Madre Oriental. No me detengo en las dinámicas del poder caciquil y sus alianzas basadas en el control de tierras y la administración de la población; lo cual aborda con detalle Victoria Chenaut en su libro. Sí destaco el fino análisis de Victoria sobre la cosmovisión totonaca y como ésta permea el ciclo ritual y festivo de las comunidades lo que le permite develar el sustrato cultural que marca las relaciones interétnicas, así como los órdenes de género que lo estructuran. Sin duda se encuentra aquí uno de los aportes centrales del libro de Victoria fundamentales para comprender las normas totonacas. De manera convincente Victoria analiza las continuidades y cambios de prácticas rituales y festivas como es el caso de las danzas, las fiestas y las promesas cuyo

incumplimiento produce castigos sobrenaturales que podían ocasionar enfermedades y muertes; se trata efectivamente de creencias arraigadas que remiten a la cosmovisión totonaca y rigen en buena medida la conducta social. Pero muy especialmente, Victoria nos introduce en las lógicas culturales vinculadas a las costumbres matrimoniales - como es el caso de la danza del guajolote ebrio para probar la virginidad. Destaca también el sentido en que los modelos de organización totonaca, o su reinención, permean una organización política paralela en la ciudad de Coyutla, impulsada por los fiscales – cargos religiosos ocupados por los indígenas-, sin ser parte de las instituciones oficiales pero con efectos importantes para la regulación social.

Destaco a continuación lo que considero los aportes principales de Victoria Chenaut al campo de la antropología jurídica desde la experiencia totonaca: el análisis del campo jurídico y la perspectiva de género en los procesos interlegales.

- 1. ¿ Cuáles son los usos del derecho que hacen los totonacas de Coyutla? ¿ Qué revelan de la manera en que se construye el derecho en regiones indígenas?.**

Un hecho distintivo del campo jurídico en el municipio de Coyutla, es que las comunidades indígenas, o rancherías, parecen no contar con autoridades institucionales fortalecidas donde se ejerza justicia, como si sucede en comunidades indígenas en regiones cercanas que cuentan con juzgados de auxiliares, como es el caso de las comunidades nahuas del municipios indígenas en la Sierra norte de Puebla. Por lo mismo un gran número de asuntos y disputas que no se resuelven en los espacios informales de las comunidades, suelen llegar a las instancias municipales, el juzgado de paz y la agencia del ministerio público, como instancias oficiales del campo judicial municipal. Es en estas instancias donde cobran vida una serie de negociaciones y procedimientos judiciales que se activan en la medida que los actores sociales acuden a ellas para plantear sus reclamos. El municipio se convierte así en un engranaje institucional entre el Estado y las comunidades.

Victoria Chenaut toma en serio uno de los postulados centrales de la antropología jurídica planteados por Laura Nader referido a que el derecho se hace en las prácticas. Es a partir de litigios y disputas que los usuarios dan contenido a las nociones abstractas del derecho en el marco de los contextos sociales y culturales en que transcurren sus vidas. Tal postulado resulta

muy sugerente para caracterizar el funcionamiento de las instancias judiciales del municipio de Coyutla, como primer nivel del campo judicial, a través del cual el Estado impone su hegemonía. El estudio fino de los espacios de justicia y los procesos judiciales que realiza Victoria revelan principalmente como el derecho moldea las prácticas jurídicas y a su vez es moldeado por las dinámicas de los procesos interlegales cultural y socialmente situados.

La particularidad del espacio judicial en Coyutla, esta marcada por la cercanía entre funcionarios judiciales y usuarios del derecho y así como una profesionalización del campo jurídico—lo que hace que quienes asumen el cargo de juez o de ministerio público sean abogados. Es justamente en el seguimiento de casos de disputa que llegan hasta a las instancias municipales, el juzgado municipal y la agencia del ministerio público, que Victoria reconstruye las trayectorias de los conflictos, los patrones de uso del juzgado así como el tipo de resolución que involucra a cada instancia dependiendo de los casos y su gravedad: ya sean asuntos que terminan en el juzgado municipal, donde suelen prevalecer las conciliaciones y acuerdos, y los casos penales que siguen un proceso más formalizado y se insertan en la cadena judicial.

En su análisis Victoria Chenaut destaca distintos patrones de uso del juzgado en Coyutla que son muy sugerentes para mostrar la dimensión práctica de las disputas y su resolución así como una serie de condicionamientos sociales, culturales y contextuales que inciden en ellos. Son varios los patrones que identifica, aquí me interesa destacar el hecho que en las distintas diligencias se revela el conflicto cultural que caracteriza la interacción judicial en la que suelen participar indígenas de las comunidades como principales usuarios de los juzgados frente a las autoridades judiciales generalmente mestizas: esto se revela en la falta del dominio del español, el desconocimiento de los procedimientos y las leyes, la falta de documentos, etc. Es decir, acuden a la justicia estatal bajo condiciones estructurales de desventaja que obstaculizan que el proceso judicial se ponga en marcha, ya que algunos no conocen su edad, no cuentan actas ni papeles que lo certifiquen, entre muchas otras cosas, lo que afecta el seguimiento del proceso. Dicha situación sin embargo no les impide ser atendidos por los funcionarios judiciales y poner en marcha las dinámicas jurídicas. Es por ello también que Victoria concluye que el derecho es flexible: es decir, al tener que ajustarse a las situaciones y condiciones de los actores derecho moldea y es moldeado

por el contexto social y cultural en que las prácticas jurídicas tienen lugar.

De esta manera a través del análisis de un conjunto de disputas y litigios Victoria Chenaut muestra las dinámicas productivas del derecho y la apropiación que hacen los actores sociales para su propios fines. Revela así un caleidoscopio de conflictos y un entramado de relaciones sociales, en donde el recurso a la ley se asocia a fines diferenciados como el hecho mismo de destrabar una disputa, presionar un acuerdo, y poner alto a ciertas violencias. Una cantidad importante de los asuntos involucran disputas familiares y remiten muchas veces a cuestiones de herencia, a incumplimiento de obligaciones, y a difamaciones. Lo interesante es que los propios agentes judiciales entran en la negociación y aceptan acuerdos basados en costumbres incluso si estas van en contra de la ley; lo cual viene a ratificar procesos similares de acceso a la justicia en otras regiones indígenas, como es el caso de la Sierra Norte de Puebla, según constatamos en una investigación anterior¹. Llama la atención así que un nivel de profesionalización del campo judicial no impide que el derecho sea moldeado por los actores y los conflictos y no simplemente se imponga tal cual lo dice la ley. Estos

espacios revelan las formas que asumen los procesos interlegales al poner en relación las instancias y normas del derecho estatal (campo jurídico) con normas provenientes de otras matrices culturales y de regulación.

2. ¿Cuál es la relación entre género y derecho?. ¿De qué manera el derecho construye al género y a su vez las ideologías de género inciden en el derecho?

La relación entre género y derecho es otro de los ejes que atraviesa el libro y en esto hay un eco con estudios sobre el tema en otras regiones del país. Como bien muestra el libro, el papel del derecho como organizador de los de roles de género y las dinámicas de cambio social puede verse tanto en el campo del derecho indígena totonaca, como en el derecho del estado. En el campo del derecho indígena, en la cosmovisión totonaca, es clara la fuerza histórica de órdenes patriarcales que han situado a la mujer en desventaja frente a los hombres, como puede verse en el campo de las costumbres matrimoniales – pedida de la novia-, y en normas de acceso a la tierra y de la herencia. Dichas normas que involucran conceptos arraigados del honor y del deber ser, son parte de procesos

¹ Sierra, María Teresa (ed) Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas, CIESAS- Porrúa editores.

coloniales que se han ido transformando en consonancia con las dinámicas de cambio social y legal. Lo interesante es mostrar que detrás de los conflictos que llegan al municipio se revelan los ordenamientos de género y los sentidos en que entran en tensión con la legislación del Estado.

Sí bien en el campo del derecho estatal han habido importantes cambios a favor de los derechos de género, no necesariamente dichos marcos legales coinciden con las ideologías de género de los funcionarios judiciales, lo cual puede significar que las disputas que se dirimen en los juzgados se negocien más en términos de costumbres que ponen en desventaja a la mujer y no con relación a sus derechos.

Agencia de las mujeres indígenas y campo del derecho. Una dimensión más de la perspectiva de género que guía el trabajo de Victoria Chenaut es el constatar una alta incidencia de mujeres indígenas como usuarias del derecho que acuden a las instancias judiciales para negociar sus relaciones maritales y familiares, para denunciar violencia de género o para defender sus derechos (tierra). Una parte de asuntos que involucran delitos de en Coyutla, se convierten en causas penales; por ello el interés de Victoria de investigar como son tratados estos delitos en el ámbito municipal y que revelan sobre las relaciones de género. La tendencia principal de estos

delitos penales son las disputas por los bienes, especialmente la tierra y los bienes.

A través de la revisión de 48 averiguaciones previas que pasaron a instancias superiores y el seguimiento de 8 de ellas en el juzgado municipal, Victoria da cuenta del mapa de conflictos y de relaciones sociales involucradas, un termómetro de la vida social en la región. Algunos de estos asuntos involucraron largos procesos y distintos juicios y en ocasiones las fronteras entre agresor y agredido se difuminan. Los litigios revelan una importante agencia de las mujeres quienes disputan sus derechos vinculados con relaciones de propiedad en el contexto de dinámicas familiares. En estos procesos se pone en juego el poder de los papeles (títulos de propiedad), como si materializaran su posesión.

De esta manera Victoria Chenaut hace ver que los litigios judiciales se encuentran social y culturalmente situados, son productos de sociedades concretas y son el resultado de procesos interlegales donde se cruzan los distintos marcos normativos, del derecho estatal y el derecho indígena.

Derecho una de las vías que las mujeres usan para reclamar justicia. El seguimiento a casos que involucran a las mujeres permite analizar el campo del derecho como una arena para disputar normas, conceptos y definiciones de los roles de género. Las historias de vida de dos

mujeres totonacas, analfabetas, y sin recursos económicos hace ver la agencia de las mujeres y su fuerza para dar seguimiento a procesos judiciales para defender su patrimonio y buscar justicia: es así que algunos de estos casos pasaron por diversas instancias y distintas fases del proceso judicial llegando incluso hasta el nivel federal (pasando por las instancias municipales judiciales al Tribunal Superior de Justicia de Xalapa y en algunos casos hasta el Tribunal Federal del Distrito de Tuxpan. Se trata de historias representativas de mujeres decididas que acuden a la ley. En dichas historias cristalizan la interlegalidad, el peso de los órdenes de género, su negociación y los cambios en la vida de las mujeres. Victoria se pregunta si en este proceso desarrollan o no una consciencia jurídica para defender sus derechos.

3. ¿De qué justicia estamos hablando? Qué aporta el trabajo para la reflexión contemporánea sobre las justicias indígenas y sobre los nuevos modelos de la justicia penal acusatoria.

1) La variedad de casos analizados por Victoria revelan que acudir al derecho no necesariamente garantiza la justicia, debido

a lo largo y costoso de los procesos y al hecho que no necesariamente las decisiones judiciales se cumplen. Por lo mismo resulta relevante la pregunta recurrente sobre: porqué los indígenas totonacas acuden a la ley cuando no hay garantías que ésta se cumpla. Además del poder simbólico del derecho, el derecho es una arena de negociación que permite disputar poder desde ciertos marcos de posibilidad. Estas preguntas coinciden sin duda con interrogantes más generales sobre eficacia simbólica del derecho como bien lo ha enfatizado Mauricio García Villegas²

2). A diferencia de otros estados en México donde las reformas legales han impactado la justicia indígena abriendo espacios a su reconocimiento, en el caso de Veracruz, y muy especialmente en la Sierra de Papantla, esto no ha sucedido. Las transformaciones legales se han dado más en un sentido de reconocer la interculturalidad y el acceso a la justicia del estado como es el caso de los jueces itinerantes, pero no se ha dado el fortalecimiento de una justicia indígena.

3). El derecho estatal se ha debido flexibilizar y pluralizar para adecuarse de los cambios legales, sin dejar de imponer su hegemonía; pero sobre todo se ve que en las prácticas el derecho no sólo moldea y define

² Mauricio García Villegas (1993), La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas. Bogotá, Ediciones Uniandes.

las posibilidades de la acción legal sino que también es moldeado por los actores sociales a partir de sus propios contextos sociales y culturales. En una región donde están debilitadas las instancias de la justicia indígena, como es el caso de las comunidades de la Sierra de Papantla, se necesitan más espacios de mediación bajo modelos interculturales que permitan los diálogos y la participación de actores judiciales locales, incluidas las mujeres. Estos procesos deberían acompañarse de procesos organizativos localmente fortalecidos lo que sin embargo no parece suceder en el municipio de Coyutla, Veracruz. En estos contextos no es la profesionalización del campo jurídico la garantía de la justicia sino la construcción de espacios interculturales que respeten los estilos vernáculos de disputar .

**CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917:
significações para o constitucionalismo latino-americano**

*GENDER AND INTERLEGAL PROCESSES:
a review of Victoria Chenaut's book, Gender and inter-process, Mexico, CIESAS -
The Colegio of Michoacán, 2014*

**Entrevistado: Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) – Brasil**

**Entrevista realizada pelo Prof. Manuel Munhoz Caleiro na
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) – Brasi**

**Transcrição e Revisão de texto:
Miquelly Silva (ELA/UnB)
Luís Felipe Perdigão (ELA/ UnB)**

O professor Dr. Carlos Marés possui uma longa trajetória na defesa dos direitos dos povos indígenas no continente latino-americano. Entre muitas das suas atividades, foi Secretário de Cultura de Curitiba e Presidente da Fundação Cultural de Curitiba, Procurador Geral do Estado do Paraná, Presidente da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), Procurador Geral do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), Diretor do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, do qual foi presidente, e membro do Conselho do Patrimônio Histórico e Artístico do Paraná de 2003 a 2010. É membro do Conselho Diretor do Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos-ILSA (Bogotá), Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, Sócio fundador do Instituto Socioambiental - ISA, Membro da

Diretoria da Associação Brasileira de Professores de Direito Ambiental (APRODAB). Integrante do Instituto de Pesquisa em Direito e Movimentos Sociais (IPDMS). Presidente do (CEPEDIS). Escreveu entre outros os livros: Patrimônio Cultural e sua proteção jurídica; O renascer dos povos indígenas para o direito; A função social da terra, Espaços Territoriais Protegidos e Unidades de Conservação, A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais. Foi exilado político no Uruguai, Chile, Dinamarca e São Tomé e Príncipe (África), de 1970 a 1979.

Manuel Caleiro: A Constituição Mexicana de 1917 faz 100 anos agora. O que isso significa para o Constitucionalismo Latino-Americano?

Carlos Marés: A Constituição Mexicana não é a primeira que se possa considerar diferenciada, do ponto de vista latino-americano. Nós temos algumas



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

constituições muito diferentes na América Latina – muito antes da Constituição Mexicana de 1917 – na época da independência, como é o caso da Constituição do Haiti, das constituições bolivarianas e da não-constituição paraguaia. Todo esse conjunto poderia ser caracterizado como “latino-americano”. Mas, a Constituição Mexicana de 1917 tem duas importâncias mais: ela representa exatamente um giro no sistema constitucional e, não apenas, na América Latina.

Então, em primeiro lugar, é uma Constituição que inova do ponto de vista mundial. É anterior tanto à Constituição de Weimar, quanto à constituição Soviética. Portanto é a primeira Constituição que reconstitui um Estado com novos parâmetros, que são os parâmetros sociais. Isso é importante mundialmente, ainda que os historiadores constitucionais muitas vezes não deem essa importância. Mas, além disso, é uma constituição latino-americana porque é fruto de uma expressão de um movimento social que inclui índios, negros e a questão da terra como centro da discussão da sociedade.

A Constituição Mexicana de 1917 tem esse valor: é uma constituição que faz um giro internacional. Ela dá início, do ponto de vista constitucional, às novas constituições, as novas sociedades de bem estar-social. Também inova no sentido de trazer para dentro dela as lógicas da terra indígena e da terra usada com sentido diferente da propriedade privada, estabelecida pela Modernidade.

Temos que entender também que a Constituição Mexicana de 1917 é fruto de uma disputa muito grande entre os “constitucionalistas” e os “não-constitucionalistas”, a exemplo de Zapata e Villa. Esses dois revolucionários não acreditavam que o processo constitucional ou uma constituição pudesse garantir a validade da revolução que eles encetaram durante certo tempo – as várias revoluções, pois, no caso mexicano são várias revoluções. Isso é necessário ser

aprofundado. A sensação que me dá, a partir das posições de Zapata e Villa, que se assemelham as da França em relação ao Paraguai, no sentido de não ser necessário ter uma Constituição. Ou seja, bastava fazer uma lei de organização do Estado e garantir os direitos das populações, principalmente, os direitos coletivos. Portanto, uma ideia muito latino-americana da discussão da terra. Entretanto, venceu a ideia da Constituição no México. Foi feita uma Constituição altamente influenciada pelas posições dos não-constitucionalistas.

Manuel Caleiro: Qual a importância da Constituição Mexicana de 1917 para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e camponeses na América Latina, incluindo também o Caribe? Por que essa Constituição importa no reconhecimento de direitos?

Carlos Marés: A Constituição Mexicana de 1917 tem como centro a terra e o trabalho. O trabalho nela é, principalmente, a organização do sistema de trabalho laboral e de trabalho assalariado. E o sistema de terra é o sistema que garante o trabalho, inclusive de subsistência dos povos, portanto, camponês. Isso significa que a Constituição Mexicana de 1917, ao mesmo tempo em que garante os direitos do trabalho assalariado, também reconhece a existência do trabalho camponês.

A América Latina é/tem uma estrutura social composta de dois elementos: tanto do trabalho assalariado, quanto do trabalho – falando depois das escravidões – de subsistência, do trabalho camponês propriamente dito. Portanto, quando ela reconhece a existência desse fenômeno e reconhece isso como direito, ela tem um caráter essencialmente latino-americano. Ela influencia as constituições latino-americanas e, principalmente, as Constituições do Caribe, como também a Constituição Boliviana (ou seja, a revolução boliviana, feita depois da Constituição de 1938).

A Constituição Boliviana de 1938 é, obviamente, influenciada pela Constituição

Mexicana de 1917 e, portanto, é uma constituição que, evidentemente, não é amada pelas elites de cada um dos países, principalmente dos sul-americanos. Mas, na Bolívia tem importância. E nos países da América Latina, embora não se refiram a ela diretamente, utilizam-na também para o exercício dos direitos sociais, principalmente dos trabalhistas, como é o caso do Brasil.

Manuel Caleiro: Qual a influência da Constituição Mexicana de 1917 para os direitos dos povos, comunidades tradicionais e camponeses no Brasil?

A elite jurídica brasileira sempre deu as costas para o México. Nunca aceitou que a Constituição Mexicana de 1917 tivesse sequer validade. É muito recente encontrarmos nas obras jurídicas brasileiras referências à Constituição Mexicana.

Em 1988, quando o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Moreira Alves, faz o discurso de inauguração da Constituição Brasileira de 1988, no Congresso Nacional, ele faz um elogio às Constituições, dizendo que a Constituição brasileira, pela sua magnitude, beleza e estrutura, ia se assentar ao lado dos grandes monumentos constitucionais do mundo. E começa a citar os grandes monumentos constitucionais do mundo, quais sejam, dos Estados Unidos, a Carta de João da Inglaterra, a Constituição Francesa e a Constituição de Weimar, ponto. Não se refere, nem com uma referência menor, à Constituição do México.

Então, ele [Moreira Alves] que era o grande jurista do Brasil, quando fala de uma constituição que tem como referência a americanidade, os índios, o meio ambiente, etc., simplesmente não toca na Constituição do México. Isso mostra o afastamento da elite jurídica em relação às constituições latino-americanas. Imagine se ia falar das Constituições bolivarianas – de Bolívar, e não as bolivarianas pós-Bolívar, que têm também muito valor, mas são muito recentes. Falo das de Bolívar, no começo do

século XIX. Então, na verdade, o Brasil esquece isso.

Apesar de o Brasil esquecer, a reclamação dos movimentos sociais está, nesse momento histórico, na Constituição de 1988. E está vinculada às reclamações dos movimentos sociais latino-americanos puxados, em grande parte, pela Bolívia e pelo México. Portanto, os movimentos sociais mexicanos e bolivianos, indígenas principalmente, estão puxando o movimento brasileiro e suas reivindicações têm o sentido dessa reivindicação indígena internacional e, principalmente, mexicana. Portanto, somos claramente influenciados, diretamente, pela Constituição Mexicana.

Manuel Caleiro: Como compreender os direitos indígenas reconhecidos na Constituição Brasileira de 1988?

Carlos Marés: A Constituição Brasileira de 1988 traz para os indígenas os direitos originários sobre a terra e os direitos à organização social. Portanto, esses direitos são direitos que significam uma “bolha” fora do sistema legal brasileiro, vinculado principalmente à propriedade privada. É uma “bolha” fora e que tem que ser entendida nos seus territórios – territorialmente falando – como autônomos, autodeterminados, etc. Ao mesmo tempo que são assim, também influenciam o direito interno (nacional) e são por eles influenciados. E, ainda, são o parâmetro para o reconhecimento da possibilidade de outros povos terem o mesmo direito, principalmente com a análise integrada entre a Constituição Brasileira de 1988 e a convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Portanto, é um parâmetro para os povos indígenas, mas, é, digamos assim, uma expectativa ou uma possibilidade para todos os povos não-indígenas, que tem uma vida semelhante aos indígenas, que a Convenção chama de tribais e nós, aqui, chamamos de tradicionais.

Manuel Caleiro: Como efetivar os direitos indígenas reconhecidos na Constituição brasileira de 1988?

Carlos Marés: Direito posto é um direito em disputa e, portanto, temos aí um direito posto, um direito positivado. Todos os direitos positivados só são colocados em efetividade e, principalmente aqueles que são contra hegemônicos e aqueles que não são favoráveis ao capital, quando há movimentos que o levam à sua efetivação. Portanto, são os movimentos sociais que podem efetivá-lo.

A mesma luta, que levou à positivação dos direitos, continua no processo de sua efetivação. Não há como ser diferente. As elites não abrem mão dos seus direitos tradicionais, simplesmente porque positivaram um direito em “bolha”. A positivação só se fará, e só se está fazendo, a partir dos movimentos sociais e aqui, no caso, muito especialmente dos movimentos indígenas.

Manuel Caleiro: E no caso dos quilombolas?

Carlos Marés: No caso dos quilombolas é a mesma coisa, mas há uma relação diferente. Os indígenas conseguiram por seu movimento social introduzir na Constituição essa “bolha” do direito muito acabada. Os quilombolas, que não tinham uma organização social antes da Constituição Brasileira de 1988 capaz de fazer mobilização social (embora tivessem se movimentado no sentido de existirem, de serem comunidades, de terem força política interna, etc.), não estavam suficientemente organizados para colocar seus direitos claramente na Constituição. O movimento negro que faz isso. Não foi apenas a força do movimento quilombola que levou à constitucionalização, ainda que pobre, que se deu no processo constitucional de 1988. Entretanto, os quilombolas ao se reconhecerem dentro daquela positivação conseguiram conquistar uma nova organização: uma organização que existia apenas nas comunidades passou a existir como uma organização supracomunidade –

a que eu tenho chamado de supratradicional.

Essa organização supracomunidade ou supratradicional (hoje é, basicamente, a CONAC) é a estrutura organizacional que o movimento social quilombola tem para por em prática os direitos quilombolas. É claro que os direitos quilombolas estão um passo atrás dos direitos indígenas, porque eles não formaram essa bolha. Mas, os quilombolas se baseiam não só no art. 68 [do Ato das disposições constitucionais transitórias, da Constituição Brasileira de 1988], mais uma vez, no art. 68 combinado com a Convenção 169, da OIT. Esses dois instrumentos são extremamente importantes para que sejam os direitos efetivados e muito parecidos com os direitos indígenas como eles são hoje.