

CRÍTICA Y DERECHO - 1

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

# Emancipación y transformación constitucional

Luis Fernando Ávila Linzán, editor

SERIE CRÍTICA Y DERECHO - Nº 1

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

---

# Emancipación y transformación constitucional

Luis Fernando Ávila Linzán, editor

Prólogo de  
Julio César Trujillo Vásquez



**Corte Constitucional  
para el Período de Transición**

**Centro de Estudios y Difusión del Derecho  
Constitucional (CEDEC).**

**Red por el Constitucionalismo  
Democrático (RCD) Sede Ecuador**

Patricio Pazmiño Freire  
*Presidente de la Corte Constitucional  
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto  
*Director del Centro de Estudios y Difusión  
del Derecho Constitucional (CEDEC)*

Dunia Martínez Molina  
*Coordinadora de Publicaciones del Centro  
de Estudios y Difusión del Derecho  
Constitucional (CEDEC)*

Luis Fernando Ávila Linzán  
*Editor*

**Corte Constitucional**  
Av. 12 de Octubre N16-114 y  
Pasaje Nicolás Jiménez. 2º piso.  
Telfs.: (593-2) 2565-177 / 2565-170  
[www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec)

ISBN: 978-9978-92-997-1  
Derechos de autor: 035565  
Imprenta: RisperGraf C.A.

Quito, Ecuador, 2011  
1ª edición: marzo de 2011

# Índice

<b>Presentación</b> .....	7
<i>Patricio Pazmiño Freire</i>	
<b>Prólogo</b> .....	9
<i>Julio César Trujillo Vásquez</i>	
Ensayo introductorio	
<b>¿El derecho de la miseria o la miseria del derecho?</b> .....	15
<i>Luis Fernando Ávila Linzán y Alex Valle Franco</i>	
<b>DIÁLOGO INTERDISCIPLINARIO Y CRÍTICA DEL DERECHO</b>	
<hr/>	
<b>Cultura y Derecho: el derecho humano a la cultura</b> .....	65
<i>Bartolomé Clavero</i>	
<b>La teoría general del derecho frente a la antropología política</b> .....	81
<i>Óscar Correas</i>	
<b>Derechos humanos y democracia en Habermas</b> .....	101
<i>Agustín Grijalva Jiménez</i>	
<b>PLURALISMO E INTERCULTURALIDAD</b>	
<hr/>	
<b>El Derecho profano y otras maneras de realizar lo justo</b> .....	129
<i>Rosember Ariza Santamaría</i>	

Constitucionalización de la movilidad humana y la(s) democracia(s) en clave intercultural . . . . .	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Ejercicio para la construcción de un sistema jurídico plurinacional . . . . .	213
<i>Isabela Figueroa</i>	
Constitucionalismo y pluralismo jurídico: balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho indígena en el Ecuador . . . . .	243
<i>Raúl Llasag</i>	
Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de derechos . . . . .	273
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	

# Presentación

A dos años y un poco más de la promulgación de la Constitución vigente, es el momento de revisar algunos de sus ejes fundamentales, sobre los que opera el peso del cambio necesario y la transformación social desde la Constitución. Esta labor es imprescindible por dos razones. La primera porque resulta imperioso retomar el espíritu originario del poder constituyente con el fin de profundizar y radicalizar la materialización efectiva de los derechos constitucionales, cuya legitimidad, además, fue avalada por el pueblo ecuatoriano en un evento democrático sin precedentes en el Ecuador. Luego, la segunda que tiene que ver con la búsqueda de nuevas formas jurídico-políticas de entender los cambios propuestos por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, particularmente, en el Ecuador.

La Corte Constitucional cree ineludible dar viabilidad a estas razones en tanto considera tener una responsabilidad, más allá de las potestades constitucionales y legales, frente al proceso histórico de transformación social, lo cual la lleva a promover espacios de debate democrático desde la problemática del constitucionalismo latinoamericano. Por este motivo, pone a consideración del público, la serie “Crítica y Derecho”, a través de su primer tomo denominado “Emancipación y transformación constitucional”.

Pensamos que el instrumento para dar viabilidad a estas razones es la crítica propositiva, que se presenta en esta libro, no únicamente como la contraposición argumentada de ideas o la visibilidad de la gravedad de determinados problemas o situaciones que atañen a lo jurídico, sino

como la propuesta de nuevos espacios, por fuera del pensamiento tradicional, para la construcción de un pensamiento jurídico autónomo, léase original, creativo, propio, interdisciplinario, progresista, intercultural y comprometido con el cambio y la necesaria transformación social, en la América Latina del siglo XXI.

Un especial agradecimiento y reconocimiento a quienes gestaron esta serie y el primer libro de aquella, de manera muy particular, al *Centro de Estudios Constitucionales* de esta Corte.

Sin más, dejamos que esta serie y sus libros hablen por sí mismos y tejan un diálogo fructífero, permanente y, por sobre todo, decididamente crítico dentro de nuestras complejas realidades, y la necesaria e impostergable emancipación y transformación de nuestros pueblos.

Patricio Pazmiño Freire  
Presidente de la Corte Constitucional  
para el Período de Transición

# Prólogo

---

Julio César Trujillo Vásquez

---

Los jóvenes juristas que empiezan a entregarnos el fruto de sus estudios y reflexiones, nos invitan a debatir, en un elevado plano de racionalidad, sobre las cuestiones de las cuales se ocupa el Derecho y muy particularmente el Derecho Constitucional que, para bien del país, interesa actualmente, como nunca, a los ecuatorianos de todas las clases sociales y de los diversos sectores del pueblo. La Constitución ha devenido en la norma en la cual el hombre y la mujer, de arriba y de abajo, esperan que sus derechos estén reconocidos y eficazmente garantizados.

A estas preocupaciones e interés responde la serie que con el sugerente título de CRÍTICA y DERECHO y su primer libro “Emancipación y transformación constitucional” nos entrega, en esta ocasión, la Corte Constitucional, en el que colaboran autores ecuatorianos y extranjeros, con merecida nombradía unos y otros con prometedores ensayos, todos con competencia innegable y en temas que no solo son actuales sino que merecen ser discutidos con la solvencia y seriedad con las que lo hacen sus autores.

Ocuparse de la pluriculturalidad, interculturalidad y plurinacionalidad es tarea que merece aplauso y reconocimiento, pero además responde a la necesidad de desarrollar, en la legislación ordinaria y en la práctica diaria, la Constitución de la República del Ecuador. Esta necesidad que, entre nosotros es obligación constitucional, es también sentida en otros estados de latinoamérica y de no pocos de otros continentes, pues si hemos de creer a los especialistas en estos temas no llegan al 10% los Estados miembros de la Naciones Unidas que se caracterizan por la homogeneidad étnica.



Los estados multiétnicos, como el Ecuador, tienen el desafío de revisar a fondo la organización política y jurídica, además de reconocer su pluralidad cultural, social y económica y, en consecuencia, adecuar sus instituciones políticas. Así, por ejemplo, en el Ecuador no estará asegurada la validez constitucional del ordenamiento jurídico ni su eficacia mientras el pluralismo jurídico, en lo sustantivo y procesal, no se respete en la creación, aplicación y vigencia de los varios sistemas que, al margen del reconocimiento oficial, existen en el territorio patrio, ya como secuelas de los tres siglos que ocupara el imperio español estas tierras y dominara a nuestras gentes y ya también por la incontrolable influencia de las prácticas posmodernas en los Estados altamente industrializados, por no decir desarrollados.

Para afrontar este reto nos pueden ayudar mucho los ilustrados ensayos de *Bartolomé Clavero* que nos informa que la pluralidad cultural y consecuentemente jurídica no es novelería sin sustento científico y el agudo estudio de *Raúl Llasag* que une con encomiable esfuerzo el saber teórico y el conocimiento de primera fuente de la realidad del Derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, así como la todavía profunda brecha de este sistema jurídico con el estatal, a pesar de los principios y reglas de la Constitución.

Aunque nuestra Constitución no es precisamente generosa en la organización del Estado y del poder a tono con la declaración del art. 1 que reconoce al Ecuador como Estado plurinacional, hay suficientes fundamentos para reorganizarlos en armonía con esa declaración. Por ejemplo en la Función Legislativa los artículos 57.10, 57.17, entre otros, exigen reformas en la Ley Orgánica de esta Función, la conformación del Consejo Nacional de Planificación con representantes de las diversos pueblos y naciones, además de las varias regiones, provincias y cantones, genero y generaciones, mejoraría la imagen del Ecuador y, como parece decir el art. 279 de la Constitución, aseguraría que la planificación deje de ser el fracasado trabajo de iluminados tecnócratas que, por la lectura, presumen conocer lo que quieren y conviene a todos incluso a los grupos con culturas de las que apenas tienen noticia. Por supuesto, la ley de coordinación y cooperación en materia de justicia y solución de conflictos de los órganos de la Función Judicial y la autoridad indígena mejoraría, en parte al menos, el déficit de normas constitucionales en torno a la plurinacionalidad.

Las medidas para dar vida a la interculturalidad, lo mismo que la consulta previa, libre e informada en cuestión de recursos naturales no renovables y la cogestión en el manejo de los renovables dependen en buena parte de creatividad, decisión política y humildad para aceptar que la soberanía del Estado es erosionada desde fuera por las instituciones de la comunidad internacional y desde dentro por las naciones sin Estado con demandas que los más avanzados y progresistas científicos sociales (mujeres y varones) se arriesgan a sostener que no podrán ser atendidas si no con el reconocimiento de “soberanías compartidas”. La consulta y participación de los artículos 395.3, 405, 398 y otros esperan un apropiado desarrollo en la legislación y en políticas públicas. En todo caso es bueno que de estos temas empiecen a ocuparse publicaciones como este libro magnífico.

La concepción del Derecho como creación del Estado soberano, expedido por legisladores investidos de poder para ello por la nación o por el pueblo, con normas escritas, aplicables a todos los seres humanos por igual y con valor universal y por funcionarios del Estado, me parece que es el muro infranqueable que impide aceptar el pluralismo jurídico que supone fuentes de normas obligatorias y formas de creación distintas a las originadas en funcionarios del Estado a quienes se atribuye la representación de la nación, según unos, y del pueblo según otros; el acceso a su conocimiento por medios que no son los específicos de las leyes escritas, el respaldo de su cumplimiento con medios que no son la violencia oficial, aplicadas por funcionarios no designados por el mismo Estado y otras propias tanto del pluralismo postcolonial como del moderno.

Con sus propias hipótesis, que no descartan la discrepancia puesto que no se aparta del todo de las categorías del Derecho romano germánico, *Oscar Correas* nos introduce, con una definición sociológica de Derecho, en el diálogo que puede ser fecundo y de valoración recíproca con la antropología y la sociología: son esclarecedores sus análisis de la costumbre y el Derecho, la distinción entre validez y eficacia, aplicación y la vigencia. Es de suma utilidad la búsqueda del origen de la soberanía del Estado como sucesor del rey soberano absoluto que necesitaba de ésta para imponer su voluntad a la “souzeranité” que creó una multitud de órdenes jurídicos de la sociedad estamental y corporativa y para limitar el poder religioso. Nos pone a la vista los conflictos no resueltos en países

que no admiten el pluralismo que, no obstante, tiene vigencia y eficacia, y nos proporciona elementos para comprender cómo coexiste el monismo jurídico con el Estado federal y tal vez entender cómo entre nosotros es posible el Estado unitario con una comunidad plurinacional. Desde otra perspectiva, las opiniones no arbitrarias ni sin fundamento de Diego *Zambrano Álvarez* ayudan a tomar conciencia de la complejidad del Derecho que se tiene que enfrentar con problemas que obligan a abandonar los conceptos heredados del siglo XIX, lo mismo hace con la Ciencia Política al problematizar los conceptos de democracia y de igualdad.

Son inquietantes los estudios de *Isabel Figueroa* y *Rosember Ariza Santamaría* que con valentía que merece ser reconocida tratan de las dificultades que hay que afrontar para explicar el Derecho con las categorías y conceptos del derecho romano germánico que es el de nuestros Estados y traducirlo al Derecho propio de las naciones y pueblos indígenas y viceversa. Creo que hay que partir del hecho de que estamos ante culturas y sistema jurídicos diferentes que nos exigen construir conceptos nuevos que abarquen las distintas realidades que con ellos tratamos de aprehender, porque si nos movemos con el concepto construido a lo largo de los siglos XIX y primera mitad del XX, el diálogo es imposible. Y es que mientras para el sistema jurídico estatal el objeto del Derecho es la justicia, impartida mediante reglas escritas, expedidas y aplicadas por el Estado o por burócratas que se consideran sus órganos, para los indígenas el fin de las normas que rigen su vida es la armonía de los seres humanos entre sí y con la naturaleza de la que son y se sienten parte, creadas por la comunidad y aplicadas por ella misma o por autoridades que actúan ante la comunidad y con su directa participación y aprobación. Ante este hecho o damos al Derecho un nuevo significado o creamos un término que, por igual, sea aplicado a los dos sistemas, en lo que tienen de común que es hacer posible la convivencia social, o el diálogo intercultural, en el ámbito del Derecho tradicional es imposible.

La interculturalidad es consecuencia no solo de la coexistencia de comunidades que se han constituido a través del tiempo en el mismo territorio sino que es al juicio de *Luis Ávila Linzán* en su trabajo *Constitucionalización de la movilidad humana y la(s) democracia(s) en clave intercultural*, exigencia ineludible de la marcha de la historia que alimenta las espe-

ranzas de todas las personas que, por innumerables razones, se han afincado en otros países diferentes del que les vio nacer y en donde reclaman los mismos derechos fundamentales que los nativos en su condición de seres humanos y no por el lugar de su nacimiento ni de sus ascendientes. Para *Ávila Linzán* la ciudadanía es una categoría excluyente en sus inicios que pasa por una permanente extensión para incluir a grupos humanos antes excluidos y concluiría con la ciudadanía universal que abarcaría, en pie de igualdad, todas las múltiples culturas en diálogo y comunicación pacíficos ¿No sería necesario y/o posible un nuevo concepto que no se resienta de la carga excluyente heredada desde Grecia?

Para proveer de las ideas y potenciar las decisiones políticas es inmejorable la colaboración de la sociología, y los estudios del pensamiento de autoridades de talla internacional, como Habermas, a la manera que hace *Agustín Grijalva*. Sin el auxilio de estas ramas del saber seguiremos con leyes bien intencionadas y hasta jurídicamente válidas pero no siempre eficaces para resolver los agudos problemas de todo orden que nos agobian. Saludo con mucha esperanza esta aproximación del Derecho que nos obliga a abandonar las discusiones bizantinas que no conocen, y si conocen, no se atreven a discrepar con razones y argumentos a autores de reconocida autoridad internacional como el filósofo tenido por el “más brillante representante de la nueva generación de la Escuela de Francfort”. De estos aportes no podemos sino esperar que comencemos a tomar en cuenta la eficacia como una nueva dimensión de las ciencias jurídicas, como es el Derecho penal, el social, económico y todas las demás ramas, en las que hasta ahora no podemos declararnos satisfechos.

De estos trabajos, que deberían ser más frecuentes y abarcar otros tópicos saldremos ganando todos, incluso los jueces, tribunales y cortes, sin olvidar que la tarea apenas empieza, porque desmontar la estructura de lo jurídico pensado y desarrollado desde la perspectiva androcéntrica, antropocéntrica y euro-céntrica nos llevará mucho tiempo, pero empieza a erosionarse mediante la emergencia de instituciones que caminan hacia la consolidación del Estado constitucional de derechos y justicia.



# Ensayo introductorio

## ¿El derecho de la miseria o la miseria del derecho?

---

Luis Fernando Ávila Linzán y Alex Valle Franco\*

---

La crítica no arranca de las cadenas las flores ilusorias para que el hombre soporte las sombrías y desnudas cadenas, sino para que se desembarace de ellas y broten flores vivas.<sup>1</sup>

### Resumen

En este ensayo, los autores buscan trazar las líneas que permitan el giro epistémico y el salto dialéctico del pensamiento progresista latinoamericano, con el fin de consagrar una fuga teórica comprometida con la lucha social e histórica de los pueblos por su emancipación y la transformación social.

### Palabras clave

Crítica, derecho, epistemología, filosofía del derecho, praxis, hegemonía, dominación, nuevo constitucionalismo latinoamericano, marxismo, progresismo, contrahegemonía, transformación social, emancipación social.

---

\* Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar-Q. y del Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN, coordinador de la Relatoría de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición; Secretario Ejecutivo de la Red por el Constitucionalismo Democrático RCD; Alex Valle, profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito y del Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN.

1 Karl Marx, “En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel”, en José María Martinelli (comp.), *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, p. 491.

## I. Introducción

A finales del siglo XIX, existía una enorme efervescencia política en toda Europa a partir de la constatación de los grandes conflictos sociales que producía la industrialización. Paradójicamente, al mismo tiempo que se politizaba la sociedad, el ánimo respecto de las grandes metas civilizatorias y de bienestar disminuía. Lo cual pudo notarse, particularmente, en las expresiones literarias y artísticas. Había cierto pesimismo respecto del bienestar a pesar de que se pensaba que el progreso era necesario a cualquier costa, una especie de piedra de *Sísifo* de eterno retorno. Muestra de esto son el impresionismo en el arte y la desconfianza literaria comunicada, tempranamente, por *Dickens*, *Kafka* y *Dostoievski*. Detrás de estas expresiones, estaba una denuncia y oposición a la realidad, que, tal como veremos, es uno de los niveles importantes, pero no el único, de lo que nos interesa posicionar como *crítica* o, más propiamente, *pensamiento jurídico crítico*.

Ya habían entrado en desuso, aún cuando puede encontrarse profundas huellas en el pensamiento de aquella época –inclusive, en al actualidad–, el pragmatismo de *Darwin*, *Descartes*, *Spencer*, *Hobbes*, *Maquiavelo* y *Malthus* y el idealismo de *Kant*, *Rousseau*, *Constant*, *Hegel* y *De Vitoria*. Era el tiempo de una *praxis* que terminara con el pesimismo respecto de las grandes utopías, la cual tomó formas elaboradas y complejas que buscaban explicar la realidad de su tiempo de la mano de *Smith*, *Ricardo*, *Quesnay* desde la economía política –estructura renovada de la política económica–; o, de la impronta de *Bakunin*, *Luxemburgo*, *La Salle*, *Lenin*, entre muchos otros, a partir de la necesaria renovación de la acción política. Dentro de este tiempo se encuentran *Marx* y *Proudhon*. Se encuentran en el fragor de la batalla de las nuevas revoluciones postliberales, como se encuentran dos colegas de armas desconocidos, pero convencidos de que los une cierta complicidad. Ambos habían escuchado el uno del otro e, incluso, habían mantenido algún vínculo epistolar. Por supuesto, *Marx* era un ser que brillaba con luz propia, era –en realidad, es– la referencia del pensamiento crítico por excelencia y *Proudhon* buscaba iluminar con su pensamiento y su acción revolucionaria la necesaria continuidad de los hechos que llevarían a la *Comuna de París* (1871) en medio del devenir de las diferentes refundaciones de la república fracasada.

da de 1789, hechos históricos comentados por *Marx* como la muestra fehaciente de que la revolución y la transformación de la realidad social, no sólo que eran posibles, sino necesarias. En definitiva, muchos aspectos los hermanaban.

Con estos antecedentes, *Proudhon* escribe con mucho afán y con la conciencia de haber construido un instrumento profundamente emancipador a favor del proletariado, y de haber interpretado fielmente el camino revolucionario propuesto por *Marx*, una obra poco comentada, que nunca logró superar su obra políticamente más influyente *¿Qué es la propiedad?* (1840) —en parte por lo que vamos a comentar en lo que sigue— la cual había sido acogida por parte de *Marx* y otros pensadores alemanes como *Bakunin* y *Engels*. Inclusive había sido fundamental como documento ideológico para la organización de la *Primera Internacional Socialista* (1864). Nos referimos a *Filosofía de la Miseria* publicada en 1844. Ingenuamente, *Proudhon* espera que *Marx* difunda esta obra en Alemania fijando su perspectiva de aspiración de universalidad dentro del pensamiento socialista de la crítica y la revolución obrera. Decimos, “ingenuamente”, puesto que, ya para aquella época era notoria la polémica —que los llevaría finalmente a la ruptura— entre los alcances de los instrumentos de acción política, los horizontes de la lucha obrera y los objetivos de la revolución socialista, entre los alemanes marxistas, hegelianos de izquierda y anarquistas frente a los narcosindicalistas ingleses liderados por *Owen* y los que luego fueron llamados —en conjunto— por el socialismo real, a la larga el ortodoxo, “socialistas utópicos” con *Proudhon* a la cabeza.

De esta manera, *Marx*, en vez de lo esperado, contesta con otro manuscrito: *Miseria de la Filosofía* en el cual, palabras más palabras menos, más allá de los desacuerdos políticos y de la acusación marxiana del socialismo utópico francés del siglo XIX resumidos en la denuncia del revisionismo y la alienación en el apelativo de *pequeñoburgués*, aparecen, a nuestro criterio los elementos iniciales para la construcción de un pensamiento crítico, a partir de la diferencia entre el horizonte posible que estaría representado por la *Filosofía de la Miseria* de *Proudhon*; y, el horizonte necesario propuesto por *Marx* en su *Miseria de la Filosofía*.

Por supuesto, este acercamiento teórico, que es mucho más amplio, lo hemos trasladado al derecho, lo cual explica el título de este ensayo intro-



ductorio y el contenido de este libro en el contexto de los cambios constitucionales que experimenta el nuevo constitucionalismo latinoamericano,<sup>2</sup> denominación que preferimos, en lugar de neoconstitucionalismo, pues permite un uso político e instrumental para la lucha de los pueblos y la emancipación y transformación social. Las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela y la corriente constitucional progresista, dialéctica e histórica en toda nuestra América nos lleva a preguntarnos hoy: ¿El derecho de la miseria o la miseria del derecho? Que pudiera ser planteado de variadas maneras, de acuerdo al lugar desde donde lo miremos, con resultados idénticos, “¿derecho para la salvación de los pobres o pobreza del ideal salvador del derecho?”, “¿derecho para exculpar la conciencia de los ricos y poderosos o motivo de los millares de pobres para construir una nueva conciencia de tomarse el poder para sí mismos? “¿crítica como contraposición al orden imperante o sustitución del orden imperante instrumentando la crítica en pos del poder popular?”

Partimos del supuesto de que la crítica es necesaria, lo cual excluye como parte de nuestra militancia en pos de una nueva sociedad, más democrática y democratizadora, el inmovilismo del derecho liberal tradicional y sus versiones políticas tecnocráticas que esconden el imperialismo de los países centrales, bajo formas tales como gobernabilidad, derecho alternativo, métodos alternativos de resolución de conflicto y el ciego antiformalismo jurídico —no necesariamente, el *positivismo jurídico*, actualmente asociado como sinónimo de *formalismo jurídico*.<sup>3</sup>

No obstante, la crítica necesaria es un sentido superior debajo del cual existen otros sentidos de planteamiento teórico. Así, tenemos que un primer sentido de la cuestión lleva a entender a la crítica como oposición y denuncia o militancia y acción; o puede ser planteada, también, en términos más cercanos al sentido común, puesto que desde muchos espacios, la palabra “crítica” guarda relación con varios sentidos. Se habla así, por ejemplo, de “técnicas críticas para la administración empresarial”, “el país vive una situación crítica”, o en muchos espacios, a mucha gente cierra el

---

2 Roberto Viciano y Rubén Martínez, *El Nuevo Constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pp. 9-38.

3 Cfr., Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una Teoría Postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra-Temis, 2009.

debate que le es molesto con la frase “es que yo soy crítico...”. Este sentido discursivo y común de la crítica no es sino una oposición ciega y subjetiva, no interiorizada. Es naturalmente perceptiva –por lo cual es fácil defenderla y comunicarla– y, por tanto, está sujeta a la manipulación y a la perversión política. Esta visión para los fines de la reflexión teórica, particularmente jurídica, nos sirve únicamente para diagnosticar pero sin prescribir las causas y los problemas estructurales. La mayoría de los reclamos de los *ghettos* del poder afectados por las reformas progresistas se mueven con facilidad en este océano de imprecisiones, invocando frecuentemente la “técnica jurídica” –las normas positivas– y la verdadera práctica jurídica –experiencia del ritual procesal y la cátedra de lectura de normas jurídicas–. Abogadas y abogados, litigantes o profesores, forman un ejército alienado de la realidad social, trabajando, sin saberlo, para el mantenimiento del *statu quo* de quienes detentan el poder real y la dominación.<sup>4</sup> La crítica así concebida es totalmente inútil y se constituye en una barrera invisible para la transformación social, y en un círculo cerrado para la construcción teórica de un nuevo derecho, diríamos concretamente de un nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Otro sentido de la crítica es, en parte, una oposición al orden establecido, un “estar fuera de”, lo cual ya es un enclave interesante, puesto que esto da viabilidad a cambios y transformaciones importantes. Es un poner en sospecha las categorías del pensamiento tradicional<sup>5</sup> y al mismo tiempo es una oposición radical y un ejercicio de contestación social: el horizonte posible de la crítica, tal como lo podemos notar en el trabajo de *Alejandro Nieto* y en el más radical esfuerzo de *Manuel Atienza y otros*,<sup>6</sup> y algunos de los esfuerzos de instrumentación del derecho de juristas latinoamericanos, los cuales retomaremos más adelante. No obstante, esta *praxis* no sustituye el orden así cuestionado –aunque advierte que es necesario abrir el círculo–, sino que, lejos de superarlo, lo reproduce y perenniza (el horizonte posible). Mientras que si estamos conscientes de que esta crítica posible es una forma temporal que nos debe llevar a plantear nuevos espacios y la bús-

---

4 Alejandro Nieto, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 30.

5 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, Madrid, Paidós, 1988, p. 41.

6 Cfr., Manuel Atienza, en Manuel Atienza, Luis Salazar Carrión y Arnaldo Córdova, *¿Por qué Leer a Marx hoy?*, México, Fontanamara, 2009.

queda de un nuevo orden social, entonces, se vuelve una necesidad, vale decir, una tarea ineludible de nuestras generaciones, en el caso, de quienes estamos tratando de repensar el derecho —no sólo las/os abogadas/os—, una militancia en el entorno de la lucha histórica de los pueblos por su emancipación. Entonces, “el horizonte posible” deviene en “necesario”.

Necesario en tanto mude en una “fuga teórica fundada”, en palabras de *Althusser* que incumba a la filosofía del derecho, pero no sólo a ella, sino, incluso, a otros enfoques por fuera de aquella y del mismo derecho, y comprometida con su objeto de estudio:

No es mediante la repetición, sino mediante la no-repetición de este espacio como se logra escapar de este círculo: únicamente mediante la fuga teórica fundada, que precisamente no sea una *fuga* consagrada siempre a aquello de lo que huye, sino la fundación radical de un nuevo espacio, de una nueva problemática, que permita plantear el *problema real*, desconocido en la estructura de reconocimiento, de su posición ideológica.<sup>7</sup>

Más necesario es el deber de dirigir esta crítica en una dirección teórica de compromiso con su *praxis* como lo recuerda *Marx* en la tesis 11 de sus *Tesis sobre Feurbach*: “Hasta ahora los filósofos [diríamos nosotros, las/os juristas y cientistas sociales en permanente diálogo] han interpretado el mundo, a partir de ahora, deberían ayudar a cambiarlo”;<sup>8</sup> que debe materializarse en el compromiso ineludible con las luchas sociales contra el (neo) colonialismo, la acumulación del capital y el patriarcado en América Latina. Ante esto, la construcción de un pensamiento emancipador desde el Sur, como lo propone *Santos*,<sup>9</sup> sobre la base de repensar (nos) Latinoamérica —en un sentido más internacionalista, en los países periféricos y semiperiféricos— y nuestro rol desencajado en la historia de “tercermundistas”, “populistas”, “subdesarrollados”, “autoritarios” o cualquier eufemismo que esconda los afanes civilizatorios y de conquista de los paí-

---

7 Louis Althusser, “De El Capital a la Filosofía de Marx”, en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2006, p. 60.

8 Manuel Atienza, en Manuel Atienza, Luis Salazar Carrión y Arnaldo Córdova, *¿Por qué Leer a Marx hoy?*, p. 15.

9 Cfr., Boaventura De Sousa Santos, *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, 2003.

ses centrales, se hace indispensable. *Mario Benedetti*, una de las mentes más lúcidas de la América insurgente, pone algo de este empeño en la frase que citamos a continuación:

Hoy día, cuando se quiere descalificar a alguien [...] Decir de un intelectual o de un sector social o de un organismo público o de un partido político, que es *tercermundista*, es compendiar en una sola palabra todo un cortejo de descréditos: es decirle que es ineficaz, desordenado, caótico, perezoso, etc. Si el calificativo es adjudicado a un hecho político o a un gobierno, querrá decir que es despótico, arbitrario, represivo, de indiscriminada violencia, inclinado a la tortura [...] Sin embargo, no estoy convencido de que el Tercer Mundo sea inexorablemente el inventor de tales achaques. Habría que decir, por el contrario, que mucho de nuestro *tercermundismo* es de cuño primermundista.<sup>10</sup>

Consecuentemente, este ensayo introductorio lo hemos dividido en tres partes, con un énfasis en el constitucionalismo y el pensamiento que guarda relación con él: (1) *el criticismo jurídico latinoamericano*, que busca mostrar un mapa o estado de la cuestión en nuestra América; (2) *el horizonte posible de la crítica del derecho*, la crítica combativa-denunciativa que busca establecer la viabilidad del marxismo y el pensamiento progresista para el análisis del derecho; y, (3) *el horizonte necesario de la crítica del derecho*, la crítica creativa-transformadora, que quiere resaltar algunos aspectos que permitirían el paso de la crítica posible a la necesaria en tres niveles: (a) *elección epistemológica* (¿por qué?); (b) *instrumentación política* (¿para qué?); y, (c) *construcción histórico-autónoma* (¿qué?).

---

10 Mario Benedetti, “La América por descubrir”, en *Nuestra América y el V Centenario*, Quito, Editorial El Duende, Abya-Yala-CONAIE, 1990, p. 21.

## II. El criticismo jurídico indolente: mascarada de neutralidad y apoliticidad

Sin necesidad de agotar un tema que trascendería los fines de este ensayo, queremos mostrar las corrientes generales de influencia jurídico-constitucional acrítica en América Latina. En consecuencia, son dos las corrientes que influyen en la formación del derecho moderno europeo continental, el cual, en mayor o menor medida, es acogido, asimilado, y copiado sin más en Latinoamérica.

La primera corriente es la que proviene de la Europa y la Alemania de finales del siglo XIX e inicio del siglo XX, donde, ciertamente, el derecho era el lugar de encuentro predilecto de los intereses de la clase dominante, puesto que era connatural a la racionalización necesaria del ideal de Estado nación sobre la base de las ideas de *Hegel* y *Feurbach*. El *leif motif* de este proceso de asimilación fue el iuspublicismo alemán que, a decir de *Peces-Barba*, creó las ficciones de la dicotomía derecho público-derecho privado y de la personalidad del Estado (Estado-persona),<sup>11</sup> lo cual, en realidad, añadiríamos nosotros, escondía bajo el ropaje de una estructura supuestamente racional y neutra, los intereses de clase. Esta corriente llega a Latinoamérica a través de la lectura española que se hace en la Constitución de 1978, de los modelos alemán e italiano de finales de los cuarenta, presentado en nuestros países como la reforma constitucional del retorno a la democracia en gran parte de la región durante los ochenta. Lo anterior era el modelo presidencialista de influencia norteamericana, la Constitución como acuerdo político cambiante de cuño francés.

Esto tuvo consecuencias concretas en el desarrollo contemporáneo del derecho constitucional latinoamericano en dos niveles. En un primer nivel universal, a partir de este escenario, se mantuvo el dogma sobre el hecho que el estatuto de derechos con pretensión universal opera respecto de las relaciones entre particulares y el Estado, dejando las relaciones entre particulares para el derecho privado. En un nivel local y regional, permitió la emergencia de un derecho positivo, desconectado de aquel

---

11 Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, p. 622.

estatuto; y, por tanto sometido a la lógica de la necesidad política y la coyuntura de los líderes de turno. Una especie de matriz autoritaria disfrazada de derecho formal y sin aplicación material.

La segunda corriente viene de la mano del derecho liberal de origen francés y que encuadró perfectamente con el orden socio-jurídico post colonial, de la mano del pensamiento de *Montesquieu* y *Beccaria*, y los códigos civil y penal napoleónicos a través de sus autores, *Portalis*, *Tronchet* y *Bigot de Préameneu*, y sus interpretaciones españolas y locales, particularmente influyentes, las versiones de *Andrés Bello* y *Vélez Sarfield*; y, el influjo del presidencialismo como forma de gobierno de origen norteamericano. Aquí se combinan dos tradiciones importantes, el origen exclusivamente parlamentario de las normas jurídicas vinculantes, y el espacio ejecutivo como lugar de legitimación por excelencia de las expresiones del poder.

Resulta de esta corriente, en lo jurídico, el *legalismo*, es decir, la preeminencia de la ley por sobre otras normas, pues se entiende que surge desde el lugar más amplio de la representación democrática; y, el *formalismo jurídico*, vale decir el culto a las normas positivas que perpetúan los intereses de las clases dominantes desde y fuera del Estado. Esta corriente engranó perfectamente con la cultura escritural de origen castellano y la práctica judicial no profesionalizada en todos los niveles que era común en toda la Región. Curiosamente, en Ecuador, hasta inicios de los noventa el sistema de justicia funcionaba casi como en el Reino de Quito del siglo XVII.<sup>12</sup> *Kelsen* y su instrumentación mecanicista formal –dogmatismo y formalismo– en favor de la dominación en América Latina fue el eje ideológico cohesionador que cerró el debate en las normas positivas. Se tomó sólo aquello que cuadrara con la cultura jurídica, a la larga los intereses de las clases dominantes,<sup>13</sup> y nunca se estudió sistemáticamente su obra jurídico-política, hecho que es reivindicado por *Óscar Correas* en su *El Otro Kelsen*.<sup>14</sup> A partir de este deformado *Kelsen*, la cultura jurídica le dio su propio sig-

---

12 Cfr., John Phelan, *El Reino de Quito en el Siglo XVII. La política burocrática en el imperio español*, Quito, Banco Central, 1995.

13 Cfr., Diego López Medina, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

14 Cfr., Óscar Correas, “El Otro Kelsen”, en Óscar Correas, comp., *El Otro Kelsen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

nificado al carácter científico del derecho, haciendo indiscutibles las normas jurídicas con *pedigree* democrático que descansaban en un procedimiento positivo de validez y legitimidad política de la autoridad política y en un ordenamiento jerarquizado. En lo político, esta corriente redujo el espacio para la acción política en el Estado y el poder Ejecutivo, por lo cual, las estrategias políticas en la región buscan la cooptación y control de sus instituciones y no la construcción de organizaciones políticas autónomas.

Común en ambas corrientes es la separación radical entre política y derecho, pues se entiende lo jurídico como un remedio para los excesos de la política, donde el derecho funciona únicamente como una limitación del poder y la política se limita a un procedimiento formal de elecciones y representación sin ir más allá.<sup>15</sup> Lo jurídico no representa una categoría de debate al interior o por fuera de él ni el ejercicio de la democracia desde la dialéctica social como lo propone Lefort en un espacio más amplio de legitimación social: lo político.<sup>16</sup> Aparentemente, el derecho neutro y racional (formal), y desacralizado completamente de toda valoración ética, religiosa, en otras palabras, no ideológico, es el centro del *formalismo jurídico* que se defiende a partir de una sesgada asimilación del modelo *kelseniano*, en realidad un sistema autorreferente y autopoyético (se reproduce a sí mismo) *lhumaniano* que no admite intromisión de otros sistemas y donde el ser humano está fuera.<sup>17</sup>

Neutralidad y apoliticidad del derecho que Ferrajoli llamaría paleopositivismo<sup>18</sup> y los juristas alemanes del derecho vivo lo denunciarían como jurisprudencia conceptualista o mecanicista,<sup>19</sup> lo hemos dividido en dos períodos, división tan arbitraria como cualquier clasificación, pero necesaria para tener una idea general de esta fenomenología. El primer período que va desde la construcción del derecho indiano y castellano a partir del *Fuero*

---

15 Alain Touraine, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Editorial Ediciones de Hoy S. A, 1994, pp. 81-115.

16 Claude Lefort, *La Incertidumbre Democrática: ensayos sobre lo político*, Madrid, Embajada de Francia en España y Editorial Anthropos, 2004, p. 39.

17 Cfr., Niklas Luhmann, *Sistemas Sociales*, Barcelona, Antropós, 1984.

18 Cfr., Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

19 Cfr., Luis Fernando Ávila Linzán, *Jurisprudencia Obligatoria: Prontuario de Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

*Juzgo* y las *Partidas*, y la normativa del *Real Consejo de Indias*, hasta la primera mitad del siglo XX, que se caracteriza por el estudio y la producción de grandes tratados y compilaciones de normativa, especialmente las codificaciones, respecto del derecho penal, civil y de territorio y estudios de filosofía e historia del derecho. Se lee en América Latina las obras políticas de la ilustración y de los constitucionalistas norteamericanos, y algunas obras clásicas que explican los códigos penal y civil principalmente, y varios libros de filosofía del derecho iusnaturalista o historicista de Francia y Alemania. Particularmente, se leía *Constant, Rosseau, Montesquieu, Hobbes, Maquiavelo, Locke, y Beccaria; Alessandri, Bodánovic y Somarriva, Bello y Vélez Sarfield*. Las tres primeras décadas de la segunda mitad del siglo XX, en nuestro esquema el segundo período, fue la oportunidad para la reacción positivista y el descrédito del idealismo filosófico de la mano de *Bobbio, Carrara, Kelsen, Marx, Weber, Comte, Durkheim*. Los autores por excelencia en América Latina fueron los procesalistas italianos, alemanes, españoles y uruguayos. Destacamos a *Couture, Guasp, Chioyenda, Carnelutti y Calamandrei*, y los grandes tratadistas herederos de la dinastía *Alessandri* y *Jiménez de Asúa*, que aún son comunes en los ensayos jurídicos, alegatos y sentencias.

De esta tradición, en Ecuador, igualmente y a riesgo de nuevas omisiones, menciono a *Hernán Coello García* a *Víctor Manuel Peñaherrera, Isaac Lovato* y *Pedro Fermín Cevallos* en el primer período, y en el segundo, tenemos a *Juan Larrea Holguín, Jorge Zavala Baquerizo, Julio Tobar Donoso, Rodrigo Borja, Guillermo Bossano, Eduardo Carrión Eguiguren, Alejandro Ponce Martínez, Ramiro Borja Borja, Hernán Salgado* y un jurista y político atemporal y promotor de toda la vida del constitucionalismo social, *Julio César Trujillo*.

Ambos períodos, sin embargo, permitieron la emergencia también de tratados que tenían un signo distinto y que abrían el camino para un derecho renovado, nos referimos, con las omisiones ineludibles, a *Eduardo García Máynez, Héctor Fix Zamudio* en México y *Germán Bidart Campos, Raúl Eugenio Zaffaroni, Néstor Pedro Sagués* y *Santiago Nino* en Argentina; y, *Domingo Belaunde* y *Samuel Abad* en Perú. En Ecuador, aparecen algunos constitucionalistas que realizan interesantes desarrollos desde el positivismo y el constitucionalismo liberal y que influyeron en la elaboración de la Constitución de 1998, tales como *Luis Fernando Torres, Rafael*



Oyarte, Hernán Pérez Loose, Ricardo Vaca, Jorge Zavala Egas y Alberto Wray. Estos dos últimos, significaron en los noventa, una ruptura teórica importante del derecho tradicional.

No obstante del insuficiente e incompleto listado de tratadistas, la realidad de América Latina ha sido la vigencia de los códigos y las leyes como material de estudio y reflexión que van de la mano de la cultura jurídica, los problemas estructurales de nuestras sociedades, y la degradación del sistema educativo público que se hizo extremo en la década de los ochenta y noventa. Entre otras cosas, debido a la aplicación de políticas neoliberales, el desmantelamiento corporativo del Estado y el abandono de su dirección a movimientos y partidos de una izquierda que sin recursos ni bases sociales consolidadas ni dirigencia política e ideológica, en definitiva sin poder real ni viabilidad política, hicieron del derecho un simple acervo de prácticas burocráticas y destrezas documentológicas. No entendieron que el llamado de Gramsci a la *filosofía de la praxis*,<sup>20</sup> y el de Althusser de tomarse los aparatos de reproducción ideológica,<sup>21</sup> suponía un camino de doble vía. No sería suficiente la acción política comprometida de los intelectuales, sino que, además, debería ser indispensable, una reflexión autónoma de aquellos para iluminar la acción política. Horkheimer hace un llamado a la vinculación necesaria entre la lucha social y la construcción del pensamiento.<sup>22</sup>

En todo caso, es muy común ver a políticos y activistas de pensamiento progresista, o abogadas/os que dicen ser socialistas realizar una acción política acorde a su ideología, pero cuando hablan de derecho o tienen que encontrarse en los aposentos de lo jurídico, suelen ser mordaces defensoras/es del *Código Civil* y el *Código Penal*, y les suena herético y como un atentado a las libertades, cuando se dice que este derecho está hecho para proteger el derecho a la propiedad individual y la moral pública impuesta de las clases dominantes. Lo que sucede, de acuerdo a un análi-

---

20 Cfr., Antonio Gramsci, *Introducción a la Filosofía de la Praxis*, Barcelona, Editorial Península, 1972.

21 Cfr., Louis Althusser, Étienne Balibar, “Filosofía Arma de la Revolución”, en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer del Capital*, México, Siglo XXI Editores, 2006; y, Louis Althusser, “Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado”, en Slavoj Žizek, comp., *Ideología. Un mapa de la discusión*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

22 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, p. 51.

sis *bourdeano*, es que el campo jurídico está controlado por actores que definen las reglas de acceso y ejercicio de las potestades, privilegios y el acceso a los recursos reales o simbólicos, por lo cual no importan los fines y contenidos de las decisiones del poder siempre que se mantenga el orden dentro de este campo. Se entiende de esta manera la agresiva oposición en el Ecuador actual de los colegios de abogados cuando se les quita el monopolio de acreditar el ejercicio profesional, por poner un ejemplo.

Vive América Latina lo jurídico como una suerte de alienación social que sigue la tradición del liberalismo primitivo-hobbesiano que cree ingenuamente que en el poder ordenador de las normas jurídicas, lo cual produce una sensación optimista de lo que las reformas jurídicas pueden hacer por transformar la realidad. Se acentúa así la imposibilidad real desde la izquierda de luchar en otros frentes que no sea la institucionalidad y las normas. Pareciera que las normas jurídicas tuvieran propia entidad y pudieran ellas mismas alterar la realidad, con lo que se produciría, si tomamos como base el pensamiento de *Marx*, una especie de fetichismo jurídico que, en verdad, esconde las relaciones cosificadas (reificadas)<sup>23</sup> en tanto problemas de fondo que afectan histórica y estructuralmente a nuestras sociedades.<sup>24</sup> Esto produciría un estado particular de conciencia social que nos hace sentir “fuera de”, en otras palabras, alienados. La propia naturaleza del derecho hegemónico y, particularmente, en sus normas, las cuales en un orden liberal, de manera análoga como advirtió *Marx* respecto de la realización del trabajo, anulan al ser humano y su posibilidad de emanciparse.<sup>25</sup>

Estamos convencidos que el derecho debe retornar a su profunda manifestación material: la realidad social. *Alejandro Nieto* acuerda que esta realidad social, que está en la base misma del poder y el derecho, en el entendido de este autor, “razón jurídica recta”, debe estar alerta de lo que el poder es capaz de hacer para instrumentarla y desviarla.<sup>26</sup> Creemos, sin

---

23 Evgeny Pashukanis, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985, pp. 71-79.

24 Magnet Colomer, Jordi, “Fetichización Jurídica y Derechos Sociales”, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 4, Madrid, Universidad Complutense, 2008, pp. 2-5.

25 Karl Marx, *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*, México, Editorial Grijalbo, 1968, pp. 77-78.

26 Alejandro Nieto, *Crítica de la Razón Jurídica*, p. 30.

embargo, que no es suficiente adquirir conciencia de esta posibilidad, sino además, de la necesidad de instrumentarlo para la transformación social, no sólo desde el derecho, sino desde otras disciplinas tales como la sociología, antropología, ciencias políticas y psicología. Punto de partida para que la reflexión desde el nuevo constitucionalismo latinoamericano no sea trivial y devenga en una apertura crítica teórica para superar el derecho liberal mimetizado en nuestra cultura jurídica, es aceptar la necesaria relación entre política y derecho –a partir de allí, del derecho y otras disciplinas–, en los términos que ya hemos mantenido en otros trabajos.<sup>27</sup> En este libro que introducimos con este ensayo, todos los esfuerzos de las/os autoras/es buscan espacios de encuentro interdisciplinario, sobre la base de una relación entre derecho y política, sin que se renuncie a la esencia propia del derecho.

### III. El horizonte posible de la crítica del derecho

#### 1. La crítica desde el marxismo

*Marx* no consideró que el derecho sea objeto del pensamiento ni de la lucha política, sino las relaciones económicas, que comportaban la infraestructura social histórica (infraestructura), cuya apropiación por parte de la clase dirigente, históricamente unguída, el proletariado, debería ser la condición política para la fundación de un nuevo orden.

El antiguo orden era el de la cultura dominante, las instituciones y pensamiento que le daba sustento –la ideología– (superestructura), el cual debería automáticamente mutar en justo y equitativo. De acuerdo a esto,

---

27 Cfr., Luis Fernando Ávila Linzán, “El Acceso a la Justicia y la Emancipación de las Personas Excluidas”, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; Luis Fernando Ávila Linzán, “Introducción: La Transformación de la Justicia”, en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; Luis Fernando Ávila Linzán, “La Constitucionalización de la Administración de Justicia”, en Ramiro Ávila, ed., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna”, en Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La Transformación de la Justicia*.

el derecho, como parte de la ideología dominante, se transformaría temporalmente a favor del nuevo orden y luego devendría en innecesario en la sociedad comunista. Este postulado, hizo que el derecho desde el socialismo fuera estigmatizado –como los otros saberes que no guardaran correspondencia con la economía política– y no haya sido tomado en cuenta, sino únicamente como un instrumento al servicio de las clases dominantes.

Por supuesto, *Marx*, como cualquiera, fue un producto del tiempo que le tocó vivir, frente al cual, la tarea concreta era la apropiación inmediata e impostergable del poder mediante la acción política revolucionaria. No pudo imaginar el poder que durante el siglo XX tendría la ideología y los aparatos ideológicos del Estado, principalmente, el sistema educativo. Tampoco pudo prever que no todos los escenarios del mundo hacían viable una situación revolucionaria, en los términos leninistas, debido al reducido espacio para la acción revolucionaria. No se supo entender que no era suficiente la simple ocurrencia de la explotación social para la configuración de dicha situación, sino que era necesaria la existencia de una verdadera lucha de clases con posibilidades de que una de ellas tome el poder en nombre de una sociedad igualitaria y sin clases. No obstante, si leemos *En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, podemos ver que *Marx* no excluye al derecho como objeto del pensamiento, sino que lo integra al cuestionamiento radical de un orden de dominación más general, la cultura y la ideología, y toma como *arquetipo* de este orden a la religión, que, más allá de su ateísmo personal, le sirve más como metáfora social que como identificación del verdadero enemigo histórico:

La misión de la historia consiste, según esto, en descubrir la verdad más acá, una vez que se ha hecho desaparecer *al más allá de la verdad* [teología y metafísica]. Y, ante todo, la misión de la filosofía, puesta al servicio de la historia, después de desenmascarar la forma de santidad de la autoenajenación del hombre, está en desenmascarar la autoenajenación bajo sus formas profanas. La crítica del cielo se trueca, de este modo, en la crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica del derecho, la crítica de la teología en la crítica de la política.<sup>28</sup>

---

28 Karl Marx, “En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel”, p. 224.

También, por efecto de su entorno histórico, *Marx* –igual *Althusser* y *Gramsci*, y gran parte de los marxistas ortodoxos– consideraron que era el Estado el espacio de apropiación del poder por parte del proletariado, puesto que era el instrumento de la burguesía para el mantenimiento del control de las relaciones económicas, el cual era legitimado históricamente por el derecho.<sup>29</sup> En realidad, en este punto, más allá de la coyuntura política alemana de finales del siglo XIX, el marxismo es profundamente *weberiano*, *feurbacheano* y *hegeliano*, y dio forma al iuspublicismo alemán ya comentado, de tal manera que se consideraba que el Estado tenía el monopolio del derecho. La diferencia del marxismo ortodoxo con la heterodoxia del marxismo posterior de la década de los sesenta y setenta, se marca con el pensamiento de los denominados postmarxistas, tales como *Foucault*, *Bourdieu*, *Lacan*, *Derridá*, *Mouffe*, *Dussel*, *Laclau*, y *Deleuze*, y la famosa *Escuela de Frankfurt*, que amplían el espacio de acción política a todas las relaciones de poder dentro de la sociedad.

A partir de lo anterior es que fueron leídos ávidamente en América Latina en la primera mitad del siglo XX, estudios desde la órbita del socialismo real que tuvieron amplia difusión en algunos ámbitos académicos, especialmente México, Brasil, Chile y Argentina. Nos referimos a los estudios y al debate de los soviéticos *Stuchka* y *Pashukanis*. Los unía un ideal común del marxismo primigenio: el derecho era una cuestión ideológica que debería reflejar la apropiación de las relaciones sociales por parte de la clase dirigente, el proletariado.

Los separaba su visión del origen legitimador de ese nuevo derecho revolucionario. *Stuchka* pensaba que debería ser el Estado quien lo definiera; mientras, que *Pashukanis* opinaba que fuera el propio proceso revolucionario económico quien haría ese cambio automático. Además, los separaba su visión a largo plazo del rol histórico del derecho en el proceso revolucionario. *Stuchka* estaba preocupado por definir el sujeto histórico de la creación del derecho revolucionario; al mismo tiempo, *Pashukanis* creía que la socialización de las relaciones económicas en el proceso revolucionario llevaría a hacer innecesario el derecho en la socie-

---

29 Karl Marx y Friederich Engels, “La Relación entre el Estado y el derecho y la Propiedad”, en Martinelli, José María (comp.), *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, pp. 133-135.

dad comunista.<sup>30</sup> La obra más conocida en América Latina fue la de Pashukanis, principalmente, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, cuyo aporte principal fue el establecer como objeto del derecho no la norma, sino la relación jurídica, lo cual se presentaba como un camino epistemológico para relacionar el derecho con la realidad social.<sup>31</sup> Otro aporte de este autor fue que el derecho no puede ser entendido por fuera de su contenido ideológico a favor de la dominación.<sup>32</sup>

No obstante, la crítica desde el marxismo, por todo lo expresado no pudo en sesenta años de socialismo real establecer un derecho autónomo del derecho romano de tradición capitalista, mucho menos un pensamiento jurídico-político autónomo y revolucionario. Lo único que se logró fue darle algunos contenidos sociales y ampliar el derecho hegemónico de raigambre civilista a otros colectivos. Basta con darle un vistazo a los *códigos, penal y civil*, soviéticos.

En Latinoamérica, se adoptaron los miedos desde la tradición civilista y contrarrevolucionaria de una manera radical, de tal manera que, ni siquiera se hizo el intento por construir un derecho alternativo al dominante, el cual abiertamente, oculto sobre su supuesta neutralidad, protegía los intereses de clase. Por una parte, los aparatos ideológicos locales, particularmente, el sistema educativo y el foro jurídico proscribieron abiertamente estas reflexiones con el apoyo militar y económico del imperio, con el fin de inocular toda forma de movilización social o procesos revolucionarios luego del ascenso del socialismo en Cuba. Por otra parte, la insurgencia y los movimientos sociales latinoamericanos centraron sus esfuerzos en la acción política revolucionaria y reprodujeron la desconfianza del marxismo ortodoxo respecto del derecho. Urgente era apropiarse del Estado y destruir la ideología dominante. Sólo avanzamos al diagnóstico, a la evidencia de la ausencia y las carencias del derecho, pero sin constituir un

---

30 Nicos Pulantzas, *Hegemonía y dominación en el estado moderno*, México, Ediciones Pasado y Presente, 1985, pp. 109-114.

31 Cfr., Evgeny Pashukanis, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985.

32 Evgeny Pashukanis, "Ideología y Derecho", en José María Martinelli, comp., *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000. Documento original: Evgeny Pashukanis, "Ideología y Derecho", México, Editorial Grijalbo, 1976, pp. 231-235.

modelo distinto, como podemos constatar en los códigos y leyes cubanas. Una evidencia de la denuncia, la tenemos en *Mariátegui*, por citar un caso emblemático en sus *Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*: “Nuestro Código Civil no está en armonía con los principios económicos, porque es individualista en lo que se refiere a la propiedad”.<sup>33</sup>

Sin embargo, el pensamiento jurídico desde el marxismo inspira una línea marginal dentro del pensamiento jurídico hegemónico, pero profundamente creativa, militante y con indudable rigor científico que debe, no obstante, constituirse en uno de los pilares fundamentales de una plataforma para la construcción de una crítica necesaria del derecho. Los trabajos realizados en México por *Rodolfo Vásquez*, *Óscar Correas* y *Manuel Atienza* proponen elementos importantes para pensar un nuevo derecho latinoamericano profundamente crítico.<sup>34</sup> También sigue una dirección parecida los esfuerzos de *Roberto Gargarella* en Argentina, especialmente, a partir de lo que él ha denominado “constitucionalismo popular” o “constitucionalismo crítico”.<sup>35</sup> Destacamos por su intento sistematizador e interdisciplinario, el libro coordinado por *Gargarella* titulado “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”,<sup>36</sup> y que se resume en un compromiso real del constitucionalismo latinoamericano, tradicionalmente liberal y mezquino, con la transformación radical de nuestras sociedades:

---

33 José Carlos Mariátegui, *Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*, Rosario Santa Fe, Kolektivo Editorial “Último Recurso”, 2004, p. 27.

34 Cfr., Óscar Correas, *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*, México, Fontamara, 2006; Óscar Correas, *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacan, 1994; Manuel Atienza, en Manuel Atienza, Luis Salazar y Arnaldo Córdova; Rodolfo Vásquez, *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, 1997; Rodolfo Vásquez, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

35 Cfr., Roberto Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, ES: Gedisa, 1999; Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: algunas reflexiones preliminares”, en *Crítica y emancipación: revista latinoamericana de ciencias sociales*, Vol. 2, no. 3 (ene.-dic. 2010), pp. 168-188, Buenos Aires, CLACSO, 2010; Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

36 Cfr., Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Las largas y detalladas listas de derechos individuales, sociales, económicos y culturales que incluyen nuestras nuevas constituciones representan, en tal sentido, una reacción frente a un constitucionalismo que, más que austero, era avaro; más que moderado, reaccionario, un constitucionalismo que, con razón, podía ser acusado de estar al servicio de unos pocos, de sus privilegios y sus propiedades.<sup>37</sup>

## 2. La crítica progresista

Hemos tratado de unir en la frase “crítica progresista” a un sinnúmero de líneas de trabajo que apuntan a un cuestionamiento del orden establecido, pero desde distintas vertientes ideológicas y disciplinas. Por esta razón no podemos llamar a esta parte crítica postmarxista, postliberal, social o sociojurídica, aunque, tal como se verá, en estas líneas de estudio existe un poco de todas estas posturas ideológicas. Intentaremos establecer las principales tendencias que podremos decir coinciden con lo que hemos denominado horizonte posible de la crítica del derecho.

De esta manera, el contexto del cual aparece el progresismo coincide con el traspie histórico del socialismo real –si entendemos que la historia no ha terminado como lo expresa *Fukuyama*–, y la emergencia de nuevos espacios de lucha y reflexión que se hicieron notorios a partir de *Mayo del 68*. El espacio que nos interesa analizar para los fines de este libro es el de la ideología –en general, de poder como objeto del marxismo, la superestructura– como un elemento independiente de la acción política para la apropiación de las relaciones sociales. Dicho espacio significa una reformulación de la ortodoxia marxista, pues considera que la superestructura debe ser instrumentada. Al mismo tiempo, son promovidos algunos postulados del marxismo, principalmente, la concepción del poder como algo por fuera del Estado y más cercano a todas las relaciones sociales donde existe subordinación. Por supuesto, esto supuso agrios comentarios y acusación de revisionismo por parte de sectores ortodoxos. Así, surgieron

---

37 Roberto Gargarella, “Prólogo”, *Desafíos constitucionales*, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, eds., *La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, Quito, 2008, p. 14.



pensadores que pusieron su mirada sobre la ideología como un objeto independiente, lo que significó un giro interesante de la doctrina original, pues el mundo de las ideas se convertía en un lugar que era necesario colonizar para propiciar el cambio a largo plazo. En este espacio no sólo estaba el derecho, sino la cultura y sus expresiones, y los estilos de vida. En esta tendencia fueron importantes los trabajos de *Foucault*, *Bourdieu*, *Derridá* y, un poco antes, *Althusser*, *Croce* y *Gramsci*. La propuesta política era unir la acción política con la reflexión teórica, la filosofía de la acción o de la acción revolucionaria.

En América Latina ha tenido muy poco impacto esta postura, pues el radicalismo teórico y el dogmatismo fueron dramáticamente extremos por la polarización social y los problemas de adecuación de los sistemas políticos en un escenario poscolonial. Sin embargo, logró pervivir dentro de varias agendas políticas, como lo logró el derecho romano en los conventos y las abadías en la Edad Media. Estas plataformas, durante las décadas del 50 al ochenta, fueron los estudios de la teoría social de la liberación en las obras de *Dussel* y *Freire*,<sup>38</sup> en los esfuerzos por las reivindicaciones socio étnicas de *Stavenhagen* y *Mariátegui*, en la teoría de la dependencia de la CEPAL y los trabajos de *Cardoso* y *Falsetto*; los estudios pro emancipación de *Boaventura de Sousa Santos* desde la Universidad de Colimbra, de amplia difusión e influencia en Brasil y en la Región; y, la impronta inexorable e inmarcesible del pensamiento de *Raúl Eugenio Zaffaroni*, de quien destacamos “En busca de las Penas Perdidas”, que habla de la ilegitimidad del discurso penal en la Región.<sup>39</sup> Queremos destacar unos ensayos particularmente influyentes en América Latina de *Rodolfo Stavenhagen*, “Siete Tesis Equivocadas sobre América Latina”,<sup>40</sup> “Dependencia y Desarrollo en América Latina” de *Cardoso* y *Falsetto*, y los

38 Cfr., Paulo Freire, *Educación liberadora: bases antropológicas y pedagógicas*, Buenos Aires, Espacio; Enrique Dussel, *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001; Enrique Dussel, *Filosofía de la liberación*, Santafé de Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1980.

39 Cfr., Raúl Eugenio Zaffaroni, *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998.

40 Cfr., Rodolfo Stavenhagen, “Siete Tesis Equivocadas sobre América Latina”, en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.

trabajos de *Ghunter Frank*, *Celso Furtado*, *Ruy Mauro Marini* y *Theotonio Do Santos*<sup>41</sup> pues consideramos que en ellos existen algunas líneas estructurales que invitan a pensarnos jurídicamente desde el Sur.

Y, también, son relevantes lo promovido por *Santos* en varias partes de América Latina, particularmente, en Colombia, donde se publicó el libro *Caleidoscopio de la Justicia en Colombia. Análisis sociojurídicos*, donde, además participan *César Rodríguez*, *Mauricio García Villegas*, *Esther Sánchez Botero* y *Rodrigo Uprimny*, entre otros.<sup>42</sup>

Luego, en la década de los ochenta y noventa, por influjo de *Duncan Kennedy* y *Guillermo O'Donnell* a partir de los estudios sociales en las universidades de los Estados Unidos de América, en América Latina aparece lo que se denominó los *legal critical studies* (estudios legales críticos), que se fundamentaban en la relación de los problemas estructurales, principalmente la pobreza, con el ordenamiento jurídico y las instituciones políticas, cuyas líneas fundamentales pueden consultarse en *(In)efectividad de Ley y la Exclusión en América Latina*.<sup>43</sup> En esta misma línea, pero centrados en el uso estratégico del derecho y la exigibilidad jurídica de los derechos sociales, es imprescindible revisar el trabajo de *Abramovich*, *Courtis* y *Gargarella*.<sup>44</sup> En Ecuador, *Alberto Wray* representaba en los años noventa un aire de renovación jurídica que fue adelantado a su tiempo y al entendimiento del foro jurídico.<sup>45</sup>

41 Cfr., Fernando Cardoso y Enzo Faletto, "Dependencia y Desarrollo en América Latina", en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006. Ver en esta misma publicación la Dialéctica de la Dependencia de Ruy Marini y "Subdesarrollo y Dependencia" de Theotonio Dos Santos.

42 Cfr., Boaventura De Sousa Santos y García Villegas, Mauricio, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

43 Cfr., Juan Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

44 Cfr., Víctor Abramovich, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, en Comisión Andina de Juristas, CAJ; Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos, Lima, 2003; y, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002; Roberto Gargarella.

45 Cfr., Alberto Wray, *Modernidad y tradición en el pensamiento jurídico del siglo XIX*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso en el centenario de su nacimiento: ensayos, 1995.

Por su parte, queremos enfatizar la compilación realizada por *Courtis*, sobre teoría crítica del derecho,<sup>46</sup> donde brillan con luz propia el ensayo de *Frances Olsen*, “El Sexo del Derecho”,<sup>47</sup> la esencia crítica de *Alda Facio* respecto de los estudios de género;<sup>48</sup> y los lineamientos para la construcción de una teoría crítica de *Carlos Cárcova*.<sup>49</sup> Estos estudios, en sí mismo, constituyen una plataforma independiente de crítica del derecho y del orden imperante dentro de una sociedad patriarcal. Su comentario y estudio, más allá de las limitaciones de este libro, siempre será exiguo. La denuncia no es sólo de las mujeres, sino de toda una sociedad latinoamericana desigual e históricamente construida. Algunas líneas importantes encontradas en la obra de *Mauricio García Villegas*<sup>50</sup> y otras en los trabajos del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) en su revista “*El otro derecho*”.

Finalmente, en América Latina tenemos lo que se ha denominado neo-constitucionalismo o garantismo constitucional, gestionado por Miguel Carbonell a partir de varias publicaciones, donde compila los trabajos de *Pisarello*, *García Amado*, *Zagrebelsky*, *Ferrajoli*, *Guastini*, *Gargarella*, entre otros. La preocupación de estos autores es la materialización de los textos constitucionales y el rol del Estado en la regulación de las relaciones sociales frente a los derechos humanos. También guarda algún nivel de relación con esta vertiente el denominado “garantismo penal” a partir de *Ferrajoli*, *Baratta* y *Zaffaroni*. El garantismo en Ecuador ha tenido un particular impacto a partir de la asamblea constituyente y la promulgación de la Constitución de 2008. Se inició por la gestión de *Julio César Trujillo*, *Gina Chávez*, *Jorge Zavala Egas*, *Ramiro Ávila*, *Agustín Grijalva*, *Judith Salgado*, *Ximena Endara*, entre otros. Un primer intento de sistematización ocurrió con la obra “Constitucionalismo y Sociedad”, y las posteriores publicaciones de la serie ideada por *Ramiro Ávila*, “Justicia y Derechos Humanos”, del Ministerio de Justicia desde el 2008, colección que se convirtió en un

46 Cfr., Christian Courtis, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, comp., Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

47 Cfr., Frances Olsen, “El Sexo del Derecho”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

48 Cfr., Alda Facio *Hacia otra teoría crítica del derecho*, Santiago, LOM Ediciones, 1999.

49 Cfr., Carlos María Cárcova, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

50 Cfr., Mauricio García Villegas, Isabel Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldarriaga, “Crítica jurídica”, Bogotá Universidad de los Andes, 2006.

lugar de encuentro, sobre la base de diversos enfoques, para lo que hemos denominado aquí como crítica progresista. De este espacio surgen algunos de las/os autoras/es nacionales que participan en la construcción de este libro. También, destacan las innumerables publicaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, entre la que mencionamos la última de éstas, que hace un primer balance de la aplicación de la Constitución de 2008, *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*,<sup>51</sup> y, la sugerente publicación de *Patricio Pazmiño* donde aborda algunos de los ejes fundamentales de la transformación constitucional matizada por la experiencia del activismo y ejercicio de la justicia constitucional.<sup>52</sup>

Sin embargo, las posibilidades de que el pensamiento progresista se convierta en un horizonte necesario de la crítica no están en su dificultad de formar conciencia de pensamiento crítico, sino en que no representa una alternativa permanente para el derecho liberal en América Latina. Existen, no obstante, algunos elementos de cohesión que facilitarían esta conversión. En primer lugar, un elemento cohesionador de la crítica progresista es el de los derechos humanos que se presenta como una red ideológica renovadora y dinámica en doble vía, a decir de *Dulitzky*. No obstante, no debe ser vista esta como categoría metafísica, sino materialmente histórica, que coincida con un “mínimo objetivo” —el indispensable para la existencia de los derechos humanos— fundado en principios contraliberales, tales como la cooperación, la solidaridad y de necesidades básicas que se incluye en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>53</sup> Así, mientras los sistemas de protección internacional y regional de los derechos humanos se nutren de la aplicación de sus estándares tamizados por los textos constitucionales (supremos y normativos) en lo local, otorga sustancia a estas nuevas constituciones, mediante un generoso estatuto de derechos y mecanismos de garantías integrales.<sup>54</sup>

---

51 Cfr., Santiago Andrade Ubidia, Claudia Storini y Agustín Grijalva (eds.); *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional-UASB, 2009.

52 Cfr., Patricio Pazmiño, *Descifrando Caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*, Quito, FLACSO, 2010.

53 Manuel Atienza, en Manuel Atienza, Luis Salazar y Arnaldo Córdova, *¿Por qué Leer a Marx hoy?*, p. 40.

54 Cfr., Ariel Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Victor Abramovich y otros, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2007.

Lo alternativo al derecho liberal, no obstante, toma formas interesantes que pueden mutar ideológicamente en un derecho insurgente, emancipatorio o revolucionario, en la medida que, a diferencia del marxismo, no considere al derecho como una herramienta inútil, sino como un instrumento a favor de las personas y colectivos para la transformación social. Esto significará un salto dialéctico que supere la simple denuncia de la carencia de las líneas antes explicadas y presente una nueva forma de ver el derecho en la contemporaneidad.

En segundo lugar, la crítica progresista rompe la neutralidad del derecho y lo pone al servicio de la lucha contrahegemónica. Esto coincide con algunos felices escenarios: a) el reposicionamiento de la judicatura como espacio de legitimación de las democracias contemporáneas que pone a las/os operadoras/es jurídicos al debate político de los derechos; b) el auge de los mecanismos de control de la constitucionalidad con organismos de cierre; y, c) el afán transformador social de las nuevas constituciones en Bolivia, Ecuador, y Venezuela.

Luego, en tercer lugar la crítica progresista reformula la tradición de la crítica marxista, pues pone a disposición de las personas y colectividades excluidas el espacio común y tradicional de los intereses burgueses: el Estado, particularmente, los sistemas de justicia. De esta manera, al tiempo que se puede activar el derecho para la exigibilidad de los derechos, puede ejercer la acción política directa. Hay quienes dicen que el derecho permitiría la cooptación de otras formas de lucha social con el fin de neutralizarlo, pero no se debe perder de vista el potencial emancipatorio que puede tener el uso del derecho de manera estratégica y con conciencia crítica para ampliar el ejercicio de los derechos y ejecutar las obligaciones de las/os actores económicos que explotan a las desposeídas/os.

#### IV. El horizonte necesario

### 1. Elección epistemológica: la construcción del pensamiento crítico desde el sur

#### 1.1. Sobre el *episteme* y el sur

La elección epistemológica corresponde a la búsqueda adecuada del objeto por fuera del objeto evidente. Es buscar nuevas formas de plantearle los problemas al derecho. Hemos elegido el pensamiento desde el sur como una plataforma omnicomprendensiva que permitiría el primer paso para convertir la crítica posible en necesaria. La crítica posible que, con sus enfoques, puede contagiar al derecho de una nueva *praxis*.

Esta elección supone algunos retos para la construcción de estatutos epistemológicos o de pensamiento crítico desde el sur, que conlleva muchas interrogantes; tales como: ¿Es posible construir un estatuto epistemológico de los saberes sociales, particularmente del derecho, desde el sur? ¿Si es posible dicha construcción, es deseable? ¿Cuáles son los contenidos y la extensión que dicho estatuto debe contener? Estas son algunas preguntas, cuyas respuestas devienen en verdaderos retos, cuyo objetivo precisamente es fomentar en América Latina la iniciativa para generar un pensamiento crítico subalterno (no sólo alternativo, sino desde abajo) desde las antípodas hegemónicas.<sup>55</sup>

En el caso de responder afirmativamente a la primera interrogante, al decir que sí es posible construir un estatuto epistemológico desde el sur, se debe considerar que de hecho existen varios estatutos epistemológicos en el sur (visto además como multiplicidad de sures) y que están invisibilizados por los saberes hegemónicos, cuya *doxa* no ha permitido el desarrollo de la paradoxa epistémica.

Para recorrer el camino trazado, cabe responder y desarrollar la extensión de lo que debemos entender por estatuto, por epistemológico, por ciencias sociales, por pensamiento crítico, y por sur.

---

55 Cfr., Boaventura Sousa Santos y César Rodríguez Garavito, eds., *Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthrophos, 2005.

Bajo dicha óptica, nos permitimos citar a *Mario Bunge*,<sup>56</sup> quien dice que un *estatuto científico* constituye ese conjunto de reglas y métodos por los cuales deben transitar los jugadores que en su defecto pueden o no ser ciencias sociales. Lo importante es la observancia y respeto de dichas normas para no quedar al margen del juego. Es importante señalar que el conocimiento es un artefacto complejo que no es ni terminado ni completo y por eso está expuesto a errores. En ese sentido conocemos de la existencia de saberes desde el sur con sus propias reglas y métodos, y que en algunos de los casos incluso han sido apropiados por el norte hegemónico, por ejemplo: formas tradicionales o alternativas de saberes en varios ámbitos humanos (medicina, agricultura, organización, derecho propio, etc.). Por ejemplo, los conocimientos de medicina como la aromaterapia, la acupuntura, el *reiki*, entre otras; uso de tecnologías, recursos naturales, ciencias, o incluso formas sociales de convivencia y lo que podríamos llamar filosofía andina que, equivocadamente, se ha llamado cosmovisión.<sup>57</sup> Respecto del derecho, nos interesa incorporar esos saberes desde una perspectiva intercultural.<sup>58</sup>

El segundo paso necesario es que el derecho, en tanto ciencia social, debe ser diferenciado de las ciencias de la naturaleza o denominadas ciencias duras, pese a que por mucho tiempo se ha pretendido aplicar los mismos métodos y técnicas sin diferenciar sus particularidades, lo cual ha acarreado más de una confusión. Para aclarar la referida confusión, *Jean Pierre Pourtois*, dice que:

(...) las ciencias naturales y las ciencias sociales son diferentes en la medida en que en las primeras, los datos, hechos, acontecimientos, no se interpretan por adelantado, no contienen en si mismo una estructura de pertinencia o significación, mientras que los acontecimientos y datos del mundo social presentan una estructura pertinente y un significado particular para las personas que viven en él.<sup>59</sup>

56 Mario Bunge, *La investigación científica*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2000, p. XIII.

57 Cfr., Josef Estermann, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1998.

58 Cfr., Luis Fernando Ávila Linzán, "Los Caminos de la Justicia Intercultural", en Carlos Gallegos-Anda y Danilo Caicedo, eds., *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

59 Jean Pierre Pourtois y Huguette Desmet, *La ciencia de hoy en el acercamiento de las disciplinas*, Barcelona, Ed. Herder, S.A. p.19.

Por lo mencionado, el derecho requiere de dispositivos y métodos particulares, especialmente para el examen de las características de las construcciones y significaciones humanas. En esto pueden ayudar los métodos de investigación cualitativa aplicados al derecho. A partir de esto, es posible que el pensamiento crítico de un salto dialéctico, cuya epistemología analice o evalúe la estructura y consistencia de los razonamientos, particularmente opiniones o afirmaciones que la gente acepta como verdaderas en el contexto de la vida cotidiana. Es decir, trata de reformular, replantear y evaluar las *doxas* del conocimiento considerado hegemónico y de *última ratio*. El derecho debe utilizar métodos propios del razonamiento científico o métodos que contengan técnicas de observación y experiencia, cuyos argumentos sirvan para discernir lo verdadero de lo falso, lo aplicable, lo razonable, lo particular de lo general, entre otras cosas. La importancia del pensamiento crítico reside en los argumentos que soportan sus conclusiones, de tal forma, que sea posible construir nuevas *doxas* del saber con plena base y carácter científico.

De otra parte, el tercer paso será definir al *sur*, no solo como un lugar geográfico sino geopolítico. Lo que lleva a la definición de la denominada periferia con relación al centro hegemónico del conocimiento. Cualquiera que fuese el caso, entendemos que se trata de los denominados *subalternos*, *excluidos* de ser llamados del norte o hegemónicos. Cabe recalcar que no hay un solo sur; y que por ende, no podemos hablar de un solo estatuto epistemológico, sino varios estatutos, pues no debemos considerar al sur bajo una sola categoría homogenizante (intrahegemonía).

## 1.2 El alcance epistémico

Aclarados en breves rasgos estos dos puntos, consideramos pertinente hacer las siguientes reflexiones: si existen estatutos epistemológicos sociales en el sur, ¿cuáles deben ser sus objetivos o alcances? ¿Es deseable o necesario que estos estatutos se universalicen? y finalmente, ¿pueden estos estatutos convivir o desarrollarse aisladamente de los estatutos hegemónicos?



Partiendo de la afirmación de la existencia de otros estatutos o *epistemes* sociales emergentes, que han sido invisibilizadas por el conocimiento hegemónico desde el norte, es necesario saber si estos estatutos tienen un objeto determinado. El sentido de la afirmación genera más complicaciones por el hecho de pretender dar una sola respuesta a una multiplicidad de hechos y de respuestas, así podemos encontrar desde la emancipación, el reconocimiento, la universalización o simplemente la indiferencia a este planteamiento.

Consideramos que en este punto es necesario reflexionar sobre la *doxa* impuesta por la hegemonía de los saberes y que entendemos es de la cual debemos emanciparnos, aunque su trayecto sea casi imposible pues en términos de *Bourdieu*, esos saberes están en nuestro *habitus* y han sido tan naturalizados que los aceptamos no solo como normales sino como los únicos que conocemos, ya que ese sistema de “la estructura estructurada estructurante nos ha estructurado”. ¿Para que debemos emanciparnos entonces?. Pues para quitar esa sombra opresora que esta oculta en la ingenuidad no inocente de los saberes hegemónicos encerrados bajo el precepto solidario de *dar una mano* a las periferias. Para ello entonces, son necesarios los recientes debates desde el sur, cuyo objetivo sea el reconocimiento de la multiplicidad y el relativismo como significantes que aunque no se universalicen o prevalezcan, al menos se los considere existentes. Por eso la emancipación de transparencia citada por *Laclau*, sería la más cercana a nuestros propósitos, pero también la más utópica desde la consecución de la coincidencia humana y la erradicación de las relaciones de poder o de representación.

En ese sentido, el reconocimiento pasa por lo político y lo ético; por ello, antes de que exista un diálogo, primero es necesario que exista ese reconocimiento por el otro, para evitar una vulneración de derechos pues las *derivadas de la alteridad* concluyen en la imposibilidad de hablar desde el otro y la arbitrariedad que significa hablar por el otro. Por lo mencionado, entonces existirían conocimientos desde el sur que lo único que buscan es ser reconocidos como parte de una identidad propia y como parte de esa dignidad humana que hace que todos seamos merecedores de respeto en nuestras propias diversidades. Al hablar de reconocimiento no podemos hablar de imposición pues como afirma *Descartes*, eso significaría una nueva violencia epistémica en la que se pretenden imponer nuevos estatutos.

La universalización cuyo alcance se revisará posteriormente, puede ser el motor que mueva a ciertos estatutos epistemológicos desde el sur, los cuales deben plantearse desde la posibilidad o no de su desarrollo, en especial porque los significantes que han prevalecido y que se han constituido como hegemónicos son los del norte y muy difícilmente van a aceptar lógicas diversas, pues el juego de poder tiene como objetivo primordial negar otros significantes y conocimientos bajo una verdad absoluta que demoniza, descalifica, invisibiliza o niega lógicas contrarias que difícilmente pueden ser admitidas, en especial cuando estas nuevas lógicas desplazan del poder a las primeras. No decimos que el desplazamiento sea imposible, pues este se lograría descalificando y vaciando de contenidos al primero y posicionándose a través de la anulación de su verdad, la reflexión gira en torno a que si es deseable o no dicha universalización, por ello *Laclau*<sup>60</sup> afirmaba que lo universal es la plenitud de lo ausente.

Finalmente, puede darse en la práctica que muchos pueblos o culturas que no necesariamente sean de aquellos no contactados por la civilización mestiza, blanca o hegemónica, no tengan interés alguno porque su *episteme* sea valorado por los círculos del conocimiento científico o peor aún tengan algún interés por la universalización, seguramente les es indiferente hasta el reconocimiento y lo único que les importe sea vivir bajo su propia cultura y bajo sus propios conocimientos y parámetros sociales, sin intromisión alguna de otros saberes, es decir guardar más bien distancia y solo obtener el respeto a su identidad desde la no intervención o interferencia. En ese sentido, su conocimiento, sus métodos, sus reglas, se aplicarán en su campo indiferentemente de cualquier circunstancia fáctica externa.

Por su parte, la universalización del conocimiento implica una imposición que simplemente se traduce en una nueva violencia y en una negación del relativismo y de las particularidades existentes en la multiplicidad, mas aún si tratamos de ciencias sociales y no de ciencias duras en las que las verdades se comprueban científicamente y pese a ello pueden ser desplazadas. Por eso una lógica de construcción hegemónica o de posicionamiento hegemónico significa siempre la negación del otro o de los otros, por más que se pretenda camuflarla bajo la óptica de la democracia que simplemen-

---

60 Cfr. Ernesto Laclau, *Emancipación y diferencia*, Buenos Aires, Ariel, cap. I y II.

te es una imposición de las mayorías emergentes. Ni el mismo proletariado ha podido conseguir ese carácter de universal, pues encuentra en la fragilidad de lo social un problema al plantearse como sistema universal.

De acuerdo a esto, aún cuando una o varias *epistemes* existentes o construidas en el sur pretendan imponerse como la nueva *doxa*, su pretendido nuevo carácter de universalista lo único que lograría es reproducir las mismas prácticas de homogenización y negación del otro, a través de las “estructuras estructuradas estructurantes”, por ello si la nueva *doxa* no se plantea al menos como un producto del consenso o de la multiplicidad podría tener su validez pero no su vigencia.

En esa línea, *Laclau* nos plantea la imposibilidad de que lo universal subsista sin lo particular pese a ser inconmensurables, por ello lo reduce a una paradoja irresoluta cuya solución implicaría: “que se ha encontrado un cuerpo que es el verdadero cuerpo de lo universal. Pero en tal caso lo universal habría encontrado su localización necesaria y la democracia sería imposible”.<sup>61</sup>

Desde el punto de vista de *Laclau*, la democracia subsiste por las particularidades que compiten en su representación universal, y el fracaso de la sociedad equivale al fracaso en constituir a la diferencia como “diferencia”. Con lo anotado podemos afirmar que la universalización de un estatuto epistemológico de las ciencias sociales, puede ser deseable únicamente para aquellos grupos de poder que quieren estar al frente del “arco de juego” e imponiendo su esquema, pero no para aquellos grupos a quienes les ha tocado siempre estar como “espectadores”, pues lo único que se haría en la práctica es cambiar un modelo dominante por otro modelo hegemónico que al final dejaría la complitud de la multiplicidad por fuera.

### 1.3 Giro epistémico

Revisada la no deseable universalización de los estatutos epistemológicos sería conveniente aterrizar en un análisis más pragmático de la propuesta; que es, el de la convivencia de los diversos estatutos o en su defecto la normalización desde las diferencias.

---

61 *Ibid.*, Cap. I y II.

En general, los saberes hegemónicos no admiten saberes contrarios o diversos según *Edgardo Lander*,<sup>62</sup> y por ello incluso el autor manifiesta la cuasi imposibilidad de anular al sistema liberal de mercado de su posición dominante y reflexiona acerca del fracaso o poco éxito de otros sistemas planteados como el socialista o comunista. Por lo anotado se evidencia que los nuevos estatutos o los ya existentes pero invisibilizados pueden y de hecho han sido cooptados en la lógica dominante, por citar un ejemplo, tenemos el caso de los derechos humanos nacidos originalmente en Francia con la *Revolución Francesa de 1789* y con la *Declaración de Derechos del Hombre*, postulado eminentemente eurocéntrico y que hoy ha ganado mucho espacio en la universalización de su doctrina. Tal es así, que hoy encontramos un sistema interamericano de derechos humanos, un sistema europeo de derechos humanos, un sistema africano de derechos humanos; todos ellos fueron construidos desde la óptica originaria y recogiendo únicamente algunas de las particularidades, pretendiendo con ello darle legitimidad y validez al proceso homogenizante.

En ese sentido, en América Latina tenemos un enfoque tanto en derechos civiles como en los sociales y culturales, mientras en África encontramos un énfasis en los derechos de las colectividades y en la descolonización e independencia de las naciones. Sin embargo de ello, no existe un sistema asiático o un sistema oriental de derechos humanos porque las humanidades de dichos países tienen una lógica diversa a la occidental, el homogenizarlas simplemente significaría su anulación. Como lo postula *Horkheimer*, el pensamiento crítico contiene un concepto de humanidad que entra en conflicto consigo mismo mientras no encuentre una completa identidad.<sup>63</sup>

Por eso *Boaventura de Sousa Santos*, respecto al nuevo imperativo categórico en la articulación posmoderna y multicultural y de las políticas de igualdad y de identidad, afirma que: “tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza y tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”. Este un primer encuentro afortu-

---

62 Edgardo Lander es docente-investigador en el Departamento de Estudios Latinoamericanos de la Escuela de Sociología, profesor en el Doctorado en Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela.

63 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, p. 44.

nado con la idea de re-conocimiento que hace la postmodernidad y la necesidad de una re-lectura de los derechos humanos más allá de la modernidad y de su connotación liberal, impregnada de la idea de igualdad como identidad uniforme, como unidad nacional, como razón y verdad.

Por último, el desarrollo independiente de los estatutos epistemológicos, pueden ser una suerte que funcione en un sistema aislado del sistema mundo, el cual no podemos descartar pero cuya existencia a más de improbable seguramente es muy escasa, pues como se revisó anteriormente, hasta las poblaciones indígenas con características propias, buscan su reconocimiento a través de ciertos instrumentos de derechos humanos que son ajenos a su *episteme*, con lo que se ha evidenciado un alto grado de homogenización debido a la salvaje globalización. En ese sentido, más bien se han encontrado resistencias y luchas intestinas respecto de esas *epistemes* impuestas para lograr al menos una transformación más justa y equitativa.

Por eso nos permitimos citar como propuestas diversas al modelo hegemónico, eurocéntrico y colonial, las dadas por *Edgardo Lander* respecto del origen y desarrollo de pensamiento desde América Latina, que hemos denominado *giro epistémico*: (a) crear concepciones de nuevas comunidades del saber; (b) estimular mayor participación social; (c) redefinir los trabajos y métodos de investigación; (d) cuestionar el relativismo de los métodos; (e) escuchar la multiplicidad de voces, alentar la pluralidad epistémica; y, (f) crear *episteme* latinoamericana.<sup>64</sup>

## 2. Instrumentación política

Hemos dicho que la neutralidad política del derecho constituye lo que *Lacan* llamaría un *significante vacío*. Así, política y derecho han avanzado por vías distintas y hasta contradictorias, negándose mutuamente. El derecho desde su defendida racionalidad y la política desde la necesidad de administrar el poder. Construido históricamente así, el derecho es percibido como una respuesta a la política, como una no *política*. Al giro

---

64 Cfr., Edgar Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*.

epistémico, debe seguir la instrumentación material del derecho para la transformación social que signifique la ruptura del orden histórico de perpetuación de la propiedad de las clases dominantes. La situación de alienación social de América Latina provoca la invisibilización de lo social.

Esta invisibilidad tendrá dos consecuencias nefastas. Por un lado, el derecho servirá como un instrumento de las clases dominantes y para enmascarar sus intereses;<sup>65</sup> y, por el otro, siendo el derecho el lenguaje oficial del poder, deviene la inmovilidad, el determinismo y la negación de otros espacios de construcción de las decisiones del poder, lo que *Mouffe* denominaría la negación de lo político.<sup>66</sup>

Entendemos *lo social* como una constante e hilo común de las luchas sociales a partir de diversas plataformas y discursos sobre la base de una continuidad histórica de la resistencia en América Latina, que pone en las antípodas al eje de la hegemonía-dominación frente a las personas excluidas. De esta manera, lo social adquiere históricamente variadas formas, por ejemplo, la lucha por la participación política de las mujeres, del manejo de la tierra y el agua, del reconocimiento de la plurinacionalidad e interculturalidad, de la defensa de la naturaleza. Esta invisibilidad de *lo social* hace impostergable la instrumentación del derecho, más concretamente de lo jurídico, en tres los ámbitos estratégicos: (1) lo normativo-formal; (2) la formación de las/los abogadas y abogados; y, (3) la práctica judicial.

## 2.1 Lo normativo-formal

Numerosas normativas de desarrollo económico y social fue establecida en el período 1970-1980 en América Latina, sin embargo, estas leyes y políticas no pudieron desarticular los centros y las redes de influencia de las clases dominantes, quienes aún en poder de los medios de producción y el capital, no hicieron sino reproducir y mantener el mismo orden de asimetría económica internacional en nuestros países (dependencia centro-periferia), debido a la alienación de las élites que fueron cómplices de la

---

65 Cfr., Evgeny Pashukanis, "Ideología y Derecho", pp. 231-239.

66 Chantal Mouffe, *En Torno a lo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 15.

sobreexplotación del trabajo en los países periféricos.<sup>67</sup> La explotación se produjo en todos los niveles, torpedeando cualquier reforma jurídico-política, a través de un doble proceso de dominación y alienación.<sup>68</sup> Así sucedió con el manejo del agua, la tierra y los recursos mineros y petroleros. En ambos casos, con o sin leyes de desarrollo, la organización en manos de redes clientelares en beneficio de las clases dominantes, propició el despojo, muchas veces violento, de la propiedad de estos recursos en beneficio de las/os propietarias/os o el Estado.

La legislación, a partir de lo anterior, se pensó únicamente desde los valores liberal-republicanos (propiedad individual, libertad y moral pública) para construir lo social, y su enorme organización institucional fue centralizada en el Estado. Por otro lado, junto a esta legislación se dejó inalterada lo que se refiere a la organización del poder y a las relaciones sociales privadas (códigos penal, civil, de comercio y los de su respectivo procedimiento); y, por el otro, la legislación donde se administraba el poder real quedó vedado a las grandes masas de excluidos. Esta situación se dramatizó con la reducción del Estado y la aplicación de las políticas neoliberales en la década de los noventa. La nueva tarea fue vaciar de contenido las leyes de desarrollo y fundar las nuevas en el eficientismo del mercado.

Hoy, más que nunca, cuando la insurgencia real es ya una posibilidad remota, un retorno sustancial de lo social en la normativa puede significar un camino real, siguiendo a *Santos*, para la superación paulatina del capitalismo global.<sup>69</sup> Sin embargo, ¿cómo podemos defender un derecho social que hoy sólo existe formalmente?

---

67 Ruy Mauro Marini, "Dialéctica de la Dependencia", en Ángel María Casas Grageas, (ed.) *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006, p. 245.

68 Tomás Amadeo Vasconi, "Cultura, Ideología, Dependencia y Alienación", en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006, p. 147.

69 Cfr., Boaventura De Sousa Santos, "Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia", en Boaventura De Sousa Santos y García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

## 2.2 La formación de las/os abogadas y abogados

Las y los abogadas y abogados hemos sido formados bajo dos patrones ideológicos. El primero que es general a todo el sistema educativo en todos sus niveles que es el conformado por un eje de *obediencia-violencia*; y, el otro por el eje *aprendizaje-acrítico*. Estos patrones respecto de la formación jurídica tiene sus formas respectivas: a) la clase magistral y lectura de textos legales; y, b) la casuística trivial. La clase magistral y la lectura de textos legales es un rezago de la educación escolástica; mientras que, la casuística trivial describe un relato desconectado y anecdótico de nuestras/os profesoras/es de derecho, de casos sin ningún patrón de análisis. Todo se conecta con el formalismo jurídico, muestra de la exacerbación de las formas jurídicas que según *Pashukanis*, ha alejado a las abogadas/s de la realidad social.<sup>70</sup>

*César Rodríguez* identifica en la formación jurídica una proyección a las políticas de dominación del capital internacional y la ideología de mercado globalizada (al *Consenso de Washington*, por ejemplo), trivializando los problemas estructurales detrás de los conflictos jurídicos puestos a conocimiento del derecho.<sup>71</sup> Se reduce, de esta manera, el debate de lo jurídico a las leyes, lo cual genera en las abogadas y abogados la aplicación exclusiva de sus valores y patrones ideológicos a favor de las clases dominantes bajo el tecnicismo de una práctica mecánica de la profesión. Y, segundo, se elitiza el derecho y, por lo tanto, deviene en socialmente irrelevante. La formación de las abogadas y abogados se ha convertido en una labor de adiestramiento en la reproducción de los valores de las clases dominantes y los intereses del mercado y de las veleidades pequeño-burguesas y flokloristas de las universidades de las élites locales. Curiosamente, algunas universidades de las que se espera un compromiso social más amplio, parafraseando a *Marx*, son una verdadera “contradicción social en acción”, a partir de su connivencia total con el mercado.<sup>72</sup> La edu-

---

70 Cfr., Evgeny Pashukanis, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*.

71 Cfr., César Rodríguez, “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, 2000, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA.

72 Karl Marx, *Miseria de la Filosofía*, p. 190.



cación universitaria funciona como un aparato ideológico por fuera del Estado —Althusser creía que estos aparatos eran estatales—, donde se circunscribe un espacio de lucha política e ideológica, y donde la transformación es indispensable para el cambio social.<sup>73</sup>

No obstante, no se debe perder de vista que el profesional del derecho está dentro del aparato social, por lo cual, en la mayoría de veces, su complacencia con el sistema es una actitud de conservación y supervivencia;<sup>74</sup> una libertad coartada en el ejercicio o en la cátedra acusado de heterodoxia, con la condena al silencio o la marginalidad en su acceso a la opinión pública.<sup>75</sup> Ante esto, ¿Cómo puede una/un abogado/a dejar la venda que la educación formal y acrítica le ha impuesto?, ¿y cómo no dejarse seducir del canto de sirena del consumismo, hijo de un mercado títere de los intereses de las clases dominantes, cuya mano es sólo visible cuando produce el hambre de grandes masas de personas excluidas?

### 2.3 La práctica judicial

La organización judicial en el entorno de las leyes del desarrollo económico y social fue abandonada a los gremios de abogadas y abogados y a la propia judicatura.<sup>76</sup> Al mismo tiempo, la judicatura se mantuvo como dicen por allí, como “la cenicienta del Estado”. En este estado de cosas no es asombroso que el ejercicio de la justicia, donde se juegan los valores sociales y, en gran parte, se materializan los derechos de las personas y colectividades, se haya burocratizado, corrompido y su actividad se haya convertido en socialmente ilegítima —sin perjuicio de las políticas públicas—.

Por supuesto, muchos de los temas que pudieran tratarse en la judicatura fueron secuestrados por el poder real en las mismas leyes de desarrollo. Los temas relacionados con el agua, la naturaleza, la tierra y el traba-

---

73 Louis Althusser, “Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado”, en Zizek, Slavoj (comp.), *Ideología. Un mapa de la discusión*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 119.

74 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, p. 31.

75 Alejandro Nieto, *Crítica de la Razón Jurídica*, p. 29.

76 Cfr., Luis Ávila, “Introducción: La Transformación de la Justicia”, en Santiago Andrade, pp. xii-xvi.

jo quedaron siempre reservados al Ejecutivo a través de direcciones, secretarías, comisarias y otros órganos que burocratizaron lo social y blindaron los intereses de las/os propietarios y empleadoras/es. En este sentido, fue el Estado el campo de batalla donde se licuaron los afanes de grandes sectores de marginadas/os, con el pretexto de una organización supuestamente tecnocrática a la cual nunca tuvieron acceso real.

La reforma judicial de los noventa no afectó las leyes ni las políticas, mucho menos, se atacaron las prácticas judiciales viciosas ni se hizo nada por otorgar otros patrones ideológicos por fuera de los que dictan las normas positivas, manteniéndose así la tradición jurídica en la práctica burocrática, y reproduciéndose en la actuación jurídica el adiestramiento ideológico en las universidades de las élites con lo que se cierra la teoría circular del derecho en acción.

### 3. Construcción histórico-autónoma

Luego, la elección epistémica circunscribe en el derecho un compromiso con su objeto y una militancia con sus fines, que resulta ser una subsunción de los saberes y el estado de las cosas que deben ser aprehendidos por aquel, lo que *Horkheimer* ha llamado “explicación teórica”.<sup>77</sup> Es necesario que las/os abogadas/os tomen partido por las causas y consecuencias que yacen tras de las frías normas jurídicas.<sup>78</sup> El giro epistémico es el camino adecuado que permitirá la emergencia de una conciencia crítica que instrumente para la emancipación el contenido material del derecho, en tanto, arma contrahegemónica y estratégica. El objetivo, la construcción autónoma de una nueva forma de *episteme*, por fuera del pensamiento jurídico dominante.<sup>79</sup> Hemos llamado a esta operación histórica salto dialéctico. Dialéctico en tanto debe afirmar la negación anulatoria que el orden jurídico imperante hace de la humanidad.

---

77 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, p. 28.

78 Alejandro Nieto, *Crítica de la Razón Jurídica*, p. 28.

79 Louis Althusser, “*Del Capital a la Filosofía de Marx*”, en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital*, p. 60.

En términos metafóricos, supongamos que no se conoce la rueda y los seres humanos durante varios milenios han trasladado sus cargas por medio del arrastramiento mediante gruesas cuerdas y con la ayuda de la fuerza humana. De repente, a alguien se le ocurre que sería mejor utilizar la fuerza de cientos de caballos, lo cual significaría el relevo de miles de esclavos. Esta es la *crítica vulgar* del pensamiento circular del derecho. Si sigue siendo el arrastramiento el mecanismo de movilización y los esclavos no dejan de serlo en tanto existan caballos. Sólo la ideación de otras formas, renunciando al arrastramiento –hablamos de la rueda–, permite una nueva forma que sustituye a las cuerdas y a los grilletes y prepara la emancipación humana. Nos encontramos ante la *crítica posible*. Una vez descubiertas otras formas, el rodamiento permite ver que es imperativo poder decidir hacia dónde va la carga, sin importar el mecanismo de movimiento. Estamos, entonces, ante la crítica necesaria que despierta con una nueva conciencia y que necesita apoderarse de la carga y de las ruedas. Una vez decidido el camino, que no puede ser otro que el camino colectivo que niegue las cadenas que lo oprimían, la tarea ineludible es asegurar que, no sólo el mecanismo de movimiento, sino el tipo de carga, la dirección y otras formas de desplazamiento sean el horizonte progresivo de emancipación de los pueblos. Estamos ante el gran reto de construir un espacio permanente para la generación histórica del pensamiento jurídico autónomo que no sea un pensamiento que se consagre a aquello de lo que huye, sino a la fundación de un nuevo espacio.

Ahora, esta búsqueda comprometida de la teoría crítica del derecho se inscribe dentro de un proceso histórico inmanente, como un elemento del proceso de lucha y transformación social, que niega dialécticamente la supuesta neutralidad de la teoría jurídica tradicional y encubre una formulación metacientífica llevada a cabo veladamente por el positivismo.<sup>80</sup>

Ante esto, la emergencia de la técnica como antítesis de la realidad social que suele plantear la teoría tradicional del derecho esconde en su tecnicismo la imposibilidad de una revolución y el fracaso de la secularización en la modernidad liberal que lo que realmente hizo fue sustituir de

---

<sup>80</sup> Jacobo Muñoz, “Introducción. Max Horkheimer y la Evolución de la Teoría Crítica”, en Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, España, Paidós, 1988, p. 10.

la relación entre “dios” y los “creyentes” por la de los “técnicos” y los “profanos”.<sup>81</sup> Es la diferenciación social realizada desde arriba que hace difícil la formación de conciencia social en las y los abogadas y abogados.

La crítica necesaria del derecho no puede convertirse en un espacio de clausura, pues responde a su propia crítica permanente, “el reconocimiento crítico de las categorías que dominan la vida social contiene al mismo tiempo su sentencia condenatoria”.<sup>82</sup> Lo que lleva a considerar que el proceso científico es un proceso social, en la medida que su ideación no puede abstraerse de la realidad social y de sus sujetos, tanto las/os juristas como los seres históricos en cuyo beneficio debe ir orientado su esfuerzo transformador:

El rasgo más sobresaliente de la actividad del pensamiento consiste en determinar por sí misma qué debe hacer la teoría, para qué debe servir, y no sólo en algunas de sus partes, sino en su totalidad. Por ello su propia esencia la remite al cambio histórico, a la instauración de una situación de justicia entre los hombres.<sup>83</sup>

El constructivismo de una teoría crítica debe verse reflejado en la comprobación de la teoría en la *praxis* social. La *praxis* social se diferencia de la práctica indolente y mecánica del derecho que se produce en el campo del derecho, en cuanto no basta con la descripción institucional de esta práctica, sino en su necesidad de incidir sobre aquella. La ideología es un concepto central en el análisis del derecho, pues permite desnudar la realidad social y el contenido instrumental del derecho a favor de la hegemonía; no obstante, una teoría del derecho fundado en aquella, debe generar una *teoría practicable*,<sup>84</sup> lo que quiere decir que debe describir un determinado rigor metodológico, aunque fundado en otros esquemas epistemológicos que, para el caso del nuevo constitucionalismo latinoamericano, debería ser el *programa emancipatorio* inserto materialmente en nuestras constituciones en Bolivia, Ecuador y Venezuela.

---

81 Pierre Bourdieu, *El Campo Político*, La Paz, Editorial Plural, 2001, p. 12.

82 Jacobo Muñoz, “Introducción. Max Horkheimer y la Evolución de la Teoría Crítica”, en Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, p. 18.

83 Max Horkheimer, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, p. 77.

84 Manuel Atienza, en Manuel Atienza, Luis Salazar y Arnaldo Córdova, *¿Por qué Leer a Marx hoy?*, p. 22.

## V. Conclusiones

Negar la existencia de otras *epistemes* en el derecho independientemente si son ubicadas como del sur, significaría negar categóricamente al otro y su existencia, es por eso que el modelo liberal de mercado está en crisis y su replanteamiento es necesario. El pensamiento jurídico crítico entonces, no sólo que debe fomentarse en el sur, sino que debe desarrollarse con el fin de crear una *paradoxa* (*doxa* paralela) propia de las naciones no hegemónicas.

La construcción de estatutos epistemológicos desde el sur no solo es posible, sino que es necesaria, por la crisis de modelos que no se ajustan a realidades distintas; y porque, es necesario actualizar y localizar dichos estatutos para una efectiva validez y vigencia, independientemente de su imperfección o no reconocimiento. Lo importante, es hacer los intentos para el logro no sólo de la emancipación, sino de la libertad frente a un *habitus* impuesto.

Existen experiencias exitosas desde lo subalterno que han logrado modificar al modelo hegemónico; y por ello, hay que incentivar al activismo político, activismo judicial y al activismo intelectual y académico, desde las vivencias prácticas, sólo con ello conseguiremos tener respuestas más claras y eficientes a las necesidades existentes.

Alentar la rebeldía intelectual y de conciencias, es una tarea para ser más críticos respecto de los modelos y estatutos impuestos vengan de donde vengan, y deconstruir los modelos existentes para identificar las lógicas perversas ocultas y salvar lo que puede asimilarse a los modelos propuestos.

Los trabajos desarrollados en la presente obra, pretende incentivar desde la academia latinoamericana, la investigación jurídica relacionada estrechamente con las ciencias sociales y la creación de modelos epistemológicos y de teoría social que no busquen a la universalidad como un fin, sino al ser humano en su multiplicidad como centro de dichas construcciones. Citando a *Francisco López*, “depende de nosotros convertir la crisis de paradigmas de las ciencias sociales en la región, en coyuntura propicia para imaginar y construir un nuevo futuro a partir del accionar de las ciencias sociales latinoamericanas y caribeñas”,<sup>85</sup> elaborando una nueva agenda con contenidos propios que permitan reestructurar el pensamiento jurídico de la región.

---

85 Francisco López Segrera, “Abrir, Impensar y Redimensionar las Ciencias Sociales en América

Por otro lado, el afirmar que el contenido ideológico en una estructura epistémica circular, que se encuentra contenida en las normas jurídicas cierra el debate jurídico y lo reduce a los valores liberales, plantea que las normas jurídicas *per se* no tienen el poder de transformar la realidad y modelar la conducta y los patrones sociales. No debemos esperar más de lo que éstas, ciertamente, pueden hacer. Sin embargo, no podemos desconocer que son un espacio importante donde se discuten y materializan gran parte de los valores sociales, ideologías y patrones culturales. Por esta razón es que, si queremos, transformar la sociedad debemos ampliar el contenido ideológico de las normas positivas a lo social: la propiedad sí, pero lo social también. Las normas jurídicas del desarrollo económico –las viejas y las que vienen– deben incorporar lo social en su elaboración, al igual que las que conforman el núcleo duro de la tradición jurídica: los códigos civil, penal, comercial, y sus respectivas leyes adjetivas–; y, las de la organización del poder.

Luego, debe también ampliarse sobre la base del pluralismo jurídico y la tolerancia democráticos, y el reemplazo del formalismo jurídico por la constitucionalización del derecho, y su instrumentación en la formación de las/os abogados. El empoderamiento de un rol distinto de las/os jueces se desarrolla en gran medida en las aulas universitarias; rol de creadores del derecho, de activistas sociales responsables, y subsidiarios, y de sujetos comprometidos con la transformación de la justicia, deberá ser perfeccionado en la Escuela Judicial, que se encuentra dentro del Consejo de la Judicatura.

No hay tregua ni cuartel en esta transformación social, donde lo único que podemos perder son las cadenas de la dominación ideológica. Lo social tiene una historia con nuevas formas, especialmente, a partir del nuevo constitucionalismo latinoamericano que busca remover las barreras estructurales de la exclusión y la dominación.<sup>86</sup>

Las nuevas constituciones regionales de la resistencia contrahegemónica (Bolivia, Ecuador y Venezuela) pueden ser la mecha que encienda la necesidad de hacer un derecho liberador y al servicio de las personas excluidas. La crítica posible debe pasar a este nivel superior para no tener que plantearnos la cuestión sobre si hablamos del derecho de la miseria o la

---

Latina y el Caribe”, en Edgardo Lander (Comp), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.

86 Cfr., Roberto Viciano y Rubén Martínez, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*.

miseria del derecho. Este libro que introducimos con este ensayo, y mas concretamente la Serie Crítica y Derecho, evidencian la necesidad de pasar un nivel teórico y práctico constructivo a partir de lo que hemos llamado aquí *horizonte posible de la crítica*. Hemos querido iniciar esta serie con un ensayo introductorio que inaugure su primer libro denominado “Emancipación y transformación social”.

El pensamiento jurídico crítico necesario será el eje cohesionador de todo este proceso de cambio para desenmascarar los vicios del derecho liberal, los excesos y ausencias de la práctica judicial burocratizada; y, el establecimiento de un uso, principalmente estratégico, militante del derecho para la emancipación de las personas excluidas.

Pensamiento crítico que debe ser fundador de un nuevo *episteme* iconoclasta de la tradición jurídica e implacable con los epígonos de su resistencia farisea. Si queremos realmente realizar una transformación ideológica profunda y permanente, es indispensable empezar por una *fuga teórica* que no esté consagrada “siempre a aquello de lo que se huye, sino a una fundación radical de un nuevo espacio, de una nueva problemática, que permita plantear el problema real”<sup>87</sup>. Debe ser parte, además, de un continuo histórico de lucha y resistencia a la opresión a través de un necesario giro epistémico y un salto dialéctico que consagren un derecho como instrumento de transformación social, particularmente, a partir del programa emancipador, materialmente desarrollado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano desde el sur. En otras palabras, el horizonte posible debe convertirse en necesario, en tanto la crítica sea la construcción de nuevos patrones, estructuras y conocimiento, que busque la superación histórica de la exclusión y la explotación del hombre por el hombre. Es a la vez un horizonte para la organización social colectiva y su actuación política para la emancipación y las nuevas formas de la insurgencia. Resumo estos anhelos en la invitación de *Marx* a esta noble empresa, en la frase que se repite del encabezado de este ensayo.

La crítica no arranca de las cadenas las flores ilusorias para que el hombre soporte las sombrías y desnudas cadenas, sino para que se desembarace de ellas y broten flores vivas.<sup>88</sup>

---

87 Louis Althusser, “Del Capital a la Filosofía de Marx”, en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital*, Siglo XXI editores, México, 2006, p. 60.

## Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian, Courtis, *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- , “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Comisión Andina de Juristas, CAJ; *Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos*, Lima, 2003.
- Althusser, Louis, Étienne, Balibar, “Filosofía Arma de la Revolución”, en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer del Capital*, México, Siglo XXI Editores, 2006.
- Althusser, Louis “Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado”, en Slavoj Zizek, comp., *Ideología. Un mapa de la discusión*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- , “De El Capital a la Filosofía de Marx”, en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital*, México, Siglo XXI Editores, 2006.
- Althusser, Louis, “Del Capital a la Filosofía de Marx”, en Louis Althusser y Étienne Balibar, *Para Leer el Capital*, México, Siglo XXI editores, 2006.
- , “Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado”, en Slavoj Zizek, (comp.), *Ideología. Un mapa de la discusión*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- Andrade Ubidia, Santiago, ed. *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional-UASB, 2009.
- Atienza, Manuel y Juan, Ruiz Manero, *Para una Teoría Postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra-Temis, 2009.
- Atienza, Manuel, en Manuel Atienza, Luis Salazar Carrión y Arnaldo Córdova, *¿Por qué Leer a Marx hoy?*, México, Fontanamara, 2009.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, “El Acceso a la Justicia y la Emancipación de las Personas Excluidas”, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- , “La Constitucionalización de la Administración de Justicia”, en Ramiro Ávila, ed., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.



- , “Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna”, en Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- , “Los Caminos de la Justicia Intercultural”, en Carlos Gallejos-Anda y Danilo Caicedo, eds., *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- , *Jurisprudencia Obligatoria: Prontuario de Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- , “Introducción: La Transformación de la Justicia”, en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Benedetti, Mario, “La América por descubrir”, en *Nuestra América y el V Centenario*, Quito, Editorial El Duende, Abya-Yala-CONAIE, 1990.
- Bourdieu, Pierre, *El Campo Político*, Bolivia, Editorial Plural, 2001.
- Bunge, Mario, *La investigación científica*, Madrid, Siglo XXI, 2000, p. XIII.
- Cárcova, Carlos María, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.
- Cardoso, Fernando y Enzo, Faletto, “Dependencia y Desarrollo en América Latina”, en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.
- Correas, Óscar, “El Otro Kelsen”, en Óscar Correas, comp., *El Otro Kelsen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- , *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*, México, Fontamara, 2006.
- , *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacan, 1994.
- Courtis, Christian, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

- Dulizky, Airel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Victor Abramovich y otros, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2007.
- Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 1998.
- Facio, Alda, *Hacia otra teoría crítica del derecho*, ed., Santiago, LOM Ediciones, 1999.
- Freire, Paulo, *Educación liberadora: bases antropológicas y pedagógicas*, Buenos Aires, Espacio, 1970.
- Enrique Dussel, *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001
- , *Filosofía de la liberación*, Santafé de Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1980.
- García Villegas, Mauricio, Isabel Jaramilo, Esteban Restrepo, *Crítica jurídica*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006.
- Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- , “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: algunas reflexiones preliminares”, en *Crítica y emancipación: revista latinoamericana de ciencias sociales*, Vol. 2, No. 3 (ene.-dic. 2010), Buenos Aires, CLACSO, 2010.
- , “Prólogo”, *Desafíos constitucionales*, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, eds., *La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008.
- , coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- , *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, ES: Gedisa, 1999.
- Gramsci, Antonio, *Introducción a la Filosofía de la Praxis*, Barcelona, Editorial Península, 1972.
- Horkheimer, Max, *Teoría Tradicional y Teoría Crítica*, Madrid, Paidós, 1988.

- José Carlos Mariátegui, *Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*, Rosario Santa Fe, Kolektivo Editorial “Último Recurso”, 2004.
- Méndez, Juan, O’Donnell, Guillermo y Pinheiro, Paulo Sergio (comps.), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- Laclau, Ernesto, *Emancipación y diferencia*, en sesión decimo tercera de epistemología, Buenos Aires, Ariel, 1996.
- Lefort, Claude, *La Incertidumbre Democrática: ensayos sobre lo político*, Madrid, Embajada de Francia en España y Editorial Anthropos, 2004.
- Lhumann, Niklas, *Sistemas Sociales*, Barcelona, Antropós, 1984.
- López Segrera, Francisco, “Abrir, Impensar y Redimensionar las Ciencias Sociales en América Latina y el Caribe”, en Edgardo Lander (Comp), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.
- López, Diego, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.
- Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.
- Magnet Colomer, Jordi, “Fetichización Jurídica y Derechos Sociales”, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 4, Madrid, Universidad Complutense, 2008.
- Marini, Ruy Mauro, “Dialéctica de la Dependencia”, en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.
- Marx, Karl y Friederich, Engels, “La relación entre el Estado y el derecho y la propiedad”, en José María Martinelli, (comp.), *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.
- , “En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel”, en José María Martinelli, (comp.), *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.
- , *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*, México, Editorial Grijalbo, 1968.

- Mouffe, Chantal, *En Torno a lo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Muñoz, Jacobo, “Introducción. Max Horkheimer y la Evolución de la Teoría Crítica”, en Max Horkheimer, *Teoría tradicional y teoría crítica*, Madrid, Paidós, 1988.
- Nieto, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Olsen, Frances, “El sexo del Derecho”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.
- Pashukanis, Evgeny, *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985, pp. 71-79.
- , “Ideología y Derecho”, en José María Martinelli, comp., *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000. Documento original: Evgeny Pashukanis, “Ideología y Derecho”, México, Editorial Grijalbo, 1976.
- , *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985.
- Pazmiño, Patricio, *Descifrando Caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*, Quito, FLACSO, 2010.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- Phelan, John, *El Reino de Quito en el Siglo XVII. La política burocrática en el imperio español*, Quito, Banco Central, 1995.
- Pourtois, Jean Pierre y Desmet, Huguette, *La Ciencia de Hoy en el Acercamiento de las Disciplinas*, Barcelona, Ed. Herder, S.A.
- Pulantzas, Nicos, *Hegemonía y dominación en el estado moderno*, México, Ediciones Pasado y Presente, 1985.
- Rodríguez, César, “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2000.
- Santos, Boaventura De Sousa y Mauricio, García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

- , “Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia”, en Boaventura De Souza Santos y García Villegas, comps., *El Kaleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- , *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, 2003.
- , y César, Rodríguez Garavito, eds., *Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthrophos, 2005.
- Stavengahen, Rodolfo, “Siete Tesis Equivocadas sobre América Latina”, en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.
- Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Editorial Ediciones de Hoy S.A., 1994.
- Vasconi, Tomás Amadeo, “Cultura, Ideología, Dependencia y Alienación”, en Ángel María Casas Grageas, ed., *La Teoría de la Dependencia. Antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.
- Vásquez, Rodolfo, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, México, Porrúa-ITAM, 2005.
- , *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, Fontamara, México, 1997.
- Viciano, Roberto y Rubén, Martínez, *El Nuevo Constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010
- Wray, Alberto, *Modernidad y tradición en el pensamiento jurídico del siglo XIX*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso en el centenario de su nacimiento: ensayos, 1995.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998.